

00781 4
29.

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
FACULTAD DE DERECHO
DIVISION DE ESTUDIOS DE POSGRADO

"LA DINAMICA DE LA AVERIGUACION PREVIA PARA LA
INTEGRACION DE LOS DELITOS DEL ORDEN COMUN EN
EL DISTRITO FEDERAL."

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO
P R E S E N T A
AURORA BASTERRA DIAZ

MEXICO, D.F.

1997

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

INDICE GENERAL

CAPITULO I- LA AVERIGUACION PREVIA

1.1.	GENERALIDADES	1
1.2.	ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO PENAL	3
1.2.1.	ANTECEDENTES REMOTOS	4
1.2.2.	GRECIA	5
1.2.3.	ROMA	5
1.2.4.	DERECHO CANONICO	8
1.2.5.	DERECHO GERMANO	9
1.2.6.	PROCEDIMIENTO ITALIANO INTERMEDIO	9
1.2.7.	PROCEDIMIENTO ESPAÑOL	10
1.2.8.	PROCEDIMIENTO ALEMAN	11
1.2.9.	PROCEDIMIENTO INGLES	12
1.2.10.	PROCEDIMIENTO FRANCES	13
1.2.11.	PROCEDIMIENTO PENAL EN EL MEXICO PREHISPANICO	13
1.2.12.	PROCEDIMIENTO PENAL EN LA NUEVA ESPAÑA	14
1.2.13.	PROCEDIMIENTO PENAL EN MEXICO INDEPENDIENTE	18
1.3.	SISTEMAS DEL ENJUICIAMIENTO PENAL	22
1.3.1.	ASPECTOS DEL SISTEMA INQUISITIVO	22
1.3.2.	ASPECTOS DEL SISTEMA ACUSATORIO	24
1.3.3.	ASPECTOS DEL SISTEMA MIXTO	25
1.4.	EVOLUCION DE LA DOCTRINA PROCESAL	
1.4.1.	ETAPA PRIMITIVA	26
1.4.2.	ESCUELA JUDICIALISTA	27
1.4.3.	ESCUELA PRACTICISTA	27
1.4.4.	EL PROCEDIMENTALISMO	27
1.4.5.	ESCUELA DEL PROCESALISMO CIENTIFICO	28
1.5.	LA AVERIGUACION PREVIA COMO PERIODO PROCEDIMENTAL	29
1.5.1.	CONCEPTO DE AVERIGUACION PREVIA	33

CAPITULO II.- LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES EN LA AVERIGUACION PREVIA

2.1.	GARANTIAS DE IGUALDAD	36
2.1.1.	GARANTIA DE IGUALDAD	36
2.1.2.	GARANTIA QUE PROHIBE LA ESCLAVITUD	36
2.1.3.	GARANTIA DE IGUALDAD DEL VARON RESPECTO A LA MUJER	36
2.1.4.	GARANTIA DE LIBERTAD DE PROCREACION	36
2.2.	GARANTIAS DE LIBERTAD	37
2.2.1.	GARANTIA DE LIBERTAD DE TRABAJO	37
2.2.2.	GARANTIA DE LA LIBRE EXPRESION DE LAS IDEAS	38
2.2.3.	GARANTIA DE LIBERTAD DE IMPRENTA	39
2.2.4.	GARANTIA DEL DERECHO DE PETICION	40
2.2.5.	GARANTIA DE LIBERTAD DE REUNION O ASOCIACION	40
2.2.6.	GARANTIA DE POSESION DE ARMAS	41
2.2.7.	GARANTIA DE LIBERTAD DE TRANSITO	42
2.2.8.	GARANTIA DE LIBERTAD RELIGIOSA	42

2.3.	GARANTIAS DE SEGURIDAD JURIDICA	43
2.3.1.	GARANTIAS DE SEGURIDAD JURIDICA DE LOS PARTICULARES	43
2.3.1.1.	PROHIBICION DE LEYES PRIVATIVAS O DE TRIBUNALES ESPECIALES	44
2.3.1.2.	GARANTIA DE IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES EN PERJUICIO	45
2.3.1.3.	GARANTIA DE AUDIENCIA	46
2.3.1.4.	PROHIBICION DE APLICACION ANALOGICA	48
2.3.1.5.	PROHIBICION DE ACTOS DE MOLESTIA QUE NO ESTEN FUNDADOS Y MOTIVADOS	50
2.3.1.6.	PROTECCION AL DOMICILIO Y EL PATRIMONIO DE LAS PERSONAS	56
2.3.1.7.	INVIOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS	58
2.3.1.8.	PROHIBICION DE PRISION PREVENTIVA POR DELITO QUE NO MEREZCA PENA CORPORAL	60
2.3.1.9.	GARANTIA DE LITIS CERRADA	61
2.3.1.10.	GARANTIA DE IMPOSICION DE PENAS POR LA AUTORIDAD JUDICIAL	63
2.3.1.11.	PROHIBICION DE APLICACION DE PENAS INUSITADAS O TRASCENDENTALES	64
2.3.1.12.	GARANTIA DE NON BIS IN IDEM	67
2.3.1.13.	PROHIBICION DE ABSOLVER DE LA INSTANCIA Y LIMITACION DEL NUMERO DE INSTANCIAS	66
2.3.1.14.	DERECHO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA GRATUITA	68
2.4.	GARANTIAS DEL INDICIADO EN PARTICULAR	70
2.3.1.	GARANTIA LIBERTARIA	70
2.3.2.	GARANTIA DE NO AUTOINCRIMINARSE	77
2.3.3.	DERECHO DE DEFENSA	79
2.3.4.	DERECHO A TENER DEFENSOR	82
2.5.	LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES DE LA CONSIGNACION	82

CAPITULO 3.- SUJETOS PARTICIPANTES EN LA AVERIGUACION PREVIA

3.	EL MINISTERIO PUBLICO	
3.1.1.	ANTECEDENTES DEL MINISTERIO PUBLICO	87
3.1.1.1.	GRECIA	87
3.1.1.2.	ROMA	88
3.1.1.3.	EPOCA MEDIEVAL	89
3.1.1.4.	ESPAÑA	90
3.1.1.5.	PUEBLO AZTECA	91
3.1.1.6.	MEXICO INDEPENDIENTE	91
3.1.2.	RATIO ESSENDI DE SU CREACION	93
3.1.3.	NATURALEZA JURIDICA DLE MINISTERIO PUBLICO	95
3.1.3.1.	ES UN ORGANO ADMINISTRATIVO	96
3.1.3.2.	ES UN REPRESENTANTE DE LA SOCIEDAD	96
3.1.3.3.	COMO COLABORADOR JURISDICCIONAL	97
3.1.4.	ESTRUCTURA, ORGANIZACION Y COMPETENCIA	97

3.1.5.	PRINCIPIOS QUE INSPIRAN LA ACTUACION DEL MINISTERIO PUBLICO	103
3.1.5.1.	PRINCIPIO DE LEGALIDAD	103
3.1.5.2.	PRINCIPIO DE INICIACION	103
3.1.5.3.	PRINCIPIOS DE UNIDAD Y JERARQUIA	103
3.1.5.4.	PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD	104
3.1.5.5.	PRINCIPIO DE INMEDIATEZ	104
3.1.5.6.	PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD	104
3.1.5.7.	PRINCIPIO DE INDIVISIBILIDAD	105
3.1.5.8.	PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA	105
3.1.5.9.	PRINCIPIO DE IRRECUSABILIDAD	106
3.1.6.	FUNCIONES DEL MINISTERIO PUBLICO	106
3.1.6.1.	FUNCION PERSECUTORIA DE LOS DELITOS	106
3.1.6.2.	FUNCION INVESTIGADORA	107
3.1.6.3.	FUNCION PROBATORIA	107
3.1.6.4.	FUNCION DETERMINADORA	108
3.1.6.5.	FUNCION DE REPRESENTACION SOCIAL	108
3.1.7.	DIVERSAS FORMAS EN QUE OPERAN LAS AGENCIAS DEL MINISTERIO PUBLICO EN EL DISTRITO FEDERAL	108
3.1.7.1.	LA COORDINACION DE INVESTIGACION DE ROBO DE VEHICULOS	110
3.1.7.2.	DIRECCION GENERAL DE MENORES E INCAPACES	110
3.1.7.3.	DIRECCIONES GENERALES INVESTIGADORAS	111
3.1.7.4.	DIRECCION GENERAL DE ASUNTOS ESPECIALES Y RELEVANTES	111
3.1.8.	LIBROS DE CONTROL INTERNO DE LAS AGENCIAS DEL MINISTERIO PUBLICO	112
3.1.8.1.	LIBRO DE GOBIERNO	112
3.1.8.2.	LIBRO DE ENTREGA DE GUARDIA	113
3.1.8.3.	LIBRO DE PENDIENTES	113
3.1.8.4.	LIBRO DE CONTROL DE VEHICULOS	113
3.1.8.5.	LIBRO DE POLICIA JUDICIAL	113
3.1.8.6.	LIBRO DE CONTROL DE PERSONAL	113
3.1.8.7.	LIBRO DE CONSIGNACIONES	114
3.1.8.8.	LIBRO DEL SERVICIO MEDICO	114
3.1.8.9.	OTROS LIBROS	114
3.1.9.	UNIDADES DE APOYO DEL MINISTERIO PUBLICO	114
3.1.9.1.	DIRECCION GENERAL DE POLICIA JUDICIAL	115
3.1.9.2.	DIRECCION GENERAL DE SERVICIOS PERICIALES	118
3.1.9.2.1.	PERITACIONES MEDICAS	120
3.1.9.2.2.	PERITACIONES EN MATERIA DE TRANSITO TERRESTRE	120
3.1.9.2.3.	PERITACION MECANICA	120
3.1.9.2.4.	PERITOS VALUADORES	120
3.1.9.2.5.	PERITOS ARQUITECTOS	121
3.1.9.2.6.	PERITOS EN CRIMINALISTICA DE CAMPO	121
3.1.9.2.7.	PERITOS EN BALISTICA	121
3.1.9.2.8.	PERITOS INTERPRETES	121
3.1.9.2.9.	PERITOS GRAFOSCOPOS	122
3.1.9.2.10.	OTROS PERITOS	122

3.2.	EL ORGANO DE LA DEFENSA	122
3.2.1.	EL INDICIADO	123
3.2.2.	EL DEFENSOR	125
3.3.	EL DENUNCIANTE Y LA VICTIMA DEL DELITO	131
3.3.1.	EL DENUNCIANTE	132
3.3.2.	EL OFENDIDO Y LA VICTIMA DEL DELITO	133
CAPITULO 4.- LA NOTICIA DEL DELITO Y LA INTEGRACION DE LA AVERIGUACION PREVIA		
4.	LA NOTICIA DEL DELITO Y LA INTEGRACION DE LA AVERIGUACION PREVIA	138
4.1.	REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD	139
4.2.	LA DENUNCIA Y LA QUERRELLA	140
4.3.	DELITOS PERSEGUIBLES POR QUERRELLA Y SUJETOS FACULTADOS PARA INTERPONERLA	141
4.4.	INTEGRACION DE LA AVERIGUACION PREVIA	145
4.4.1.	LA NOTICIA DEL DELITO Y EL EXORDIO	145
4.4.2.	INTERROGATORIOS	148
4.4.2.1.	CONCEPTO	148
4.4.2.2.	DECLARACION DEL DENUNCIANTE Y DE LA VICTIMA	148
4.4.2.3.	DECLARACION DE TESTIGOS	149
4.4.2.4.	DECLARACION DEL INDICIADO	152
4.4.3.	INSPECCION MINISTERIAL	156
4.4.3.1.	CONCEPTO	156
4.4.3.2.	OBJETOS A INSPECCIONAR	156
4.4.3.3.	MECANISMO	157
4.4.4.	RECONSTRUCCION DE HECHOS	161
4.4.4.1.	CONCEPTO	161
4.4.4.2.	MECANISMO	161
4.4.5.	FE MINISTERIAL	163
4.4.5.1.	CONCEPTO	163
4.4.5.2.	MECANISMO	163
4.4.6.	CONFRONTACION	164
4.4.6.1.	CONCEPTO	164
4.4.6.2.	MECANISMO	164
4.4.7.	RAZON	165
4.4.7.1.	CONCEPTO	165
4.4.7.2.	MECANISMO	165
4.4.8.	CONSTANCIA	166
4.4.8.1.	CONCEPTO	166
4.4.9.	LA DETERMINACION	167
4.4.9.1.	CONCEPTO	167
4.4.9.2.	POSIBLES RESOLUCIONES	167

CAPITULO 5.- LA ACCION PENAL

5.	LA ACCION PENAL	172
5.1.	CONCEPTO	172
5.2.	TITULAR DE LA ACCION PENAL	175
5.3.	EL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL	181
5.4.	FUNDAMENTO DE LA ACCION PENAL	185
5.4.1.	FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL	186
5.4.2.	FUNDAMENTO LEGAL	189
5.4.2.1.	LAS CALIFICATIVAS, LAS ATENUANTES Y LAS EQUIPARACIONES	205
5.4.3.	CAUSAS QUE EXCLUYEN EL DELITO	223
5.4.3.1.	FALTA DE VOLUNTAD DEL AGENTE	224
5.4.3.2.	FALTA DE ALGUN ELEMENTO DEL TIPO PENAL	226
5.4.3.3.	SENTIMIENTO DEL TITULAR DEL BIEN JURIDICO	227
5.4.3.4.	LA LEGITIMA DEFENSA	229
5.4.3.5.	ESTADO DE NECESIDAD	231
5.4.3.6.	CUMPLIMIENTO DE UN DEBER JURIDICO O EJERCICIO DE UN DERECHO	233
5.4.3.7.	TRASTORNO MENTAL O DESARROLLO MENTAL RETARDADO	235
5.4.3.8.	EL ERROR	238
5.4.3.9.	NO EXIGIBILIDAD DE OTRA CONDUCTA	240
5.4.3.10.	EL CASO FORTUITO	241
5.4.4.	LA PROBABLE RESPONSABILIDAD	243
5.4.4.	FUNDAMENTACION LEGAL INTERNA DE LA PROCURADURIA	244
5.5.	CAUSAS QUE EXTINGUEN LA ACCION PENAL	246
5.5.1.	MUERTE DEL DELINCUENTE	246
5.5.2.	AMNISTIA	247
5.5.3.	PERDON DEL OFENDIDO	248
5.5.4.	PRESCRIPCION	249
5.5.5.	CUMPLIMIENTO DE PENA O MEDIDA DE SEGURIDAD	251
5.5.6.	VIGENCIA Y APLICACION DE LEY MAS FAVORABLE	252
4.6.	FORMA DEL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL	252
4.7.	EFFECTOS DEL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL	253

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFIA

LEGISLACION

SIGLAS Y ABREVIATURAS

art.	Artículo
arts.	artículos
C.C.	Código Civil
CPP o código adjetivo penal o código procesal penal	Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal
CFPP	Código Federal de Procedimientos Penales
Cfr.	Confróntese
const.	Constitucional (relativo a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos)
fr.	fracción
LOPGJDF	Ley Orgánica de la Procuraduría General del Distrito Federal
LFDO	Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada
RLOGJDF	Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal
MP	Ministerio Público
op.cit.	obra citada
Ibidem	autor citado con anterioridad, pero en diferente página
Idem	autor citado con anterioridad en la misma página
p.	página
pp.	páginas
SC, o S.C.J., o S.C.J.N.	Suprema Corte de Justicia de la Nación
T.	Tomo

SINTESIS DE TESIS
"LA DINAMICA DE LA AVERIGUACION PREVIA
PARA LA INTEGRACION DE LOS DELITOS
DEL ORDEN COMUN EN EL DISTRITO FEDERAL

El principal objeto de mi tesis es propugnar por un mayor interés por la primer etapa del procedimiento penal, la que es denominada "Averiguación Previa", porque en ella se contienen las actividades iniciales tendientes a esclarecer la comisión de un delito y la probable responsabilidad de su autor, respecto a lo cual existe jurisprudencia sustentada en el sentido de que las primeras actividades del procedimiento penal hacen prueba plena, debido al principio de su inmediatez temporal con el acto criminal.

Por esta razón es mi interés en un mayor y mejor análisis de esta etapa del procedimiento penal, para provocar un renovado interés en el aspecto doctrinal y de su práctica forense.

Es importante subrayar que todas estas actividades del Ministerio Público no pueden ser iniciadas de oficio, sino que requieren que alguien notifique el hecho criminal a la autoridad ministerial, a manera de prevenir que el Ministerio Público inicie por sí mismo la investigación sin que exista acusación, denuncia o querrela de parte, todo ello fundado en la supremacía de nuestra ley principal: La Constitución Federal y su interpretación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Por esta razón el primer capítulo contiene la evolución del procedimiento judicial a través del tiempo, desde las primeras sociedades organizadas, su evolución en estados y la historia de esta institución en nuestro país, particularmente en relación con los tres sistemas que han prevalecido a través del tiempo: el inquisitorial, el acusatorio y el mixto.

En el segundo capítulo explicamos las principales garantías individuales contenidas en nuestra Constitución Federal, y particularmente relacionadas con la averiguación previa.

En el tercer capítulo se determinan con precisión los principales sujetos que intervienen en la averiguación previa: el Ministerio Público, el

indiciado y la víctima del delito (el ofendido), y los límites legales de su participación.

En el cuarto capítulo estudiamos las principales diligencias que son llevadas a cabo en esta primera etapa de todo el procedimiento penal.

En el quinto capítulo comentamos los elementos del delito de acuerdo a las recientes reformas procesales, las causas de irresponsabilidad penal, así como aquellas que extinguen la acción penal.

Lic. Aurora Basterra Díaz

**SYNTHESIS OF THE THESIS
"DYNAMICS ABOUT THE PREVIOUS INQUIRY
FOR THE INTEGRATION OF COMMON DELICTS
IN DISTRITO FEDERAL"**

The subject matter of my thesis is to recall a greater interest in the first stage of the penal proceeding that is called previous inquiry, because it contains the initial activities in order to prove the commission of a delict and the probable responsibility of its perpetrator or abettor of a crime, and about this there is sustained jurisprudence that the first activities of the legal procedure make a plain proof because of the principle of contiguity with the criminal fact.

For this reason is my interest in a better analysis of this stage of the legal procedure, in order to provoke a renewed interest in all the doctrine and forensic practice in all of it.

It is important to underline that all this activities of the Public Ministry cannot be initiated officially, they require that somebody notify the criminal fact to the ministerial authority, in such a matter as to prevent the Public Ministry to begin by itself the investigation without accusation, denunciation or complaint, all of it founded in the supremacy of our main law: the Federal Constitution and its interpretation by the Supreme Court of Justice.

For this reason the first chapter contains the evolution of the judicial procedure through the time, since the first organized societies, its evolution in states and their history in our country (México), particularly in relation with the three systems that have prevailed along the time: the inquisitorial, accusatory and mixformed.

In the second chapter we explain the main individual warranties contained in our Federal Constitution and particularly related with the previous inquiry.

In the third chapter we determine with precision the principal subjects that intervene in the previous inquiry: the Public Ministry, the suspected of a crime and the victim of the penal fact, and the legal limits of the participation of each one.

In the fourth chapter we study the main activities that are carried out in this first part of the whole legal procedure.

In the fifth chapter we comment the delictual elements according to the recent changes made on penal procedure rules, it means belonging to criminal process, the causes of criminal irresponsibility, as well as those that extinguish the penal action.

Lic. Aurora Basterra Díaz

INTRODUCCION

Es de notoria actualidad el grave estado de inseguridad que está viviendo la sociedad mexicana y muy en particular los habitantes del Distrito Federal, en base a los problemas económicos que venimos sufriendo, a lo que se suma el factor social de una delincuencia organizada de la que no son ajenas las autoridades, incluyendo aún los funcionarios públicos, de lo cual nos percatamos no sólo por los medios masivos de comunicación, sino aún en forma personal, al ser víctimas de sus arbitrariedades.

Tiene gran importancia esto último, al decir de los estudiosos del fenómeno jurídico y del criminal, frente a la ineptitud o aún dolo de las autoridades que participan en diversos niveles de la administración de justicia, pero asimismo tomando en consideración el factor premura con que deben diligenciarse las averiguaciones previas, sobre todo si son con detenido.

Se trata de explicar este fenómeno en base a diversos factores, como son:

- La baja remuneración de los servidores públicos que operan en la procuración de justicia, lo que ocasiona que sean coparticipes de cohechos, abuso de autoridad, coalición, tráfico de influencia, entre otros, lo que da lugar a concluir que la aplicación del Derecho Penal solo se da contra los pobres.

- El desconocimiento del público en general de los derechos que en su favor consagra la Constitución y sus leyes reglamentarias en materia penal, que da lugar a que puedan ser víctimas de sujetos sin escrúpulos que les vulneran bienes jurídicos y derechos, ante la mirada imparcial o aún benevolente de las autoridades, en contraposición con el conocimiento fáctico de la delincuencia, respecto a los beneficios que les otorga nuestro sistema jurídico.

- La situación económica que lanza a las calles a sujetos que, desempleados, se ven en la necesidad de delinquir para obtener un ingreso para sus familias, pero que una vez cometido impunemente el primer delito, adquieren la habitualidad y además llegan a conformarse asociaciones y aún comunidades delictivas, donde prácticamente la policía nada puede hacer.

De esta forma, los delincuentes que, siendo sorprendidos, denunciados o aún detenidos por las autoridades, salen, acogiéndose a alguno de los beneficios liberatorios que prevé tanto la Constitución como la legislación secundaria, ocultándose y escapando a la debida aplicación de la ley, pero eso sí, con un conocimiento sólido de las garantías a que pueden acogerse en caso de volver a caer en manos de la justicia.

De esta forma, en razón del fenómeno delictivo que se ha venido incrementando, particularmente en el Distrito Federal, que se concentra en dos factores: la organización delincriminal subterránea, que de antemano calcula el costo-beneficio de su actividad delictiva, o sea la cantidad que debería cubrir como multa, suma de fianza o soborno a la autoridad y la corrupción de las autoridades, se han venido realizando reformas constitucionales, así como a los códigos sustantivo como adjetivo y muy en particular a la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada para prevenir la incidencia delictiva, en particular en lo tocante a la reincidencia, limitando la facilidad de obtener los beneficios libertarios que se venían otorgando, toda vez que el Ministerio Público no solo es un órgano investigador y persecutor de delitos, sino un representante de los intereses de la sociedad en su conjunto y los individuales, siendo, además, una de las principales instituciones garantes de la legalidad, dentro de un Estado de Derecho como es el que nos rige, que asegure la convivencia civilizada, armónica y pacífica, bajo el imperio de la norma.

Es por ello que el legislador ha elaborado una nueva Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y su respectivo Reglamento, tomando en cuenta el grave problema de la inseguridad pública y de la impunidad, tanto por el incremento de actos delictivos, como por la corrupción de los propios órganos encargados de garantizar el orden, la paz pública y la procuración de justicia, por lo cual se reestructuró el organigrama de la propia Procuraduría, con el objeto de que los servidores que la integran cuenten con una auténtica vocación de servicio, basada en principios de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez, dentro del marco del Sistema Nacional de Seguridad Pública, para ello amplía las atribuciones tanto del propio Procurador, como del Ministerio Público a su cargo, como lo son la función conciliatoria, sus atribuciones en materia de derechos humanos, política criminal,

prevención del delito, atención a víctimas y ofendidos, así como su intervención en asuntos del orden civil y familiar, a través de sus respectivas unidades administrativas y, en particular, del servicio civil de carrera, tanto para los agentes del Ministerio Público, como de la Policía Judicial y los peritos adscritos a los Servicios Periciales de la propia procuraduría distrital.

Como se ha sostenido en este trabajo, para efectos didácticos se estudia en forma autónoma la materia penal, pero en la vida fáctica los problemas se dan interrelacionados, y las personas que ingresan a sus cargos sin el debido merecimiento profesional, difícilmente podrán desempeñar su puesto a cabalidad, por un desconocimiento de la complicada rama penal y de toda la normatividad jurídica en general. Es por ello la importancia del Servicio Civil de Carrera, donde se establecen los requisitos para ser agente del Ministerio Público, para lo cual dentro del Instituto de Formación Profesional se constituye un Consejo Consultivo integrado en forma colegiada, que entre otras funciones tiene las de aprobar el diseño de concursos de ingreso y promoción de los servidores públicos y participar en su evaluación. De esta forma los servidores públicos tendrán una designación por dos años, y concluido dicho término serán sometidos a nueva evaluación que, de ser satisfactoria, permitirá que se les otorgue su nombramiento definitivo.

El objetivo de esta tesis es presentar una idea más amplia de la dinámica en esta importantísima fase de la etapa de la averiguación previa y así contribuir a que exista un mayor interés por su análisis doctrinario y práctico en un solo libro de consulta, pues las actuaciones en ella realizadas son prueba plena para el ulterior proceso que deberá seguirse, y además reflejan la política criminal prevaleciente en el momento actual.

De esta manera la tesis abarca cinco capítulos interrelacionados. En el primero se aborda la evolución del procedimiento penal desde épocas históricas, hasta que el sistema mixto que nos rige, que se inicia con una etapa preparatoria del proceso, en base a la noticia que se le haga llegar al Ministerio Público de que en el mundo fáctico se ha cometido un probable evento delictivo, para que éste se avoque de oficio a reunir las pruebas que acrediten los elementos típicos y esté en condiciones de ejercer la acción penal.

En el segundo capítulo, en base a la hegemonía que tiene nuestra Carta Magna en el sistema jurídico que nos rige, se analizan las garantías que preserva la Constitución en la

etapa de la averiguación previa, en particular en favor del indiciado, tales como presunción de inocencia, prohibición de aplicación retroactiva en perjuicio, garantía de audiencia, prohibición de aplicación analógica y de actos de molestia no fundados ni motivados, en particular la protección legal al domicilio de las personas, la gratuidad de la administración de justicia, y particularmente las garantías libertarias, las de defensa y prohibición de incomunicación.

En el capítulo tercero se analizan los sujetos participantes en la averiguación previa: el Ministerio Público y sus antecedentes desde Grecia y Roma, hasta su surgimiento como tal en Francia, su independización de la judicatura en épocas de Porfirio Díaz, su inclusión en el artículo 21 constitucional en 1917, hasta las recientes reformas de que ha sido objeto este precepto, además del análisis de esta institución en su carácter de autoridad investigadora y persecutoria de los delitos y de sus autores, y a la que además se le asigna la función de representar los intereses de la sociedad organizada, en tanto órgano cuasijudicial, dependiente del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, toda vez que no pertenece al poder judicial, sino al Ejecutivo, que a través de sus funciones persecutoria, investigadora y probatoria del acreditamiento de los elementos típicos y de la probable responsabilidad, determina discrecionalmente respecto al ejercicio o abstención de la acción procesal penal, con el apoyo de la Policía Judicial, que está bajo su mando inmediato, junto con los servicios periciales, la Policía del Distrito Federal, el Servicio Médico Forense, y los servicios médicos del Distrito Federal, entre otros; pasando a analizar además al órgano de la defensa, integrado por el indiciado y su defensor, inmerso el primero en una serie de garantías legalmente consagradas, y por último al denunciante o querellante, que muchas veces coincide con la víctima del delito, y su carácter de coadyuvante del Ministerio Público para el esclarecimiento de la verdad y la obtención de la reparación del daño.

En el cuarto capítulo se analiza la actividad investigadora que debe de realizar de oficio el Ministerio Público, previa excitativa que se le haga para que inicie sus funciones, sea a través de denuncia o querrela de parte, como requisito de procedibilidad, para que se avoque a la acreditación de los extremos de la comisión del evento típico y de quien lo cometió, todo ello rodeado de formalidades legales, en particular en lo referente a la fundamentación y motivación, además de su razón respectiva en el acta de averiguación previa, para efecto de su valor probatorio

En el capítulo quinto se analiza la acción procesal penal, en particular su fundamentación jurídica y titularidad, que se estima está concentrada monopolícamente en manos del Ministerio Público, pero que en base a reformas al artículo 21 constitucional se prevé que dicha facultad discrecional del Ministerio Público podrá ser objeto de impugnación ante el poder judicial, pero sin que a la fecha se haya reglamentado tal posibilidad. También se analizan las calificativas, los efectos de la acción penal, así como las causas que conllevan al no ejercicio de ésta, sea por ausencia de tipicidad o por eximentes de responsabilidad y los requisitos legales que conlleva tal abstención.

De lo anteriormente expuesto se desprende que la aspiración de este trabajo es hacer un análisis profundo de la importancia que reviste la dinámica de la averiguación previa en la integración de los delitos del fuero común, tanto en sus aspectos organizativos y formales, como de acreditación de los elementos típicos, en base a las reformas al artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que es uno de los fundamentos básicos, al lado de los preceptos constitucionales y las respectivas disposiciones secundarias, de toda consignación.

CAPITULO I

LA AVERIGUACION PREVIA COMO ETAPA PROCEDIMENTAL

1.1. GENERALIDADES

Ricardo Rodríguez afirma que "el Derecho, en su desarrollo científico y en sus aplicaciones en la ley positiva, nos demuestra el movimiento evolucionista de la humanidad, las transformaciones sociales que son su consecuencia y por último, en lo que se relaciona con las leyes penales, nos señala las etapas del progreso en las instituciones políticas de los pueblos"(1).

Esta aseveración se puede aplicar a cualquier rama del Derecho, pero en particular tiene relevancia en el ámbito penal, por ser el área que mayor trascendencia tiene en la vida de los gobernados; en el caso de México, en base a la división tripartita de poderes, corresponde al Poder Legislativo elaborar las normas protectoras de bienes jurídicos y que en base a su jerarquía son penalmente tutelados, con objeto de que, dentro del ámbito de las libertades constitucionalmente garantizadas, se logre la armónica convivencia social, limitando, o sea prohibiendo conductas que los lesionen o pongan en peligro, bajo la amenaza de una sanción penal en el caso de incumplimiento y que es aplicada por funcionarios integrantes del Poder Judicial a lo largo del procedimiento penal, que es la vía formal para la privación de la libertad, de la propiedad e inclusive de la vida (en los casos previstos en el artículo 22 constitucional) y de esta manera el Estado exhibe sus convicciones y sus prácticas respecto a cuestiones tanto jurídicas como morales, en sendos ámbitos: sustantivo y adjetivo, y bajo la observancia de los órganos tutelares de los derechos humanos.

Todo ello dentro de un sistema jurídico, cuyas normas no se encuentran aisladas, sino en íntima correlación y unificadas bajo el imperio de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que en su artículo 133 decreta "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán ley suprema en toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados".

(1) RODRIGUEZ, RICARDO, "EL PROCEDIMIENTO PENAL EN MEXICO", Editorial Tipográfica de la Secretaría de Fomento, México, 1990, p.8

En base a lo anterior surge el Derecho de Procedimientos Penales, con fundamento en el artículo 21 constitucional y en íntima correlación con los artículos 14, 16, 19 y 20, entre otros de nuestra Carta Magna, y diversificando su competencia en ámbitos federal y local.

Han existido diferentes definiciones de esta rama del Derecho, pero en mi concepto la más completa es la que preceptúa Manuel Rivera Silva en su obra "El Procedimiento Penal", pues no abarca el mero proceso penal, sino todas las actividades tendientes a la conclusión de si existe o no delito que perseguir y por lo mismo sancionar, y señala que esta materia abarca "el conjunto de actividades reglamentadas por preceptos previamente establecidos, que tienen por objeto determinar qué hechos pueden ser calificados como delito para, en su caso, aplicar la sanción correspondiente"(2).

De esta definición se desprenden tres elementos muy importantes:

- a. Un conjunto de actividades o conductas que deben realizar los sujetos de la relación procedimental;
- b. Un conjunto de preceptos, normas emanadas del Estado, que regulan tales actividades, desde el mismo momento de la noticia del delito, hasta que el juicio adquiera la calidad de cosa juzgada, y
- c. Un conjunto de finalidades, o sean objetivos que se persiguen con el procedimiento, desde puntos de vista jurídico-penal en general, meramente penal y en particular en el relativo al procedimiento penal.

En primer lugar, desde un punto de vista general a que aspira el Derecho, éste consiste en reparar el orden jurídico-positivo vulnerado con la conducta ilícita.

En segundo lugar, desde el aspecto meramente penal, consiste en la tutela de valores jurídicos para el logro del régimen de seguridad jurídica, realización de la justicia y obtención de un sistema de bienestar general.

(2) RIVERA SILVA, MANUEL "EL PROCEDIMIENTO PENAL", Editorial Porrúa, S.A., México, 1988, p.5

En tercer lugar, tenemos los fines específicos del procedimiento penal, que consisten en la averiguación de la verdad y la verificación de la justicia, a través de la aplicación de la ley penal general, abstracta e impersonal al caso concreto, mediante la debida investigación de la verdad efectiva, material o histórica, o sea, valga la redundancia, la verdad verdadera, dada la fuerte tensión realista o materialista del procedimiento.

Al efecto cabe señalar que, a pesar que algunos autores confunden proceso con procedimiento penal, el primero abarca sólo el conjunto de normas y actividades que se desarrollan en la etapa del procedimiento que técnicamente se llama proceso, en tanto que el procedimiento, como vimos, abarca desde la noticia del delito, hasta que la resolución judicial ha alcanzado la calidad de cosa juzgada.

Por eso, como lo afirma Juan José González Bustamante en su obra "Principios de Derecho Procesal Penal" que "El procedimiento penal es el conjunto de actividades y formas regidas por el Derecho Procesal Penal, que se inician desde que la autoridad pública interviene al tener conocimiento de que se ha cometido un delito y lo investiga, y se prolonga hasta el pronunciamiento de la sentencia, donde se obtiene la cabal definición de las relaciones de Derecho Público"(3).

1.2. ANTECEDENTES DEL PROCEDIMIENTO PENAL

Los conceptos antes vertidos han sido producto de una larga evolución por la que ha atravesado el Derecho desde épocas remotas, podría decirse que la evolución jurídica ha corrido paralela a la evolución de la sociedad humana en el tiempo y el espacio y atiende primordialmente a sus anhelos de contar con mínimos de seguridad jurídica, de igualdad y de libertad que son connaturales al ser humano, de esta forma en épocas remotas se acudió a la autotutela o venganza privada en que el más hábil o más fuerte, sin importar a quien le asistiera el derecho, imponía la solución a la contraparte. Esta forma primitiva de solución de controversias poco a poco fue superándose por la aparición de legislaciones en el aspecto penal y el surgimiento de la función jurisdiccional.

(3) GONZALEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSE, "PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL", Imprenta Veracruz, México, 1945, p.61

1.2.1. ANTECEDENTES REMOTOS

Esta evolución de funciones legislativa y judicial tardó tantos siglos como son los que le tomó al ser humano el paso trascendental de un régimen de vida nómada a uno sedentario, y de éste a la constitución de tribus, las que por naturales necesidades de protección de sus enemigos fueron ensanchando sus lazos y fronteras, con la necesaria y lógica división de funciones entre gobernantes y gobernados.

En esas épocas dominadas por el asombro de los individuos ante los fenómenos naturales adquieren preminencia las clases sacerdotales, por lo que el procesalista Silva Silva en su libro "Derecho Procesal Penal", afirma que a ellos acudían los individuos, en su calidad de mediadores entre la divinidad y el hombre, asumiendo luego funciones jurisdiccionales que se entendía eran delegadas por la divinidad en tales sacerdotes(4), función que en ocasiones les fue disputada por otras clases sociales como la política y la militar.

Es así como surgen diversas legislaciones que ponen freno a la venganza ilimitada a través de un sistema tarifario: la Ley del Talión y un sistema de composiciones en vía de sustitución.

Por lo que se refiere a la función jurisdiccional, al parecer en estas épocas la ejercía el pueblo reunido en asamblea.

En esta etapa, para la solución de controversias prevaleció la oralidad, toda vez que pocas eran las personas que sabían leer y escribir, así como la intermediación, a través de la intervención directa de los juzgadores (sea la propia asamblea del pueblo, el monarca o a través de consejos que fueron electos por el pueblo o por el monarca), sin que existiera diferenciación entre asuntos civiles y penales.

(4) Cfr. SILVA SILVA, JORGE-ALBERTO, "DERECHO PROCESAL PENAL", Editorial Harla, México, 2990, p.39

1.2.2. GRECIA

Los griegos aparecen en la historia como un pueblo de pastores, conformada por varias tribus que a su vez se mezclan con otras que ya habitaban la península, conformándose así un grupo de ciudades-estado organizadas por gens (concepto de familia en sentido amplio) y gobernados por magistrados, en que los arcontes tenían funciones políticas, militares y acusatorias. La función jurisdiccional recaía en el Areópago, tribunal supremo de Atenas, compuesto por arcontes y cuya competencia era conocer de causas criminales graves, que tuvo fama de ser severo, sabio e imparcial(5).

1.2.3. ROMA

La historia de Roma se asemeja a la de Grecia en sus orígenes, como pueblo de pastores que se asientan en la península itálica, y que finalmente se mezclan con sus antiguos habitantes, pero se diferencia en su gran aportación en el ámbito del Derecho Civil. Que en parte coincide con su estructura política en tres etapas: etapa de las legis acciones, en épocas de la monarquía; etapa del proceso formulario, en épocas de la república y etapa de la extraordinaria cognitio, durante el imperio, según lo afirma el maestro Guillermo F. Margadant(6).

Señala Guillermo F. Margadant en su obra "Derecho Romano" que las legis acciones y el proceso formulario se unifican en el término *ordo iudiciorum*, en vista de que se separaba el proceso en dos instancias. La primera se desarrollaba ante un magistrado (fase *in iure*) y la segunda ante un tribunal de ciudadanos seleccionados o ante un juez privado (fase *apud iudicem*). En la primera se determinaba la constelación jurídica del caso, y en la segunda se admitían y desahogaban pruebas, se alegaba y el juez dictaba sentencia. En esta etapa se advierte una transición entre la justicia privada y la pública. La intervención del magistrado se limitaba a ejercer presión para que el demandado aceptara el arbitraje del juez privado y en el periodo formulario, a vigilar que se planteara correctamente el problema jurídico ante el juez, imponiéndole cierto programa de actuación y prescribiendo la sentencia que debería dictar según el resultado de su investigación de los hechos. Si el vencedor lo solicitaba, el Estado intervenía para dar eficacia a la sentencia, si el vencido no obedecía voluntariamente. Mas tarde, durante la etapa del proceso formulario, el pretor (magistrado), con creciente frecuencia comienza a investigar y decidir algunos pleitos personalmente sin recurrir al iudex, preparando así el sistema de extraordinaria cognitio(7).

(5) Cfr. DICCIONARIO PEQUEÑO LAROUSSE ILUSTRADO, Ediciones Larousse, México, 1980, p. 37-X

(6) Cfr. MARGADANT S., GUILLERMO F., "DERECHO ROMANO", Editorial Esfinge, S.A., México, 1985, p.140

(7) Ibidem, p. 144

Y añade el autor en comentario que en las primeras épocas del imperio surge un sistema caracterizado por un viraje de lo privado a lo público por: burocratización y sustitución del procedimiento oral por el escrito, más lento y costoso, la autoridad dirige el procedimiento sin apearse a deseos de particulares, puede asimismo la autoridad aportar pruebas que las partes no han ofrecido y dictar sentencia sin ajustarse estrictamente a las pretensiones de las partes, aunque el impulso procesal sigue viniendo de los particulares(8).

Además, de la lectura de el libro del autor en cita se desprenden otros aspectos sobresalientes, como el hecho de que el proceso ahora es uniinstancial; la sustitución del principio dispositivo en materia probatoria por el inquisitivo, recurriendo a la tortura de testigos para dar eficacia a la prueba testimonial, la que pasa del sistema libre al tasado, señala Margadant, y además se introduce el dudoso sistema de pruebas "incompletas", que combinadas con otras incompletas (p.e. juramento de un solo testigo), pasan juntas a formar una prueba íntegra(9). En Derecho Romano se distingue entre delitos y cuasidelitos, como fuente de las obligaciones, especificando que delito es un hecho humano contrario al derecho y castigado por la ley, y es un "hecho" por producir un cambio en el mundo del derecho, y no se le califica de "acto jurídico", ya que el cambio que resulta (el deber del autor del delito de sufrir un castigo), no es precisamente el efecto deseado por el delincuente, señala Margadant(10).

El Derecho Romano distinguió entre delitos públicos y delitos privados. A los primeros los denominó crimina, y son los que ponían en peligro a toda la comunidad, se perseguían de oficio por las autoridades o a petición de cualquier ciudadano y se sancionaban con penas públicas, sus orígenes podían ser militares o religiosos y se castigaban con decapitación, ahorcamiento o lanzamiento desde una roca. Los delitos privados causaban daño a un particular y solo indirectamente provocaban perturbación social. Se perseguían a iniciativa de la víctima y daban lugar a una multa privada en favor de ella. Se considera como forma evolucionada del Talió y de la composición voluntaria, toda vez que la ley fijó la cuantía de las composiciones, aunque en el sistema pretorio de la época clásica, con frecuencia el magistrado fijaba a su arbitrio (ex bono et aequo) el monto de la multa privada. En este caso se

(8) Ibidem, pp.175-176

(9) Ibidem, p. 178

(10) Ibidem, p. 316

admitía tanto a delitos dolosos como culposos, continúa señalando Margadant(11), y añade el autor en comentario que pesar de esta clasificación, los magistrados comenzaron a opinar que algunos delitos privados ponían en peligro también el orden público; en la época clásica la víctima pudo optar por dos vías: la privada o la pública. Gradualmente se fue imponiendo la opinión de que los delitos privados eran actos que afectaban la paz pública, por lo que el Estado debía perseguirlos, independientemente de la actitud adoptada por la víctima(12), además, este jurista e historiador afirma que los delitos privados se distinguen entre los provenientes del *ius civile* (*furtum*, *damnum iniuria datum* e *injuria* o lesiones) y del *ius honorarium* (rapia, intimidación, *dolo -actio doli mali-* y *fraus creditorum*)(13).

Martha Marineau y Román Iglesias, en su libro "Derecho Romano" señalan que la figura del rey fue sustituida por dos magistrados: los cónsules, electos por comicios, y además existían: a) Pretores, que eran los encargados de administrar justicia, y los había urbanos (sólo para ciudadanos) y peregrinos (en el caso que uno o ambos contendientes fuesen extranjeros); b) Censores, encargados del censo de la población, la admisión de nuevos miembros del Senado y concesión de contratos de obra pública; c) Questores: que tenían a su cargo la administración del erario público y también intervenían en el gobierno de provincias; d) Ediles: con funciones de policía urbana y conocían de litigios en los mercados(14).

Afirma Jorge Alberto Silva Silva en su libro precitado que desde épocas de la monarquía surge la figura de los questores, que eran designados sólo para conocer de un caso concreto, y en épocas de la República se les otorga mayor permanencia, y su competencia se precisa en una especie de leyes especiales, denominadas *quaestiones perpetuae*, según el tipo de delito, así había questores de *clandestinis conjurationibus* (para conjuraciones), *majestate* (para la seguridad de la nación), *veneficiis* (de envenenamiento), *homicidiis* (de homicidio), *peculatus* (peculado), *pecuniae resputandae* (exacciones ilegales), existiendo así un tribunal para cada delito, donde un magistrado conocía *questio* y otro grupo de personas resolvía. Para entonces ya se permitió a todo ciudadano acusar, y se le exigía tan solo el juramento de no acusar calumniosamente. El enjuiciamiento era bifásico(15).

(11) *Ibidem*, p.432

(12) *Ibidem*, p.433

(13) *Ibidem*, pp.433, 443

(14) Cfr. MORTINEAU ILLUJARTÉ, MARTHA, ROMAN IGLESIAS GONZALEZ, "DERECHO ROMANO", Editorial Harla, México, 1993, p. 12

(15) Cfr. SILVA SILVA, JORGE ALBERTO, op. cit., p.46

De esta forma, al decir de Guillermo Colín Sánchez en su libro "Derecho de Procedimientos Penales", por la cognitio el Estado ordenaba las investigaciones pertinentes para llegar al conocimiento de la verdad, sin tomar en consideración al procesado y que en el último siglo de la República la accusatio evolucionó de las formas anteriores, toda vez que la averiguación y el ejercicio de la acción se encomendó a un accusatur, representante de la sociedad, cuyas funciones no eran propiamente oficiales. Por su parte, la declaración del derecho era competencia de los comicios, de questores y de un magistrado y estas últimas autoridades fueron invadiendo las facultades del primero; en que aún sin previa acusación formal investigaban, instruían la causa y dictaban sentencia(16).

1.2.4. DERECHO CANONICO

Afirma Jorge Alberto Silva Silva en su obra citada que en las postrimerías del Imperio Romano Occidental (s.IV), a través de los Edictos de Tolerancia, se legitima el cristianismo, que con el tiempo pasa a ser religión de Estado; de esta forma el imperio bizantino (Imperio Romano de Oriente) otorga al Papa Gelasio, al través de una carta, competencia para conocer no solo de asuntos espirituales, sino de aquellos temporales que comprometerían los asuntos espirituales(17).

Por su parte García Ramírez en su obra "Curso de Derecho Procesal Penal", señala que la inquisitio ex officio ante las jurisdicciones eclesiásticas fue introducida por el Papa Inocencio III (s.XII-XIII) y se reglamentó en el Concilio de Tolosa. El funcionamiento de la inquisición episcopal estaba compuesta por un obispo y dos laicos, para denunciar y perseguir a los herejes. El proceso se iniciaba por acusación, delación o pesquisa, en que el fiscal y el defensor formaban parte del tribunal. La acusación era formulada por el Procurador del Santo Oficio o Promotor Fiscal. Ante el Santo Oficio la denuncia era obligatoria so pena de excomunión(18).

Más tarde la Clementina (s.XIV) introduce el juicio sumario (aunque más enfocado a cuestiones civiles), como forma de remediar los excesos de los juicios ordinarios, tan complicados, que de hecho implicaban una denegación de justicia, simplificando las formas procesales y abreviando tiempo, según lo afirma Silva Silva, en su libro antecitado(19):

(16) Cfr. COLIN SANCHEZ, GUILLERMO, "DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES", Editorial — Porrúa, S.A., México, 1969, p. 102

(17) Cfr. SILVA SILVA, JORGE ALBERTO, op. cit., p. 52

(18) Cfr. GARCIA RAMIREZ, SERGIO, "CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL", Editorial Porrúa, S.A., — México, 1969, p. 102

(19) Cfr. SILVA SILVA, JORGE ALBERTO, op. cit., p. 52

1.2.5. DERECHO GERMANO

Al decir de Sergio García Ramírez en su obra citada en párrafos anteriores, el proceso germano fue público, oral, contradictorio y súmamente ritualista, buscando la composición como forma de resolver las controversias y evitando la venganza de sangre. La jurisdicción radicaba en la asamblea de los hombres libres, presidida por un juez director de debates. La proposición del fallo recaía en un juez permanente. Formulada ante el tribunal la demanda y citado el demandado, si se allanaba sobrevenía la sentencia, si no, mediante resolución probatoria se condenaba o absolvía provisionalmente, determinándose quien debía probar. La prueba se refería al Derecho, no a los hechos, que se acreditaba a través de ordalias(20).

Jorge Alberto Silva Silva, en su libro "Derecho Procesal Penal", afirma que las ordalias o juicios de Dios se daban al través de la prueba del agua (inmersión bajo el agua) o del fuego del pretensor de quien se sospechaba falsedad. La señal de Dios consistía en salir con vida del agua o curarse de heridas del fuego, lo que significaba que no se había conducido con falsedad. Este tipo de pruebas fue prohibido por la iglesia en el IV Concilio Luterano, pero de hecho siguieron celebrándose. La influencia del derecho de los conquistados (romanos) introdujo el sistema de valoración de la prueba al través de las "matemáticas del espíritu" que asignaba valor a cada medio probatorio, y a la existencia de pruebas plenas y semiplenas, en que la confesión y la testimonial (dos testigos) tuvieron gran importancia, por lo que a falta de testigos se buscó la confesión al través del tormento(21).

1.2.6. PROCECIMIENTO ITALIANO INTERMEDIO

Señala Sergio García Ramírez en su obra "Curso de Derecho Procesal Penal", citando a Farinaccio que las causas podían ser civiles cuando la suma resultante de la pena pecuniaria beneficiaba a la parte y serían criminales cuando la suma se entregaba al fisco o se tratara de pena corporal afflictiva; y serían mixtas si lo recaudado se destinaba en parte al fisco y en parte al particular. Este mismo autor (García Ramírez), citando a Ullmann, señala que la ausencia de perseguidor formal en la Edad Media solo fue transitoria, toda vez que el Estado cubrió la vacante, dado que el castigo se infligía en beneficio del fisco (del Estado), lo que derivó en un sistema inquisitivo y de ser un procedimiento extraordinario vino a ser ordinario (20) Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, "CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL", op. cit., p. 102 (21) Cfr. SILVA SILVA, JORGE ALBERTO, op. cit., pp. 49-50

en la práctica, y añade citando a Marsiliis "si antes de la sentencia sobreviene la acusación, cesa entonces la inquisición", pero "si el acusador no quiere proseguir la acusación... el juez debe continuarla de oficio y castigar al acusador"(22).

1.2.7. PROCEDIMIENTO ESPAÑOL

Al decir de Jorge Alberto Silva Silva en su obra precitada, España estaba habitada por varios pueblos a la llegada de los visigodos (de origen germano), los que al fin impusieron su derecho (Código de Eurico) y un derecho romano (Breviario de Alarico); que finalmente se fusionan en solo ordenamiento: El Fuero Juzgo.(23).

Guillermo Colín Sánchez en su obra antecitada señala que en el antiguo derecho español el procedimiento penal no alcanzó un carácter propiamente institucional, pero ya en el Fuero Juzgo se ocupa de la acusación, las formas de hacerla, las garantías del acusado frente al acusador y el juez, de la necesidad de la prueba por parte del acusador y sobre la confesión del reo, de los casos en que procede el tormento, la garantía de que el malhechor no pueda ser detenido en casa del que le prendió más de un día o de una noche, debiendo ser entregado después al juez; la publicidad de la justicia; el derecho de que el que sea absuelto en justicia acabada no pueda ser objeto de nueva acusación; que cuando muchos deseen acusar a alguien por un delito, sea el juez el que escoja a un solo acusador; el hecho de que la acusación debe hacerse por escrito, conteniendo el nombre del acusador, el del acusado, el del juez ante quien se hace, el del delito, el lugar, mes y año; el deber del juzgador de recibir la acusación tomando del acusador la jura de que no promueve maliciosamente, la obligación de emplazar al acusado, dándole traslado de la demanda y señalándole plazo de veinte días para que responda; la obligación del juez de examinar las pruebas con gran cuidado y si éstas no atestiguan claramente el hecho y si el acusado es hombre de buena fe debe ser absuelto, entre otras cuestiones(24).

El jurista García Ramírez señala en su libro citado al calce que bajo el régimen del Fuero Real, surgen excepciones al principio de que todo hombre puede acusar, pues en el caso de delito manifiesto el alcalde procede de oficio; asimismo el rey puede ordenar la

(22) Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, "CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL", op. cit., p. 102

(23) Cfr. SILVA SILVA, JORGE ALBERTO, op. cit., pp.52-53

(24) Cfr. COLIN SANCHEZ, GUILLERMO, op. cit., pp. 19-20

práctica de pesquisas tanto de oficio como a petición de parte querellante. Se reglamentan desafíos y retos(25).

Las Siete Partidas, obra de Alfonso X "el Sabio" (s. XII) es una compilación de leyes que busca "romanizar" al derecho, con la finalidad de reunir en un solo cuerpo las disposiciones y aún las contradictorias normas y costumbres locales; estas disposiciones con el paso del tiempo pasaron a ser absolutas y para ajustarlas o complementarlas surgen nuevas legislaciones como las Leyes del Toro, que prohíben el uso forense del Derecho Romano, según lo establece Silva Silva en su libro "Derecho Procesal Penal"(26).

La Partida VII precisa la competencia por el lugar de comisión y subsidiariamente por el de aprehensión, morada o asiento principal de los bienes. El proceso se inicia por acusación escrita y directa, pero también hay denuncia y pesquisa ordenada de oficio por el rey o por los jueces; asimismo se reglamenta la legitimación para acusar, que debe ser llevada por un solo acusador, que en unas ocasiones debe sostenerse imperativamente y en otras cabe el desistimiento; se permite la avenencia; y si la prueba es insuficiente y existe buena fama a favor del inculcado, sobreviene la absolución; en tanto si hay mala fama y algunas presunciones adversas, se aplica el tormento, al decir de Sergio García Ramírez en su obra antecitada(27), y añade que en las Ordenanzas Reales de Castilla, se instituyen veedores y visitadores con atribuciones de inspección sobre los órganos encargados de administrar justicia. Posteriormente la Nueva y Novísima Recopilaciones abundan en normas sobre el enjuiciamiento criminal(28).

1.2.8. EL PROCEDIMIENTO ALEMÁN

Jorge Alberto Silva Silva en su obra citada anteriormente afirma que una de las manifestaciones renacentistas fue la consolidación de los estados nacionales en perjuicio de los tribunales eclesiásticos y de la aplicación del derecho canónico, toda vez que los nuevos estados (consolidados por varios reyes que se emancipan del emperador) reclamaban para sí la competencia de muchos asuntos antes reservados para el tribunal eclesiástico. En el enjuiciamiento penal privó la denuncia privada, la querrela del ofendido por sobre la acusación pública. La investigación era practicada de oficio por el tribunal e incluso podría iniciarse de

(25) Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, "CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL", op. cit., p. 105

(26) Cfr. SILVA SILVA, JORGE ALBERTO, op. cit., pp.53-54

(27) Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, "CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL", op. cit., p. 105

(28) Idem

oficio por el rumor público, además de la aplicación del tormento y el secreto(29). Para esta época la cultura jurídica germana se adquiría en las universidades italianas (estudiosas del Derecho Romano) con la consecuente influencia del civil law, de esta forma, en materia penal aparece el Espejo de Sajonia (s. XVI), a lo cual Silva Silva señala que "en realidad no es el derecho romano el que influye, sino el derecho italo-romano de los posglosadores; o sea, las explicaciones, definiciones y clasificaciones dadas por estos juristas, fundados en el trabajo de los glosadores (que comentaban la ley romana original). A los posglosadores no les importó la ley romana en sí, sino el ajuste o actualización del Derecho Romano a una época. Años más tarde en materia penal Carlos V de Alemania y I de España (1523) expide una regulación: La Carolina, en la que se trata de superar el estado de arbitrariedades, donde destacan algunos rasgos romanos(30).

Así en el procedimiento alemán, al decir de Sergio García Ramírez en su obra "Curso de Derecho Procesal Penal" surgen procesos cameralista y sajón. Este autor, citando a Alcalá-Zamora señala que el cameralista tiene como fundamento la Constitutio Criminalis Carolina, que acoge la persecución de oficio, con inquisitorialidad, secreto, escritura y tormento para completar la prueba. El de tipo sajón, surgido bajo la Constitución de Augusto I (1572) y la Ordenanza Judicial (1622), admite dos tipos de proceso: el promovido por la accusatio del ofendido y el iniciado de oficio, este último para delitos graves, y finalmente sólo en éste se admite el tormento, y el que se limita por Federico el Grande solo para delitos de lesa majestad y finalmente es suprimido definitivamente en 1757(31).

1.2.9. PROCEDIMIENTO INGLES

Asimismo el jurista García Ramírez en su libro citado sostiene que Inglaterra fue el bastión del procedimiento acusatorio(32), y donde surge el common law, que es un derecho no legislado, basado en precedentes, cuyo origen se remonta, según Jorge Alberto Silva Silva precisa en su obra citada, a la invasión normanda a la isla y el acceso de Guillermo el Conquistador al cargo de rey de Inglaterra, transformando el Witan prenormánico en curia del rey, con funciones consultivas a los tribunales monárquicos y que en épocas de Eduardo I (s.XIII) se da mayor auge al common law al través de los Yearbooks (similares a los precedentes judiciales). Previamente se logra la famosa Magna Charta, arrancada al monarca

(29) Cfr. SILVA SILVA, JORGE ALBERTO, op. cit., p.54

(30) Ibidem, p.55

(31) Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, "CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL", op. cit., pp.105-106

(32) Idem

Juan sin Tierra (1215), que establece la prerrogativa de que los señores feudales no sean juzgados por el monarca, sino por sus iguales (gente de igual jerarquía), lo que constituye la simiente del jurado popular, apoyada por la Iglesia inglesa, a fin de combatir las ordalías. Surgiendo además un jurado de acusación (actual Grand Jury)(33).

1.2.10. PROCEDIMIENTO FRANCES

De entre las aportaciones más importantes, señala el procesalista Silva Silva en su obra citada, están las que en el s.XVI dictaron los parlamentarios franceses, como es el caso de la Ordenanza de Villers-Cottorets, relativa al enjuiciamiento penal, donde se abrevia el proceso y se establece el procedimiento dividido en dos periodos: instrucción y juicio, y además se reducen las facultades de los tribunales eclesiásticos. En particular sobresale la Ordenanza de Colbert de 1670, que prevé como parte acusadora al procurador del Rey, en tanto que la demanda de pago de daño queda en la parte privada(34).

Y añade el autor en comentario que la Revolución Francesa, en su búsqueda de igualdad de todos ante la ley y sus ideas democratizantes, repercutieron en el enjuiciamiento penal, eliminando los tribunales privados y en la lucha por vencer lo tradicional hace que los ojos se vuelvan hacia Inglaterra, en lo tocante al sistema acusatorio y la organización del jurado, la codificación del derecho y una marcada tendencia de lo privado a lo público, que caracteriza al procedimentalismo, como se verá más adelante(35).

1.2.11. PROCEDIMIENTO PENAL EN EL MEXICO PREHISPANICO

Siendo el actual territorio de la República Mexicana un conglomerado de agrupaciones diversas y gobernadas por distintos sistemas, las normas jurídicas fueron diversas, aunque había cierta semejanza y además Guillermo Colín Sánchez en su libro "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales" señala que el derecho era consuetudinario y quienes tenían la misión de juzgar la transmitían de generación en generación. Existían tribunales reales, provinciales, jueces menores, del comercio y militares, entre otros, que se ajustaban a las necesidades de los reinos, al delito cometido y a la categoría del sujeto infractor(36).

(33) Cfr. SILVA SILVA, JORGE ALBERTO, op. cit., pp.54-55

(34) Ibidem, p.55

(35) Ibidem, pp.56, 68

(36) Cfr. COLIN SANCHEZ, GUILLERMO, op. cit., p.21

En el pueblo azteca el monarca era la máxima autoridad judicial, delegando funciones en un magistrado supremo, con competencia en materia de apelaciones en el ámbito penal; a su vez éste nombraba a un magistrado para ejercer atribuciones en ciudades con número considerable de habitantes y a su vez este último magistrado designaba a jueces encargados de asuntos civiles y criminales. En materia penal las infracciones se clasificaban en leves y graves; para las primeras existían jueces con jurisdicción en un barrio determinado. Las infracciones graves eran de la competencia de un tribunal colegiado, integrado por tres o cuatro jueces, los jueces menores eran los que iniciaban las actuaciones, procedían a la aprehensión de delincuentes e instruían el proceso en forma sumaria, en tanto que el magistrado supremo era quien decidía en definitiva, según lo afirma Colín Sánchez, en su libro antecitado(37).

En el reino de Texcoco, el monarca era la autoridad suprema y designaba jueces encargados de resolver asuntos civiles y penales y citando a Mendieta y Núñez señala Guillermo Colín Sánchez en su obra en cita, que estaban distribuidos en Salas, una para lo civil y otra para lo criminal, y una más para asuntos militares. Cada sala estaba integrada por cuatro jueces. Los fallos eran apelables ante el monarca(38), y añade que el procedimiento era de oficio y bastaba un simple rumor público acerca de la comisión de un delito para iniciar la persecución, que los ofendidos podían presentar directamente su querrela o acusación, así como pruebas: testimonial, confesional, documental, careos e indicios, y formular alegatos. El límite para resolver el proceso era de ochenta días y las sentencias se dictaban por unanimidad o por mayoría de votos(39). La jurisdicción residía en los Batabes que comprendían todo el cacicazgo, y en la del Ahau, relativa a todo el Estado y en quien residía fundamentalmente la jurisdicción. Los juicios se ventilaban en una sola instancia. No existían recursos, señala Colín Sánchez, citando a Pérez Galas(40).

1.2.12. PROCEDIMIENTO PENAL EN LA NUEVA ESPAÑA

Afirma el procesalista Silva Silva en su obra en comento que a la llegada del conquistador a tierras americanas siguió aplicándose el derecho prehispánico, hasta que se consumó la conquista, y una vez consolidada se aplicó el derecho hispano: las Siete Partidas y Nueva Recopilación; pero por problemas surgidos desde el inicio de la conquista se presentó

(37) *Ibidem*, pp. 21-22

(38) *Ibidem*, p. 22

(39) *Ibidem*, p. 23

(40) *Idem*.

la necesidad de dictar leyes especiales para las colonias, conocidas como "derecho indiano", primero al través de la creación del Consejo de Indias y Leyes de Burgos, que propiciaron la tutela de los aborígenes(41).

De esta forma, al decir del jurista García Ramírez en su obra "Curso de Derecho Procesal Penal", citando a Levene, a la cabeza de los órganos judiciales figuraba el rey, fuente de la jurisdicción, que conocía del recurso de segunda suplicación. "La instancia en materia civil, penal y mercantil competía al Consejo de Indias, y existían en Lima y México alcaides del crimen, formando dos salas separadas y conocían de causas penales"(42).

El supremo poder residía en el virrey y además existía la Real Audiencia como órgano de gobierno, con funciones legislativas, judiciales y como órgano consultor del virrey. Cuando la Audiencia, como señala Jorge Alberto Silva en su obra citada, era presidida por el virrey tenía funciones legislativas, dictando autos acordados, y que por su multiplicidad dio origen a la Recopilación de Autos Acordados. La Audiencia de México llegó a tener una cámara criminal que funcionó como tribunal de apelación (equivalente a una sala penal actual) y también existió una sala civil(43).

Por lo que afirma Guillermo Colín Sánchez en su obra "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales", citando a Salvador Azuela, que en la persona del virrey residían funciones de "Capitán General, Justicia Mayor, Superintendente de la Real Hacienda y Vice-Patrono", y con su alta investidura llegó a ser el eje principal en torno al cual giraban gobernadores, corregidores, alcaldes mayores y la propia Real Audiencia, toda vez que la designación de estos altos funcionarios y la decisión de los asuntos que éstos conocían, no eran ajenos a su influencia y caprichos, y añade el autor en comentario que a los gobernadores y a los corregidores se les asignaban atribuciones de cuidar el orden, administrar justicia y resolver problemas relativos a su jurisdicción, en sus respectivos ámbitos de competencia precisada por el virrey; de los Corregidores distritales dependían Alcaldes Mayores en lugares de adscripción(44), por su parte Sergio García Ramírez en su obra citada al calce, señala que el cabildo (órgano municipal) se integraba por corregidores y alcaldes de primero y segundo

(41) Cfr. SILVA SILVA, JORGE ALBERTO, op. cit., p.59

(42) GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, "CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL", op. cit., p.107

(43) Cfr. SILVA SILVA, JORGE ALBERTO, op. cit., pp.59-60

(44) Cfr. COLÍN SÁNCHEZ, GUILLERMO, op. cit., p.26

votos con jurisdicción penal, el de segundo voto tenía a su cargo los asuntos de menores. El fiscal cuidaba los intereses públicos y del soberano, en lo civil y en lo penal(45).

Asimismo señala Guillermo Colín Sánchez en su obra en cita, la existencia de la Audiencia, que tenía jurisdicción para conocer de asuntos policiacos y los relativos a la administración de justicia y se regía por las Leyes de Indias, y en defecto de éstas por las Leyes de Castilla. La Audiencia se integraba por Oidores, quienes investigaban denuncias o hechos para formarse una convicción y estar en condiciones de dictar sentencia y firmaban órdenes de aprehensión (que para su validez debían firmar estas últimas dos oidores)(46), y añade que los Alcaldes del Crimen conocían de causas criminales en primera instancia, cuando los hechos se cometían en un perímetro comprendido en cinco leguas del lugar de su adscripción; podían intervenir directamente en lugares donde no había oidores, y actuaban como Tribunal Unitario en causas leves; pero en el caso de penas de muerte, mutilación o corporales se debían constituir en cuerpo colegiado, requiriendo tres votos favorables para la aprobación de la sentencia y, aunque era facultad de la Audiencia sentenciar en materia de apelaciones interpuestas contra Alcaldes del Crimen, estos últimos resolvían el negocio, lo cual, al decir del autor en comentario, desvirtuaba la naturaleza de dicho recurso y añade que "De hecho la investigación y castigo de los delitos radicaba en estos funcionarios, quienes no respetaban las atribuciones de los demás integrantes de la Audiencia, realizaban toda clase de aprehensiones", excepto si se traba del Corregidor de la ciudad, y en este caso sólo si mediara la autorización del Virrey de la Nueva España, por lo que en 1568 se les prohíbe conocer de asuntos criminales y de portar la "vara de la justicia". En orden jerárquico se cita al Alguacil Mayor, que con colaboración de otros funcionarios, tenía bajo su responsabilidad la función policiaca(47).

En 1549, afirma Guillermo Colín Sánchez en su obra en cita, que por Real Cédula se otorga por primera vez en la reciente colonia ingerencia a indígenas previamente seleccionados para desempeñar cargos de alcaldes, jueces, regidores, alguaciles, escribanos, etc., especificándose que la justicia se impartiría según usos y costumbres que antes habían regido su vida. Los alcaldes indios, auxiliados por alguaciles procedían a la aprehensión de delinquentes indios y los llevaban a cárceles españolas del distrito correspondiente(48), pero

(45) Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, "CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL", op. cit., p. 107

(46) Cfr. COLÍN SÁNCHEZ, GUILLERMO, op. cit., p. 27

(47) Idem.

(48) Ibidem, pp.32-33

esta disposición benéfica para los naturales fue de hecho relegada por Real Ordenanza para el establecimiento e instrucción de Intendentes del Ejército y Provincia en el Reino de la Nueva España, intendencias que fueron doce y cada intendente se encargaba de impartir justicia en lo civil y en lo criminal, quienes, auxiliados por subdelegados, investigaban hechos delictuosos e instruían procesos para que al estar en condiciones para dictar sentencia lo hiciera así el intendente asesorado por un teniente letrado(49), al efecto es dable señalar que la legislación a favor de los naturales fue poco eficaz, toda vez que mas bien hubo sumisión a la ley de los conquistadores.

Para la persecución del delito y frenar las conductas lesivas a la estabilidad social y los intereses de la Corona, y fundados en factores económicos, religiosos, sociales y políticos, surgieron distintos tribunales especiales a lo largo de la Colonia, quienes aplicaban procedimientos especiales y novedosos, como forma de frenar el malestar público fincado en la impunidad, falta de garantías para la vida y la propiedad, que provocaba alarma general. Guillermo Colín Sánchez en su obra "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales", señala que esta es la razón de la aparición de diversos tribunales, como son:

El Tribunal de la Santa Inquisición, como instrumento policiaco contra la herejía que surge en España y que con fundamento en una Bula del Papa Sixto IV(1478), da origen al Tribunal del Santo Oficio de la Inquisición para las Indias Orientales, y se establece en Nueva España en 1570, en el que participaban: El Promotor Fiscal (en su carácter de denunciante, persecutor y acusador de herejes y enemigos de la Iglesia, ante el tribunal; el Abogado Defensor (encargado de la defensa, tesorero y depositario de bienes confiscados), los familiares, que figuraban en forma honorífica y ejercían funciones de policía, comunicando de inmediato todo lo que interesara al proceso), los Notarios, que refrendaban las actas de los juicios), los Escribanos (que hacían los apuntes relacionados con las denuncias), los Alguaciles (que ejecutaban las aprehensiones) y los Alcaldes, a cuyo cuidado estaban cárceles y reos. Este tribunal fue suprimido en 1820(50).

Además de los anteriormente citados existió el famoso Tribunal de la Acordada. Este tribunal debe su nombre a que fue objeto de un Acuerdo de la Audiencia (en ejercicio de

(49) *Ibidem*, p. 35

(50) *Idem*.

facultades legislativas), y se inició en 1710, su competencia en sentido general era la persecución de salteadores de caminos, avocándose al conocimiento de hechos delictuosos, la instrucción de un proceso sumarísimo, dictar sentencia y proceder de inmediato a su ejecución, según lo señala el mismo procesalista Colín Sánchez(51), por lo que era un tribunal ambulante, careciendo de sede fija, y que tenía por objeto la prevención general por medio de la intimidación, a través de la efectiva aplicación de la pena, primordialmente en el lugar de los hechos, además de la persecución del delito; aunque cabe decir que en ocasiones no se sancionaba al delito pues los lugareños (indígenas) asesinaban a tenientes y comisarios y además la prevención general no se dio, sino más bien acrecentó la comisión de los delitos. Fue abolida por la Constitución de Cádiz de 1812(52).

1.2.13. PROCEDIMIENTO PENAL EN MEXICO INDEPENDIENTE

Señala Guillermo Colín Sánchez en su obra antecitada, que por Decreto de 1812 se crean "jueces de partido", con jurisdicción dentro de esta circunscripción (partido) de tipo mixta (civil y penal), y la acción popular para delitos de soborno, cohecho y prevaricación. Además consagró garantías libertarias a favor de españoles, como el de no poder ser preso sin información sumaria del hecho, por el que merezca pena corporal en términos de ley, notificada por mandamiento escrito de juez en el acto de la prisión. En caso de flagrancia, todo delincuente puede ser arrestado por cualquier persona y conducirlo en presencia del juez. Dentro de las veinticuatro horas se le manifestará la causa de su acusación y el nombre de su acusador, si lo hubiere, y al tomarle su declaración al tratado como reo se le leerán íntegramente todos los documentos y las declaraciones de testigos, con sus nombres y si no se conocieren, se le darán cuantas noticias pida para venir al conocimiento de quiénes son. De ahí en adelante el proceso será público, en el modo y forma que determinen las leyes. Se prohíben los tormentos y apremios. Se prohíbe la confiscación de bienes y la trascendencia de las penas(53).

Durante la difícil época de la independencia y los años que le siguieron de inestabilidad política, lo más importante era elaborar una constitución nacional, inspirado en tal idea en 1814 se promulga el Decreto Constitucional para la Libertad de América Mexicana, que añade Guillermo Colín Sánchez que, aunque no tuvo vigencia, es un documento revelador del

(51) *Ibidem*, p. 39

(52) *Idem*

(53) *Ibidem*, pp. 43-44

pensamiento de la época, con inspiración filosófica jurídica de la Revolución Francesa y de la Constitución Española(54), donde ya se prevé en sus artículos 15, 16 y 17 la división de funciones(o de poderes), correspondiendo la potestad de hacer leyes a las Cortes con el Rey, la ejecutiva en el Rey y la jurisdiccional, civil y criminal en los tribunales establecidos por la ley, y posteriormente, en 1824 nuestra primera Constitución, que aunque tuvo una vigencia efímera, de aproximadamente doce años, transforma a la antigua Audiencia Virreinal en la Suprema Corte(o Corte Suprema) de Justicia, que de un tribunal de apelación la eleva al rango de tribunal nacional, y dado el régimen federal previsto en esta Constitución se promueve la creación de poderes judiciales para cada entidad federativa.

Años más tarde, en 1836, se elaboran las Siete Leyes Constitucionales, donde se prevé un régimen centralista y en su artículo 1o.de la Quinta Ley señala que el "Poder Judicial de la República, se ejercerá por una Corte Superior de Justicia, por un tribunal superior de los Departamentos, por los de Hacienda que establecerá la ley de la materia y por los juzgados de primera instancia", subsistiendo el fuero eclesiástico y militar (art.3o. Quinta Ley), aunque en términos generales se siguen las mismas ideas en las Bases Orgánicas de la Constitución de 1843, al preceptuar en su artículo 115 "El poder judicial se deposita en una Suprema Corte de Justicia, en los tribunales superiores y jueces inferiores de los Departamentos y.en los demás que establezcan las leyes. Subsistirán los tribunales especiales de Hacienda, Comercio y Minería, mientras no se disponga otra cosa por las leyes".

Con el Presidente Juárez surge la Constitución de 1857 que establece garantías de prohibición de leyes privativas y tribunales especiales; el hecho de que nadie puede ser juzgado y sentenciado sino por ley expedida con anterioridad al hecho y por tribunal previamente establecido; que nadie puede ser molestado en persona, familia, domicilio, papeles y posesiones sino por mandamiento escrito de autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. En materia penal prevé la posibilidad de que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices en el caso de flagrancia, con obligación de ponerlos sin demora a disposición de la autoridad inmediata; el hecho de que la prisión sólo procede por delitos sancionados con pena corporal, prisión que no podrá prolongarse por falta de pago de honorarios o de cualquier otra ministración de dinero ni

(54) Ibidem, p.44

exceder el término de tres días sin que se justifique con auto de formal prisión motivado, y en el que se satisfagan los requisitos de ley y muy en particular a favor del procesado, la obligación de hacerle saber el motivo del procedimiento, el nombre del acusador, si lo hubiere; que se le tome su declaración preparatoria dentro de cuarenta y ocho horas a partir de que esté a disposición del juez, el derecho a ser careado con testigos que depongan en su contra, y que se le faciliten los datos que necesite y que consten en el proceso para preparar su descargo, y el de que se le oiga en defensa, por sí, por persona de su confianza o por ambos, según su voluntad, y en caso de carecer de persona que lo defienda, se le asigne defensor de oficio; además limita los juicios a tres instancias y señala la prohibición de ser juzgado dos veces por el mismo delito, según lo resume Guillermo Colín Sánchez en su obra y añade como una innovación en el ambiente jurídico la Ley de Jurados Criminales, relativa al Ministerio Público, aunque su funcionamiento se ciñó a los lineamientos observados por los fiscales de la época colonial(55).

Toda vez que la Constitución de 1824 forma al sistema federal de gobierno, se inicia el sistema de codificación tanto en materia sustantiva como procesal, surgiendo así el Código Penal del Estado de Veracruz (1835), el Proyecto de Código Penal de 1832, que entró en vigor en 1835 en forma provisional por Decreto, en tanto se elaboraba un código más adaptable a las exigencias de un Estado, según lo señala don Celestino Porte Petit en su obra "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal"(56), en Veracruz surgen sendos códigos tanto sustantivo como adjetivo en 1869, y finalmente surge el Código Penal de 1871 de Martínez de Castro, que crea la necesidad de una ley de enjuiciamiento que lo hiciera aplicable, por lo que se elabora con el Código de Procedimientos Penales de 1880, que al decir de Colín Sánchez "En sus disposiciones establece un sistema mixto de enjuiciamiento en cuanto a algunas instituciones como el cuerpo del delito, la búsqueda de las pruebas, etc., pero en otro orden, aunque suavizado impera el sistema inquisitivo", añadiendo además, que en él se consagran algunos derechos para el procesado, como el derecho a la defensa, la inviolabilidad del domicilio, la libertad caucional, etc.; y en cuanto a la víctima del delito, se instituye la obligación para el delincuente de reparar el daño(57).

(55) *Ibidem*, p.43

(56) Cfr. PORTE PETIT CANDAUADP, CELESTINO, "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL", Editorial Porrúa, S.A., México, 1991, p.44

(57) Cfr. COLIN SANCHEZ, GUILLERMO, *op. cit.*, p.48

Jorge Alberto Silva Silva en su obra "Derecho Procesal Penal" señala que en realidad no hubo leyes procesales penales propias y organizadas para México sino hasta fines del s.XIX, en la época de la codificación, bajo el gobierno del Presidente Díaz, y citando el autor en comentario un discurso de Joaquín Baranda, señala que "muchos años después de consumada la independencia nacional en los tribunales mexicanos se administraba justicia conforme a las leyes del Fuero Juzgo, de las Partidas, de la Novísima Recopilación", por lo que es en épocas del Presidente Díaz cuando el país se afrancesa, tomando como ejemplo la tendencia codificadora de Napoleón y de este afrancesamiento pasa a nuestra legislación el jurado popular, el Ministerio Público, el procedimiento mixto o franco-inglés y la codificación procesal autónoma(58).

El Código de Procedimientos de 1880 fue derogado cuatro años más tarde, por el de 1884, afirmando Guillermo Colín Sánchez en su obra citada, que "aunque no difiere en el fondo de su doctrina, en sus tendencias trató de equilibrar la situación del Ministerio Público y de la defensa, para que ésta no estuviera colocada en plano de superioridad frente al Ministerio Público, debido a que el Código de 1880 permitía al defensor modificar libremente sus conclusiones... En cambio, el Ministerio Público estaba obligado a presentarlas desde que la instrucción estaba concluida, y solo por causas supervenientes podía hacerlo después, de tal forma que (en) la mayor parte de las ocasiones el Ministerio Público iba al jurado sin saber a qué atenerse" y añade que el nuevo Código (de 1884) continuó imponiendo el sistema mixto y respecto a la víctima del delito declaró sus derechos de naturaleza civil; y entre los aspectos novedosos de este código y por exigencias del momento histórico se reglamentan las atribuciones de la Policía Judicial, y al Ministerio Público se le fijan únicamente facultades para la persecución de delitos y los actos de acusación contra los criminales ante los órganos judiciales competentes. Además, introduce el principio procesal de la inmediatez y en materia probatoria dominó el sistema mixto, según lo afirma el autor en comentario(59).

Añadiendo el autor en comentario que el Código de Procedimientos Penales en materia federal de 1908 tuvo como modelo para su elaboración el Código del Distrito, aunque el de materia federal contiene otras innovaciones: como las facultades del juez para comprobar el cuerpo del delito(ahora elementos del tipo), el arbitrio judicial, etc.(60).

(58) Cfr. SILVA SILVA, JORGE ALBERTO, op. cit., pp.62-63

(59) Cfr. COLIN SANCHEZ, GUILLERMO, op. cit., p. 49

(60) Idem.

El Código de Organización de Competencia y de Procedimientos en Materia Penal para el Distrito y Territorios Federales de 1929, que entre otros aspectos, en lo tocante a la víctima del delito indicó que la reparación del daño es parte de la sanción del hecho ilícito, y que sería exigida oficiosamente por el Ministerio Público, entendida como una acción más bien penal que civil; pero se concedió a los ofendidos o a sus herederos facultades para ejercitar la acción reparadora, por lo que la función del Ministerio Público, en este último caso, pasó a segundo término continúa diciendo el procesalista Colín Sánchez, y añade que "El distingo que en este orden se pretendió establecer, creó un sistema absurdo, de tal manera que la falta de congruencia en ese (este) aspecto, su inoperancia y otros defectos más que se le señalaron" dieron lugar a que fuera sustituido por el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, vigente desde 1931 y el Código Federal de Procedimientos Penales de 1934(61).

1.3. SISTEMAS DEL ENJUICIAMIENTO PENAL

Los sistemas seguidos en el tiempo y el espacio han sido básicamente tres: el inquisitivo, el acusatorio y el mixto; siendo la historia del procedimiento penal la historia de los sistemas de enjuiciamiento, como complemento del punto anterior es preciso emprender el examen de ellos según la clasificación que de ellos hace Sergio García Ramírez en su obra citada al calce, aunque citando este autor a Zaffaroni precisa que los sistemas inquisitivo y acusatorio no existen en realidad, considerándolos abstracciones y añade que aún históricamente no existen formas puras, sino que han sido mixtos los sistemas que han existido, y el autor en comento, posteriormente citando a Arilla Bas, señala que su examen en la realidad de las cosas remata en un problema de intensidad(62) o sea su inclinación hacia una u otra de las formas consideradas como "puras".

1.3.1. ASPECTOS DEL SISTEMA INQUISITIVO

Los aspectos del sistema inquisitivo considerado en su pureza podrían resumirse en los siguientes, sintetizando expuesto por Sergio García Ramírez en su obra antecitada:

(61) *Ibidem*, pp. 49-50

(62) Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, "CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL", op. cit., pp.95-96

- Las funciones acusatoria, de defensa y de decisión están concentradas en manos de un mismo órgano, ocasionando un proceso unilateral, donde el juez cumple una actividad multiforme.

- El interés prevaleciente es el social, porque se piensa que la violación al derecho lo lesiona, por lo cual sus intereses se encuentran defendidos en grado extremo.

- La Oficiosidad adquiere apogeo, es un proceso ofensivo en el que el juez deviene en enemigo del reo, no busca la verdad histórica, sino que busca en el preso al delito, dice el autor en comentario citando a Beccaria, que "para que alguien pruebe que es inocente, tiene que ser declarado reo antes".

- Se considera que el inculpado entra al proceso en calidad de objeto.

- No existe libertad de acusación.

- La defensa se halla restringida, no hay contradicción entre partes.

- Rigen principios de escritura, secreto y continuidad.

- Existe simpatía por la prisión preventiva.

- Se restringe la proposición probatoria y la valuación de la prueba se encuentra tasada.

- Se le atribuyen amplios poderes de actuación al juez, el cual es concebido en forma activa, toda vez que puede iniciar de oficio el procedimiento e integrar por su cuenta la verdad, disponiendo la práctica de pruebas diversas de las presentadas por los otros sujetos procesales.

- La figura del juez es bifuncional, es decir un mismo sujeto instruye y condena.

- Los jueces son permanentes e irrecusables, se excluye a la justicia popular.

- La sentencia es apelable, aportando elementos de límite y control a los amplios poderes judiciales(63).

Además, el autor en comentario, en su misma obra, citando a Castillo Barrantes le señala a este sistema como principios: la escritura, el secreto y la ausencia de contradictorio; y como caracteres: justicia delegada, procesamiento de oficio, juez activo, preponderancia de la instrucción, indefensión y juzgamiento conforme a Derecho(64), y citando a Etcheverry señala que este régimen, en el aspecto político "es propio de los regímenes tiránicos, absolutistas o

(63) Ibidem, pp.96-99

(64) Ibidem, p.99

totalitarios..., en que el interés social prevalece sobre todo, y en que la administración de justicia no es sino un arma más al servicio de los fines de la autoridad política(65)"

1.3.2. ASPECTOS DEL SISTEMA ACUSATORIO

Los aspectos del sistema acusatorio considerado en su pureza podrían resumirse en los siguientes, sintetizando expuesto por Sergio García Ramírez en su obra antecitada:

- Las funciones acusatoria, de defensa y de decisión se encomiendan a un órgano propio e independiente, ocasionando un sistema de partes.
- El interés prevaleciente es el particular, a grado tal que de seguirse este sistema en sus máximas consecuencias se caería hacia ámbitos del Derecho Privado, porque la persecución e investigación de delitos se abandonan por completo a la iniciativa privada, con el riesgo de que ésta permanezca inactiva por inercia, por temor o por corrupción.
- Es un proceso informativo.
- Se considera al inculcado como sujeto del proceso.
- Rige la libertad de acusación, no solo en favor del ofendido, sino de todo ciudadano, bajo el sistema de acusación popular.
- Existe libre defensa e igualdad procesal entre los contendientes, donde la clara existencia de acusador y acusado promueve franco enfrentamiento entre ambos.
- Rigen principios de oralidad, publicidad y concentración.
- Por su influencia liberal, se inclina por la regla de la libertad procesal del inculcado.
- Existe libre proposición de pruebas por las partes y libre apreciación de ellas por el juez.
- Son restringidas las facultades del juez en la dirección procesal de la contienda, que no puede resolver ultra petita, ni proceder de oficio.
- La figura del juzgador es diversa, diferenciando el que instruye del que juzga.
- Tiene señalada vocación por el elemento popular; es generosa la recepción del pueblo en los órganos de justicia (la asamblea, el jurado).
- La sentencia es inapelable(66).

(65) Ibidem, p.101

(66) Ibidem, pp.96-99

El autor en comentario, citando a Castillo Barrantes, le señala como principios: oralidad, publicidad y contradictorio; y como caracteres: instancia única, inicio del proceso por acusación, igualdad entre partes, pasividad del juez (árbitro) y decisión conforme a equidad(67), y añade en el aspecto político, citando a Etcheverry que este sistema acusatorio "es propio de los regímenes liberales, celosos del principio de separación de los poderes públicos y de los derechos del ciudadano, que por poderoso que sea siempre es más débil que el Estado, poseedor del tremendo atributo de la fuerza"(68).

1.3.3. ASPECTOS DEL SISTEMA MIXTO

Como se señala al inicio de este subtema, los sistemas puros o casi puros que se han dado en la realidad tienden a concentrarse, como señala Sergio García Ramírez en su obra "Curso de Derecho Procesal Penal", para arrojar una tercera fórmula que constituye un sistema de equilibrio, donde cobran armonía los derechos de la sociedad y las garantías de que es preciso rodear al inculpadado, de esta forma el sistema mixto toma elementos de sistemas inquisitivo y acusatorio. De hecho surge una partición en el cuerpo del procedimiento total:

- a) En la primera fase, instructoria o de sumario, se reciben ciertos elementos del inquisitivo, como son: la escritura y el secreto.
- b) En la segunda fase, de juzgamiento o plenario, se encuentran ciertas notas características de la acusación, como son la oralidad y la publicidad.

Y añade el autor en comentario en su obra que ambas fases suelen estar dominadas por principios de contradicción y libre defensa(69), y señala que "hay autores que piensan que el sistema mixto surge cuando aparece la figura del Ministerio Público y desplaza al acusador particular o popular", y añade, citando a Piña y Palacios "De ser así, el sistema mixto no sería, pues, simple combinación de los otros dos, sino gozaría de original sustancia; la nota propia y diferencial, en la especie, consistiría en que la acusación se halla reservada al órgano del Estado denominado Ministerio Público" y citando a Alcalá-Zamora señala que "si bien es cierto el Ministerio Público es la institución más peculiar y acaso la más interesante también del proceso penal de tipo mixto, ello no significa que sea consustancial ni tampoco exclusiva de

(67) *Ibidem*, pp.99

(68) *Ibidem*, p.101

(69) *Ibidem*, pp.99-100

dicho orden del enjuiciamiento(70), y este mismo autor, citando a Castillo Barrantes, señala que los caracteres del sistema mixto clásico o puro, de formulación francesa, al que se acogen los sistemas mixtos modernos son: "Separación entre acciones penal y civil, instrucción inquisitiva, concebida como medio para preparar el proceso; juzgamiento por jurado popular, separación entre las funciones de accionar, instruir y juzgar; combinación de tribunales colegiados y unipersonales y mejoramiento de la defensa(71).

1.4. EVOLUCION DOCTRINARIA PROCESAL

Como señala Jorge Alberto Silva Silva en su obra "Derecho Procesal Penal" un análisis histórico del Derecho Procesal Penal no estaría completo si no se toma en cuenta la historia de las ideas procesales, junto con los juristas que han explicado el fenómeno procesal, añadiendo "La historia del derecho no se limita al estudio inmanente del derecho o a su interacción con otras manifestaciones de la cultura, sino que también comprende el punto de vista científico-espiritual, dentro del cual encaja la evolución de las ideas"(72).

La evolución de las ideas procesales se clasifica en cinco etapas históricas, que a su vez están las últimas cuatro representadas por sus respectivas corrientes escolásticas, como sigue:

1.4.1. ETAPA PRIMITIVA

Señala Jorge Alberto Silva Silva en su obra antecitada, que "de esta época carecemos casi completamente de fuentes escritas". "Ni siquiera en el pueblo romano hubo tal explicación del derecho procesal y menos aún del procesal penal(73), a lo que añade Cipriano Gómez Lara en su obra "Teoría General del Proceso" que en esta etapa "es claro que no había literatura procesal y todas las consideraciones sobre ella, son simplemente de tipo histórico y de enfoque perteneciente a la filosofía de la historia", toda vez que en la etapa romana "existe un proceso que se conoce, por lo menos en líneas generales con bastante precisión, pero tampoco se puede hablar de la existencia de una literatura procesal; hay proceso, pero no hay literatura procesal"(74).

(70) Ibidem. p.100.

(71) Idem.

(72) Cfr. SILVA SILVA, JORGE ALBERTO, op. cit., p.65

(73) Ibidem, p.66

(74) GÓMEZ LARA, CIPRIANO, "TEORÍA GENERAL DEL PROCESO", Editorial Trillas, México, 1990,p.81

1.4.2. ESCUELA JUDICIALISTA

La escuela judicialista se desenvuelve principalmente en los s. XII y XIII en Bolonia, la fuente es material literario, no legislativo, encaminado a explicar el derecho procesal penal; señala Cipriano Gómez Lara en su obra *antes citada* que en esta época se destaca el concepto de juicio; los juicios se dividían en tiempos y dichos tiempos variaban de número. En España esta corriente está representada por el maestro Jacobo de las Leyes, cuya obra "Flores del Derecho" viene a ser el borrador o proyecto de las Siete Partidas (Partida III), en base a que la Escuela de Bolonia tuvo repercusión importante en toda Europa, "donde iban a estudiar los juristas de la época y al concluir sus estudios regresaban a sus lugares de origen ya versados en el derecho común, basado fundamentalmente en las antiguas enseñanzas del Derecho Romano(75).

1.4.3. ESCUELA PRACTICISTA

La aparición de esta tendencia, señala Jorge Alberto Silva Silva en su obra anteriormente referida surge a finales de la Edad Media y el inicio del Renacimiento y llega hasta la Revolución Francesa (s. XVI-XVIII)(76), por su parte Cipriano Gómez Lara en su obra anteriormente referida señala que esta tendencia se caracteriza por que "la materia procesal se contempla más como un arte que como una ciencia... los practicistas suelen dar fórmulas o recetas para llevar adelante los procedimientos(77), a lo que añade Silva Silva que "los juristas del Renacimiento asumieron una posición contraria a los del medievo (glosadores y posglosarores). Si bien los posglosadores, al clasificar y definir usaron la inducción como método, los renacentistas consideraron que la práctica jurídica se podía hacer sin teoría", dando atención al "stylus curiae", entendiendo al proceso como un juego de astucia parecido al ajedrez. Ello implicó el uso de la retórica. En esta etapa era aplicable el sistema inquisitivo(78).

1.4.4. EL PROCEDIMENTALISMO

Su aparición coincide con la Revolución Francesa y uno de los factores decisivos de este movimiento fueron las críticas dirigidas contra el sistema penal inquisitivo; otro factor de decisiva influencia en el proceso penal es la aparición de la codificación napoleónica, y la separación de la legislación procedimental en dos cuerpos especiales: los códigos de procedimientos civiles y de procedimientos penales, además de la obra de Bentham "Tratado

(75) *Ibidem*, p. 82

(76) Cfr. SILVA SILVA, JORGE ALBERTO, *op. cit.*, p. 66

(77) Cfr. GÓMEZ LARA, CIPRIANO, *op. cit.*, p.83

(78) Cfr. SILVA SILVA, JORGE ALBERTO, *op. cit.*, p.67

de las Pruebas", y añade Cipriano Gómez Lara en su obra en comentario que con el surgimiento del procedimentalismo nace la tendencia sistematizadora de dividir las obras relativas a la materia en tres campos: organización judicial, competencia y procedimiento. La doctrina procedimentalista se orienta a hacer un análisis exegético de los textos legales y una descripción de los fenómenos judiciales(79).

Por su parte Jorge Alberto Silva Silva en su obra "Derecho Procesal Penal" señala que los códigos napoleónicos tornaron a la oralidad y publicidad, y los estudiosos tienden a la interpretación y descripción de los textos legales, por lo que en esta etapa doctrinaria sienta sus reales la Escuela de la Exégesis, y añade, citando a Chiovenda, que las variables que influyeron en este nuevo tipo de proceso son:

a) La renovación del método científico, que restituyó al juez la función de investigar la voluntad de la ley, con base en la observación de los hechos, regresando al libre convencimiento, virando de la prueba tasada a la libre convicción.

b) La renovación de los estudios de derecho público a partir de la idea de restauración del Estado, concibiendo así al proceso como una relación de derecho público.

c) La Revolución Francesa, que al dar soberanía al Estado le otorga la actividad jurisdiccional, quedando fuera los tribunales privados.

Y añade que en esta etapa, la tendencia de estudiar a la prueba por separado del derecho procesal se debió a la confusión entre derecho procesal y ciencias auxiliares (criminalística, criminología), lo que llevó a considerar al derecho probatorio como autónomo del derecho procesal(80).

1.4.5. LA ESCUELA DEL PROCESALISMO CIENTIFICO

Esta escuela surge en Alemania, e implica la autonomía de la ciencia procesal y su definitiva separación de las disciplinas sustantivas, como lo señala Cipriano Gómez Lara en su obra "Teoría General del Proceso", con un enfoque científico e integral respecto del fenómeno procesal, sintetizando y estructurando la construcción sistemática, igual que su esencia y finalidades(81).

(79) Cfr. GÓMEZ LARA, CIPRIANO, op. cit., p.83

(80) Cfr. SILVA SILVA, JORGE ALBERTO, op. cit., p.68

(81) Cfr. GÓMEZ LARA, CIPRIANO, op. cit., p.84

El método de la exégesis es rechazado por los procesalistas, señala Jorge Alberto Silva Silva en su obra que, buscando conceptos fundamentales de la ciencia procesal, como son: acción, jurisdicción y proceso. La idea del procesalismo parte básicamente de quienes prestaban mayor atención al enjuiciamiento civil que al penal, aunque posteriormente sus seguidores trasladan ideas procesalistas al enjuiciamiento penal(82).

En México la doctrina procesal se inicia en la etapa de la Colonia, señala el procesalista Silva Silva en su obra citada, y el procedimentalismo se infiltra hacia fines del s. XIX en nuestro país, por influencia francesa. La década de los cuarenta marca un tránsito de ideas procedimentalistas hacia las procesalistas (como es el caso de González Bustamante), pero además la influencia de juristas expulsados de España vienen a imponer algunos cambios definitivos, como es el caso de Rafael de Pina y Alcalá-Zamora. En las siguientes décadas de los cincuentas y sesentas, aparecen grandes cambios en direcciones metodológicas en materia procesal civil, no así en materia procesal penal, por lo que el autor en comento afirma que "el derecho procesal penal de esta época sigue siendo manejado por los penalistas y no por los procesalistas"(83).

1.5. LA AVERIGUACION PREVIA COMO PERIODO PROCEDIMENTAL

El periodo de preparación de la acción procesal penal principia en el momento en que la autoridad investigadora tiene conocimiento de la comisión de un hecho aparentemente delictivo, y bajo la égida del precepto constitucional que prevé que "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí mismo, ni ejercer violencia para reclamar su derecho " (art. 17 Const.), prohíbe la autotutela y señala la forma más evolucionada dentro de un Estado de Derecho en la resolución de pretensiones litigiosas, que consiste en la heterocomposición, que en materia penal surge entre la pretensión punitiva que tiene a su cargo el Ministerio Público, ante la inobservancia de una disposición penal por un sujeto responsable, a fin de que un órgano tercero e imparcial: el juez, aplique la ley general, abstracta e impersonal al caso concreto y particular que se somete a su conocimiento, con la participación del órgano de la defensa, que está integrado por el autor del delito y el asesor jurídico, en su calidad de coadyuvantes para

(82) Cfr. SILVA SILVA, JORGE ALBERTO, op. cit., p. 71

(83) *Ibidem*, p.73

el esclarecimiento de la verdad, para lo que el segundo proporciona la asistencia técnica al indiciado, para evitar todo acto arbitrario de los demás integrantes del proceso.

La acción penal surge a través de la instancia, que al decir de Humberto Briseño Sierra en su obra "Derecho Procesal Penal", es una conducta particular que ejerce un sujeto de derecho frente a los órganos de autoridad del Estado, solicitando, informando, pidiendo o en cualquier forma excitando el ejercicio de las atribuciones que le han sido conferidas y tiene forzosamente un procedimiento, por lo que tener derecho a instar es pretender algo de alguien dentro de un procedimiento (84).

En materia civil, la acción está a cargo de la parte que ha sufrido un daño, pecuniario o moral, en tanto que la acción penal es pública y obligatoria, en base al carácter de representante social que tiene el Ministerio Público, al comprobar la comisión de un delito y la responsabilidad de su autor, dado que la sociedad está tan interesada en que se castigue al responsable, como en que no se sancione a quien no lo merezca. La actividad investigadora la ejerce de oficio el Ministerio Público, pero para ejercer sus funciones, requiere de los llamados requisitos de procedibilidad, o sea que haya sido excitado a través de una denuncia o querrela.

Retomando la idea, el Ministerio Público no actúa de oficio, sino en base al conocimiento que se allegue, a través de la noticia del delito, con fundamento en el artículo 16 constitucional, en correlación con el artículo 8o. de la propia Carta Magna, que regula el derecho de petición, como lo veremos en su momento.

Así la averiguación previa es la primera etapa del procedimiento, que se inicia desde el momento mismo en que el órgano ministerial tiene noticia del delito, sea por denuncia presentada por un particular o por un agente o miembro de una corporación policiaca; por acusación, si la imputación se hace respecto de una persona determinada como presunto reponsable de la comisión del ilícito perseguible de oficio; o bien por querrela, que consiste en la declaración que hace la víctima de un delito perseguible a petición de parte, hecha por el sujeto pasivo u ofendido o bien por su representante legal.

(84) Cfr. BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO, "DERECHO PROCESAL", T.II, Cárdenas Editor, México, 1969, - p.171

Sea a través de cualquiera de este tipo de informaciones allegadas al Ministerio Público, éste inicia su actividad investigadora. Si existiese víctima u ofendido, o bien testigos, o se conociere o tuviere detenido al indiciado, se procederá a la realización del interrogatorio de cada uno de ellos en lo particular.

Si el delito hubiere o pudiese haber dejado vestigios, se procederá a su investigación, sea a través de la inspección ministerial o análisis pericial de los mismos, a falta o para abundar sobre la actividad investigadora, puede practicarse la reconstrucción de hechos, la confrontación y todas aquellas diligencias que conduzcan al esclarecimiento de la verdad. Todo ello debidamente razonado y en su caso pasado bajo la fe ministerial.

Realizadas las diligencias necesarias para la integración de los elementos del tipo y la probable responsabilidad, la propia agencia investigadora o bien la mesa investigadora determinarán si procede el ejercicio de la acción penal, su remisión por incompetencia u otras causas a las autoridades que deban continuarla; o bien la reserva, si no se reunieron los requisitos necesarios para la consignación, que es el documento con el que se inicia el ejercicio de la acción penal.

Por ello se trata, como vimos al inicio del presente trabajo, de un conjunto de actividades, orientadas a la persecución de los delitos, que lleva a cabo el Ministerio Público con la colaboración de la Policía Judicial, que está sujeta a su autoridad y mando inmediato, en base al artículo 21 constitucional.

Por ello el Ministerio Público en sentido lato, tiene la función persecutoria de los delitos, la que a su vez implica, según Rivera Silva:

a. Una actividad investigadora, debidamente documentada en el acta de averiguación previa, y que implica una labor de auténtica averiguación, a través de la búsqueda de pruebas que acrediten la existencia de los delitos y la responsabilidad de los que en ellos participaron.

b. Ejercer la acción penal, que se inicia con la consignación y que transforma a la institución del Ministerio Público de órgano de conocimiento en parte acusadora ante el órgano jurisdiccional, durante toda la secuela procesal⁽⁸⁵⁾ afirma Manuel Rivera Silva en su obra "El Procedimiento Penal" y añade que la acción penal no nace forzosamente con el delito ⁽⁸⁶⁾, sino sólo a través de la noticia de la comisión de éste, que se le haga llegar por los medios legalmente previstos para ello, pues puede darse el caso de la comisión de delitos que no son informados y por lo mismo tampoco perseguidos ni sancionados, y que en términos criminológicos constituyen la llamada "cifra negra".

También es necesario precisar, que como etapa procedimental, debe satisfacer las formalidades del procedimiento, respecto a cuestiones de tiempo y requisitos formales en la integración de las actas de averiguación previa.

En materia de tiempo, las actuaciones del ramo penal pueden practicarse a toda hora, y aún en días feriados, sin necesidad de habilitación previa (art. 12 CPP primera parte).

Respecto a la forma, las actas de averiguación previa se pueden escribir a máquina, a mano o por cualquier otro medio apropiado (como puede ser la computadora); en su inicio y en todos los actos en ella contenidos, se deberá consignar la hora, día, mes y año en que se inicie o practiquen las diligencias. Las fechas así como las cantidades se escribirán con letra y además con cifra. No se deben emplear abreviaturas ni raspaduras. Las palabras o frases escritas equivocadamente se testarán con una línea delgada, de forma que queden legibles, salvándose al final con toda precisión y antes de las firmas. En la misma forma se salvarán las palabras o frases omitidas, que por error se hubiesen enterrrenglonado. Toda actuación penal terminará con una línea tirada de la última palabra al final del renglón; si éste estuviere todo escrito, la línea se trazará debajo de él y antes de las firmas (art. 13 CPP).

Requisito de secuencia. Todas las hojas deberán estar foliadas por el respectivo secretario, el que deberá además sellar entre hojas, de forma que el sello abarque a ambas, y en cada una de las caras del expediente (art. 14 CPP, primer párrafo)

⁽⁸⁵⁾ Cfr. RIVERA SILVA, MANUEL, op. cit., pp.42-43

⁽⁸⁶⁾ Ibidem, p.54

Debida autorización de las actuaciones. Esto se da a través de la rúbrica que al centro de cada foja coloque el Oficial Secretario, pero también se deben firmar al margen obligatoriamente las declaraciones del denunciante, acusador y sobre todo del indiciado, en el caso de los testigos es optativo (art. 14 CPP segundo párrafo).

Actuaciones supervenientes. Las actas de averiguación previa deberán ser firmadas al final del turno por el titular de la agencia investigadora y por el Oficial Secretario, así como cuando quede cerrada la investigación y se proceda a la consignación. Para el caso que fuere necesario consignar en el acta actuaciones supervenientes:

1. Si ocurrieren modificaciones o variaciones antes de las firmas, se harán constar a continuación de las diligencias previas;

2. Si ocurrieren con posterioridad, se asentarán por el Oficial Secretario y se firmarán por las personas que hayan intervenido, procediendo en lo demás en la forma prevista para las formalidades y para el cierre del acta de averiguación previa (art. 14 CPP tercer párrafo).

Pérdida de expedientes. Si se perdiere algún expediente, se repondrá a costa del responsable, el que estará obligado a indemnizar por los daños y perjuicios que ocasione, sin perjuicio, además, de quedar sujeto a responsabilidad, si hubiere incurrido en ella (art 17 CPP).

1.6. CONCEPTO DE AVERIGUACION PREVIA

Gran cantidad de autores han definido a esta fase como etapa preparatoria del ejercicio de la acción penal, en particular Guillermo Colín Sánchez en su obra precitada, señala que durante la averiguación previa el Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de Policía Judicial, practica todas las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar la acción penal (87), para lo cual se requiere la integración tanto de los elementos del tipo como la probable responsabilidad.

Es incorrecto que el citado autor señale que el Ministerio Público en ejercicio de las facultades de Policía Judicial practique las diligencias, pues en todo caso las diligencias son

(87) Cfr. COLIN SANCHEZ GUILLERMO, op. cit., p.243

practicadas por la Policía Judicial o por el Ministerio Público, pero en el primer caso, por facultad que le otorga la institución del Ministerio Público y no al revés, como se desprende del artículo 21 constitucional, por las razones que veremos en la "ratio iuris" de su creación.

César Augusto Osorio y Nieto en su obra "La Averiguación Previa" la define como "La etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias para comprobar en su caso, los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal"**(88)**, y que es documentada en un expediente que contiene todas las diligencias realizadas por el órgano investigador, para comprobar ambos extremos.

Por su parte Fernando García Cordero en su obra "La Reforma Procesal Penal 1983-1987", afirma que "...constituye una etapa del procedimiento penal, que existe para determinar si hay o no elementos para suponer con fundamento la comisión de un ilícito penal y la probable responsabilidad de una persona, es decir, para ejercitar la acción penal ante el órgano jurisdiccional, abriendo el proceso penal propiamente dicho, o de lo contrario, determinar el archivo o sobreseimiento administrativo"**(89)**.

En base a lo anterior, se concluye que la averiguación previa constituye la etapa de preparación del ejercicio de la acción penal, y es la que da base para cimentar el proceso penal que se le habrá de seguir al probable responsable, para lo cual deberá realizarse con apego al principio de legalidad y ajustándose en todo a las garantías que al efecto prevé nuestra Constitución; y tiene por objeto que el agente del Ministerio Público determine si existen o no elementos que hagan suponer que se ha infringido la ley penal, en base a las diligencias probatorias constantes en el expediente de averiguación previa y valorando la participación del inculpado en el delito que se le imputa, para ejercer o no la acción penal.

Así, una averiguación previa bien integrada, permitirá a la autoridad conocer la verdad histórica del delito real (no del jurídico), a fin de que en el desenvolvimiento del proceso se alcance el esclarecimiento de la verdad real y en consecuencia se puedan dictar resoluciones justas al momento de la determinación del ejercicio o abstención de la acción procesal penal.

(88) OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO, "LA AVERIGUACION PREVIA", Editorial Porrúa, S.A., México, - 1994, p. 2

(89) GARCÍA CORDERO, FERNANDO, "LA REFORMA PROCESAL PENAL 1983-1987", Editorial Porrúa, México, 1987, p.35

CAPITULO 2

LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES EN LA
AVERIGUACION PREVIA

2. LAS GARANTIAS EN LA AVERIGUACION PREVIA

Nuestra Constitución contiene en sus primeros veintinueve artículos una serie de garantías individuales o derechos públicos subjetivos, que es una forma en que la propia Constitución limita o restringe la conducta de las autoridades estatales respecto a su actuación ante sus gobernados, de manera que las primeras no abusen de los poderes o facultades que se les otorgan en razón de los cargos o puestos que les son conferidos.

La esencia teleológica de dichas garantías tiene por objeto a la persona humana, sin distinción de clase social, raza, credo, sexo o color; persona que es entendida como sujeto que tiene fines que cumplir por su propia determinación, y que por lo mismo se le confiere una dignidad que no le puede ser discutida.

Tales garantías son derechos públicos subjetivos, señala Ignacio Burgoa Orihuela, en su obra "Las Garantías Individuales" emanados de la relación jurídica de supra a subordinación que existe entre el Estado y sus autoridades y el gobernado, e instituidas en favor de este último, consistentes en la obligación del Estado y sus autoridades de respetar tales derechos y velar porque se cumplan las condiciones de seguridad jurídica a favor de todas las personas sujetas a dicha autoridad y consignadas por la Ley Fundamental⁽⁹⁰⁾.

Por lo tanto, siendo la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la fuente de tales garantías individuales, las normas que de ahí emanen deben en todo caso sujetarse al principio de supremacía constitucional, en base al artículo 133 que prescribe "Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema en toda la Unión..."; de donde se desprende la prevalencia de la Carta Fundamental sobre cualquier ley secundaria que la contravenga y la primacía de la aplicación de la Constitución por encima de cualquier otra disposición, por lo que las autoridades todas deben observarla en forma preferente respecto a cualquier disposición secundaria.

(90) Cfr. BURGOA ORIHUELA, IGNACIO, "LAS GARANTIAS INDIVIDUALES", Editorial Porrúa, México, - 1986, p.157

Tales garantías se clasifican según Ignacio Burgoa en su obra precitada, en:

2.1. GARANTIAS DE IGUALDAD

Jurídicamente tal igualdad se traduce en que un número indeterminado de personas que se encuentren en determinada situación tengan la posibilidad y capacidad de ser titulares de los mismos derechos inherentes a dicha situación, que se refieren a:

2.1.1. GARANTIA DE IGUALDAD

Esta garantía significa que todos los hombres, todo ser humano, con independencia de origen, raza, estado civil, etc., tiene derecho al goce y ejercicio de esta garantía (art. 1o. Const.) y por lo mismo se prohíben los títulos de nobleza y honores hereditarios (art. 12 Const.).

2.1.2.GARANTIA QUE PROHIBE LA ESCLAVITUD

Los esclavos provenientes del extranjero que entren al territorio nacional, alcanzarán por ese solo hecho su libertad, así como la protección de las leyes nacionales (art. 12 Const.).

2.1.3. GARANTIA DE IGUALDAD DEL VARON RESPECTO DE LA MUJER

Esta garantía implica que en un régimen jurídico-democrático no exista diferencia en razón de sexo (art. 4o. Const.)

2.1.4.GARANTIA DE LIBERTAD DE PROCREACION,

Ignacio Burgoa Orihuela en su obra antecitada afirma que esta garantía significa el derecho a tener el número de hijos que se desee en forma libre, responsable e informada (art. 4o. Const.)(91).

Estos preceptos que garantizan la igualdad de todas las personas "No en el aspecto físico o corporal, ni económico, ni intelectual, ni aún ante la sociedad, sino exclusivamente jurídico y gubernativo, es decir, ante la ley y ante el Estado; en el sentido de que tenemos

(91) Cfr. BURGOA ORIHUELA, IGNACIO, op. cit., p.251

igual capacidad jurídica, iguales derechos respecto de nuestras personas y nuestros bienes, e igual oportunidad teórica de subsistir, de actuar y de prosperar, lo que implica que entre los habitantes del país no hay esclavos, tampoco nobles ni plebeyos, ni vasallos sometidos a otro hombre por razones de nacimiento, como tampoco hay privilegios personales por razón de sangre o de servicios", como lo afirma Luis Brazdrecht en su obra "Garantías Constitucionales"(92).

2.2. GARANTIAS DE LIBERTAD

Toda vez que como vimos anteriormente en México se encuentra prohibida la esclavitud y prevalece un sistema libertario muy amplio, en el que se reconoce al individuo una teleología a seguir, que es inherente a su ser, como lo es la obtención de la felicidad y del bienestar, que en términos abstractos se traduce en un sistema subjetivo de satisfacción permanente de necesidades vitales, eligiendo con plena libertad los medios para su realización siempre que sean lícitos, o sea, como lo afirma Ignacio Burgoa Orihuela en su obra precitada, "la libertad social u objetiva del hombre se revela como potestad consistente en realizar trascendentemente los fines que él mismo se forja, por conducto de los medios idóneos que su arbitrio le sugiere, que es en lo que estriba su actuación externa, la cual sólo debe tener las restricciones que establezca la ley en aras de un interés social o estatal o de un interés legítimo privado ajeno" y es la garantía que después de la vida es el bien más valioso y eje mismo sobre el cual gira la totalidad del drama penal, por lo mismo la libertad está garantizada constitucionalmente como una condición sine qua non imprescindible para el logro de la teleología que cada individuo persigue, dada su naturaleza humana y elemento esencial de su persona(93).

2.2.1.LA LIBERTAD DE TRABAJO

Es el derecho que tiene toda persona de dedicarse a la profesión, industria o comercio que le acomode, siendo lícitos, a lo que se suma el derecho a tener una percepción como producto de su trabajo, tal derecho sólo podrá ser restringido por resolución judicial, gubernativa o cuando se ataquen los derechos de tercero (art. 5o. en correlación con el 14o. Const.).

(92) Cfr. BRAZDRECH, LUIS, "GARANTIAS CONSTITUCIONALES", Editorial Trillas, S.A.de C.V., - México, 1996, p. 8

(93) Cfr. BURGOA ORIHUELA, IGNACIO, op. cit., p.307

La libertad de trabajo es uno de los principales derechos de la persona humana, en lo fundamental está regido por los artículos 5o. y 123 constitucionales, que se refieren a dos distintos aspectos: a) Se faculta a la persona para que escoja la profesión, industria, comercio o trabajo lícitos que le acomoden y b) se le libera de la prestación de servicios personales si no media su consentimiento y si no percibe la justa retribución; bajo las excepciones de que el trabajo constituirá tarea obligatoria cuando sea impuesto como pena por la autoridad judicial y la prestación de los servicios públicos, el de las armas y el desempeño del cargo de jurado, de puestos concejiles y de elección popular. Asimismo son obligatorios y no retribuidos el servicio de las funciones electorales y censales, como se desprende de la lectura de la parte correlativa del libro "Los Derechos del Pueblo de México a Través de sus Constituciones"(94).

2.2.2. GARANTIA DE LA LIBRE EXPRESION DE LAS IDEAS

Esta garantía abarca la libertad de expresar, sea verbalmente, o bien a través de la publicación espistolar, científica o de cualquier otra forma de difusión, salvo que esta conducta ataque la moral, derechos de tercero, constituya delito o perturbe el orden público (art. 6o. Const.).

Señala la Constitución Comentada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas que la libre expresión de las ideas en cuanto a la forma de regulación jurídica que adopta nuestra Ley Suprema se manifiesta en un sentido negativo, al indicar que la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, donde el texto constitucional se refiere en esta parte a toda forma de expresión de las ideas del hombre, exceptuando las que emplean como medio la impresión, ya que en cuanto a la denominación de libertad de imprenta es objeto de regulación en artículo diverso. La razón de la diferencia se refiere específicamente a la manifestación de las ideas producida de manera individual por medio de la palabra, gestos o cualquier otra forma expresiva susceptible de ser captada de manera auditiva o visual. Queda, pues, bien protegida la expresión artística en el marco del contenido del precepto que comentamos, siempre que ésta no sea sujeta a un mecanismo tecnológico multiplicador, en cuyo caso su régimen jurídico debe entenderse enmarcado por un artículo (94) Cfr. "LOS DERECHOS DEL PUEBLO DE MEXICO A TRAVES DE SUS CONSTITUCIONES", T.III, Manuel — Porrúa, S.A., Librería, México, 1985, p.406

diverso (70. const.). En el segundo párrafo de este precepto se prevé el derecho a la información, como un derecho de índole social, a diferencia de la libertad de expresión que es por esencia un derecho público subjetivo. El derecho a la información constituye un derecho público colectivo, toda vez que se trata de una garantía de carácter social que atribuye al Estado la función de garantizar a todos los integrantes de la sociedad la recepción de información oportuna, objetiva y plural(95).

2.2.3. GARANTIA DE LIBERTAD DE IMPRENTA

Esta garantía consiste en un derecho fundamental del individuo, que amplía la libertad de expresión, o sea es consecuencia de la libre manifestación de las ideas y de difundirlas por cualquier medio gráfico, como una garantía del régimen democrático que nos preside.

La libertad de imprenta, es correlativa de la libertad de expresión prevista en el artículo 60. constitucional, sólo que bajo las limitaciones de no atacar la vida privada, a la moral y a la paz pública, además, como seguridad jurídico-constitucional a la libertad de imprenta, este precepto establece que, cuando se cometa un delito de imprenta, ésta no podrá ser secuestrada como instrumento del delito, que constituye una regla de excepción a la legislación penal del orden común que, en otros casos consigna como sanción específica la pérdida de todo elemento material utilizado en la comisión del delito.

El último párrafo del artículo que consagra la garantía de imprenta y que como lo señala la parte correlativa de la Edición Comentada de la Constitución del por el Instituto de Investigaciones Jurídicas, obliga al legislador ordinario a dictar las disposiciones necesarias para evitar que so pretexto de la comisión de delitos de prensa, se encarcele, sin comprobar antes su responsabilidad, a los expendedores 'papeleros', operarios o empleados del establecimiento del que haya salido el escrito considerado como delictuoso, por estimar que, en principio, ellos son ajenos a la responsabilidad contraída por el autor intelectual de dicho escrito(96)

(95) CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Comentada, UNAM, Instituto de -- Investigaciones Jurídicas, México, 1995, p.33

(96) Cfr. CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Comentada, op. cit., pp.40-41

2.2.4. GARANTIA DE DERECHO DE PETICION

Este precepto garantiza la obligación de todos los funcionarios públicos de atender prontamente las peticiones que les sean presentadas, toda vez que el gobierno está instituido para el servicio del pueblo.

Luis Brazdresch en su obra antecitada explica que este precepto define los requisitos que ha de llenar la petición, que son: por escrito (para precisar sus términos), pacífica (por elemental regla de convivencia social) y respetuosa (atendiendo a la dignidad propia de la autoridad). En asuntos políticos, la petición solo debe provenir de un ciudadano, toda vez que quien no revista tal carácter no tiene derecho de intervenir en esa clase de asuntos. Los requisitos para la contestación es que debe ser expresada en un acuerdo que debe dictar la autoridad a quien se dirigió la petición y no otra distinta; el que debe ser escrito, para precisar sus términos, congruente con la petición, y que se le haga saber en breve término al peticionario (97).

En materia de averiguación previa, la doctrina ha considerado que este derecho es la esencia de los requisitos de procedibilidad (denuncia o querrela), regidos además por el artículo 16 constitucional, mediante los cuales se acude ante un órgano de autoridad, solicitando se investigue si un determinado hecho es constitutivo de delito.(art. 8o. Const.)

2.2.5. GARANTIA DE LIBERTAD DE REUNION O ASOCIACION

Luis Brazdresch en su obra antecitada precisa que esta garantía consagra el derecho que le asiste a todo gobernado de reunirse, sea en forma familiar, civil o mercantilmente, para obtener un fin lícito y aún obtener beneficios de dicha asociación."La asociación implica, en el ámbito jurídico del que no debe prescindirse al interpretar el sentido de los preceptos constitucionales que se refieren a los derechos humanos, el previo asentimiento de los asociados y la definición de un propósito para desarrollarlo en el transcurso del tiempo, en tanto que la reunión, si bien implica igualmente un propósito más o menos definido y que puede cambiar el curso de la misma reunión, puede y suele ser espontánea y de momento, para una actuación inmediata. En lo relativo a la libertad de asociación es fundamento de todo tipo de sociedades y asociaciones, en sus múltiples modalidades, civiles, mercantiles, (97) Cfr. BRAZDRESCH, LUIS, op. cit., p. 123

laborales y aún políticas (en estas últimas entran los partidos políticos propiamente dichos). El derecho de asociación no es absoluto, toda vez que está sujeto a la satisfacción de ciertos requisitos según la ley de la materia; en el aspecto constitucional toda asociación o reunión debe tener un objeto que en sí mismo sea lícito. Las que se propongan fines políticos están permitidas exclusivamente a los ciudadanos mexicanos. Se prohíben categóricamente las reuniones armadas, lo que se justifica en razón de que las deliberaciones pueden acalorar los ánimos de los reunidos, degenerar en disputa y así motive el uso de las armas para sostener o para impugnar las ideas⁽⁹⁸⁾.

El párrafo segundo del artículo 9o. constitucional se refiere a las asambleas o reuniones que se realicen con objeto de presentar públicamente a una autoridad una petición o una protesta, y en general se refiere a las manifestaciones callejeras en plan de manifiesto popular, para acudir a un lugar o edificio donde está la oficina a quien se va a dirigir. Pero en este supuesto existen ciertas restricciones que es indispensable respetar para conservar la licitud de la reunión o manifestación, que consiste en que no se profieran injurias contra la autoridad y no se trate de intimidarla mediante violencias o amenazas para obligarla a actuar en determinado sentido, en base al respeto que los particulares deben guardar a los órganos de autoridad.

Como se desprende del propio precepto, las manifestaciones callejeras son perfectamente constitucionales, sin que sea necesario obtener permiso previo de autoridad alguna.

2.2.6. GARANTIA DE POSESION DE ARMAS

Este derecho que en primer lugar se reserva a las autoridades encargadas del orden público en lo que se refiere a su portación, se amplía respecto a su tenencia en el domicilio para la defensa de la vida, derechos y propiedades. Esta garantía está en íntima correlación con el derecho de la legítima defensa como excluyente del delito que será objeto de análisis posterior. De lo anterior se infiere que si bien la protección de la vida, seguridad, derechos y propiedades de toda persona es una de las funciones primordiales que, en condiciones

⁽⁹⁸⁾ Ibidem, pp. 125-126

normales corresponde desempeñar a las autoridades en general y concretamente a los cuerpos encargados de resguardar el orden y la seguridad públicos, el precepto en cometo prevé una protección suplementaria en dos casos, según lo señala la Edición Comentada de la Constitución ya referida:

1.- El que toda persona pueda tener en su domicilio armas que no siendo de las prohibidas legalmente o de las reservadas a las fuerzas armadas, le aseguren una protección complementaria.

2.- Obtener autorización para llevar consigo las armas en cuestión si satisfacen los requisitos especiales previstos legalmente(99).

2.2.7. GARANTIA DE LIBERTAD DE TRANSITO

Este derecho que implica la libertad de movimiento, tanto de desplazamiento como por lo que se refiere al cambio de residencia y establecimiento, como una característica del régimen liberal y de la índole teleológica de la persona humana, que se limita a las facultades de la autoridad judicial en casos de responsabilidad criminal, lo que está íntimamente correlacionado con el artículo 16 constitucional, respecto a las facultades de los órganos competentes para la detención o restricción de la libertad, que en materia de averiguación previa se limita a los casos de flagrancia y urgencia para proceder a la detención, a la gravedad del delito para la retención por el Ministerio Público o para dictar las medidas de aseguramiento que considere oportunas, como sería su retención y consiguiente consignación.

2.2.8. GARANTIA DE LIBERTAD RELIGIOSA

Ignacio Burgoa Orihuela, en su obra "Las Garantías Individuales" afirma que esta garantía prevé la libertad de creer o de no creer en una doctrina religiosa, y en este último aspecto, abrazar la que más satisfaga las necesidades internas de todo gobernado, puesto que a nadie se le puede prohibir que crea o piense algo; ahora bien, respecto a su manifestación externa, como práctica de ceremonias o devociones, en principio deben ser en los templos, sin perjuicio de que se realicen fuera de ellos, pero siempre que no constituyan

(99) Cfr. CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Comentada, op. cit., p.52

delito y obtengan el permiso respectivo de las autoridades competentes para ceremonias extramuros de los templos(100).

Esta enumeración es enunciativa mas no limitativa pues existen además otras garantías libertarias, como la libertad de concurrencia (prohibición de monopolios), derecho a la educación libre y gratuita, a la propiedad, y otras en materia económica, cuyo análisis rebasaría en mucho el presente trabajo.

La Suprema Corte ha sostenido en materia de garantías lo siguiente:

"GARANTIAS INDIVIDUALES. Los derechos que bajo el nombre de garantías individuales consagra la Constitución constituyen limitaciones jurídicas, que en aras de la libertad individual y en respeto a ella, se oponen al poder o soberanía del Estado, quien por su misma naturaleza política y social, puede limitar la libertad de cada individuo, en la medida necesaria para asegurar la libertad de todos; y la limitación de que se habla, debe ser en la forma misma en que se precisan o definan en la Constitución las citadas garantías individuales, siendo las leyes generales y particulares, el conjunto orgánico de las limitaciones normales que el poder público impone a la libertad del individuo, para la convivencia social, dentro de las mismas garantías individuales, so pena de ineficiencia absoluta, en caso de rebasarlas, porque entonces, dado el régimen de supremacía que la Constitución adopta, se consigue la protección de las mismas garantías, por medio del juicio de amparo"(101)

2.3.GARANTIAS DE SEGURIDAD JURIDICA

Ignacio Burgoa en su obra en comentario define a esta serie de garantías como "el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por el summum de sus derechos subjetivos(102); por lo cual un acto de autoridad que afecte el ámbito jurídico particular de un individuo como gobernado, sin observar dichos requisitos, no tendrá validez a la luz del Derecho.

(100) Cfr. BURGOA ORIHUELA, IGNACIO, op. cit., p.405

(101) Amparo en Rev. 304/33, Cia. Cigarrera Mexicana, S.A., Quinta Epoca, Tomo XL, p.3630

(102) BURGOA ORIHUELA, IGNACIO, op. cit., p.498

Las garantías que en sus respectivas legislaciones otorgan los pueblos al procesado penal permiten analizar la jerarquización del grado de civilización, libertad y democracia de cada Estado, como lo señala Jesús Zamora-Pierce en su obra "Garantías y Proceso Penal"(103).

El gobernado, por el mismo hecho de serlo, puede sufrir un menoscabo en su reputación, o sea en los sentimientos de afecto, admiración que le preservan los demás y puede ocasionar repercusiones en su estado civil, familiar y aún en sus derechos políticos, además de las repercusiones económicas que ello conlleva.

Si a ello se le añade la privación o alguna restricción a su libertad, podría decirse que se encuentra en una situación muy desventajosa y algunas veces aún injusta, que lesiona su dignidad de persona, de ser humano, por lo cual se le han otorgado una serie de garantías mínimas de que debe gozar, como hemos visto desde el propio momento en que es desprendido del seno materno, y aún antes.

Tales garantías están consagradas en un ordenamiento legal supremo jerárquicamente, como lo es nuestra Constitución, que pasamos a analizar a continuación, todo ello enmarcado en un gran principio de legalidad, y que en el orden en que aparecen son las siguientes:

2.3.1. PROHIBICION DE LEYES PRIVATIVAS O TRIBUNALES ESPECIALES

A pesar de que la doctrina ubica a esta cuestión dentro de las garantías de igualdad, se considera en este trabajo que también implica una seguridad jurídica para que el gobernado sea juzgado por leyes previamente previstas para su conducta. Esto atiende en materia penal a la prevención general, que no cumpliría su objetivo si con posterioridad a la realización de la conducta se elaborara una ley que la regulara, o que regulara el procedimiento, pues en este caso es aplicable la prohibición de leyes o tribunales especiales. Subsistiendo sin embargo el fuero militar, pero como una legislación aplicable exclusivamente a militares, por lo que si en un delito (o falta) estuviere implicado simultáneamente un sujeto

(103) Cfr. ZAMORA-PIERCE, JESUS, "GARANTIAS Y PROCESO PENAL", Editorial Porrúa, S.A., México 1994, p. XVII

no-militar (paisano), será competente la autoridad civil (o penal) correspondiente (art. 13 Const.).

Al efecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha aclarado lo que se entiende por tribunales especiales y leyes privativas: "Por tribunales especiales, se entiende los que son creados exclusivamente para conocer, en un tiempo dado, de determinado negocio o respecto de ciertas personas, sin tener un carácter permanente y sin la facultad de conocer de un número indeterminado de negocios de la misma materia"(104).

Y por lo que se refiere a la "ley privativa", Ignacio Burgoa en su obra citada sostiene que: "Es carácter constante de las leyes, que sean de aplicación general y abstracta (es decir, que deban contener una disposición que no desaparezca después de aplicarse a un caso previsto y determinado de antemano, sino que sobrevivan a esta aplicación, y se apliquen sin consideración de especie o de persona a todos los casos idénticos al que previenen, en tanto que no sean abrogadas). Una ley que carace de estos caracteres va en contra del principio de igualdad garantizado por el artículo 13 constitucional, y aún deja de ser una disposición legislativa, en el sentido material, puesto que le falta algo que pertenece a su esencia. Las leyes pueden considerarse como privativas, tanto las dictadas en el orden civil como en cualquier otro orden, pues el carácter de generalidad, se refiere a las leyes de todas las especies, y contra la aplicación de leyes privativas protege el ya expresado artículo 13 constitucional"(105).

2.3.2 GARANTIA DE IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES EN PERJUICIO

A esta garantía, precisa Luis Jiménez de Asúa en su obra "Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito", se le conoce como conflicto de leyes en el tiempo y se traduce en determinar ante la presencia de dos leyes, una antigua, que se supone derogada o abrogada, y otra nueva o vigente, cuál de las dos debe regir una actuación concreta(106).y añade que cuando un hecho se regula por una ley nueva que describe un tipo legal que antes no tenía, o bien cuando hace desaparecer el tipo existente o su punibilidad, o se establecen preceptos nuevos que faciliten el acceso a la libertad dentro del procedimiento, el órgano del

(104) A.D. 2155/49, Carbajal Rayón Manuel, Quinta Epoca, Tomo CXI, p.431

(105) BURGOA GRIEUELA, IGNACIO, op. cit., p.263

(106) Cfr. JIMÉNEZ DE ASUA, LUIS, "PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL. LA LEY Y EL DELITO", Editorial Sudamericana, Argentina, 1990, p.150

conocimiento debe hacer una mental abstracción de las dos leyes: la vieja y la nueva, y aplicar aquélla que en el caso concreto sometido a su conocimiento, arroje un resultado más favorable al delincuente(107). En orden a la acción para perseguir el delito, hay que atender a lo más favorable al reo, al igual se estará en materia probatoria, en ese sentido se ha orientado el artículo 117 del Código Penal, que señala: "La ley que suprime el tipo penal o lo modifique, extingue, en su caso, la acción penal o la sanción correspondiente, conforme a lo dispuesto en el artículo 56", y que este último precepto prevé "Cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena o medida de seguridad entrare en vigor una nueva ley, se estará a lo dispuesto en la más favorable al inculgado..." y que en materia de averiguación previa señala que "La autoridad que esté conociendo del asunto...aplicará de oficio la ley más favorable...". Esta garantía está prevista en el artículo 14 constitucional, que en su primer párrafo prescribe "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna", interpretado a contrario sensu.

Al respecto la Suprema Corte ha sostenido la siguiente jurisprudencia:

"RETROACTIVIDAD DE LA LEY. La Constitución General de la República consagra el principio de irretroactividad cuando la aplicación de la ley causa perjuicio a alguna persona, de donde es deducible la afirmación contraria, de que pueden darse efectos retroactivos a la ley, si esto no causa perjuicio"(108).

2.3.3. GARANTIA DE AUDIENCIA

El artículo 14 constitucional en su segundo párrafo señala "Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos sino mediante juicio, seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento, y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho", de donde se comprenden cuatro garantías necesariamente concurrentes: a) Previo juicio, b) Ante tribunales previamente establecidos, c) Observando las formalidades esenciales del procedimiento y d) Que el juicio se ventile por leyes vigentes con anterioridad al hecho.

(107) *Ibidem*

(108) SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION 1917-75, Octava Parte, Tesis No. 161, pp.282-283

La garantía de previo juicio implica que exista, precisamente eso, un juicio, o sea todo procedimiento legal, sea jurisdiccional o administrativo, en el que se oiga en defensa al gobernado que vaya a ser afectado por dicho acto de autoridad, como lo precisa Alberto Castillo del Valle en su obra "Ley de Amparo Comentada"(109).

De esta forma la idea de procedimiento Ignacio Burgoa Orihuela, en su obra citada lo define como una serie de actos concatenados entre sí, afectos a un fin común que les proporciona unidad. Este fin consiste en la realización de un acto jurisdiccional, o sea una resolución que establezca la dicción del derecho en un conflicto jurídico que origine el procedimiento y respecto al cual recaerá(110) y añade que tal juicio debe ventilarse ante tribunales previamente establecidos, garantía que está íntimamente relacionada con la que prohíbe la existencia de tribunales especiales y leyes privativas, tales autoridades pueden serlo en materia formal o material, cuando el bien materia de la privación sea la vida o la libertad personal y en particular cuando se trate de materia penal será en base a lo previsto en el artículo 2º constitucional(111).

Al efecto el doctrinario Castillo del Valle afirma que la Suprema Corte de Justicia de la Nación es coincidente al señalar que "Los tribunales previamente establecidos son todos aquellos órganos del Estado encargados de tramitar cualquier juicio o procedimiento administrativo seguido en forma de juicio, en que se resuelva una controversia con la que pueda llegar a privarse a algún gobernado de cualquiera de los bienes jurídicos tutelados por esta garantía"(112).

En dicho procedimiento deben observarse en todo caso las formalidades esenciales del mismo. Dichas formalidades son todos aquellos aspectos que deben tomarse en cuenta al momento de la tramitación del juicio, o sea que son reglas a que debe sujetarse todo juicio o procedimiento administrativo seguido en forma de juicio y que deben acatarse por las autoridades ante quienes se hagan los trámites correspondientes para cumplir la garantía de audiencia. Alberto Castillo del Valle en su obra citada, señala que existen dos tipos de

(109) Cfr. CASTILLO DEL VALLE, ALBERTO, "LEY DE AMPARO COMENTADA, Editorial Duro, México, — 1995, p.36

(110) Cfr. BURGOA ORIHUELA, IGNACIO, op. cit., p.543

(111) Ibidem, p.547

(112) Cfr. CASTILLO DEL VALLE, ALBERTO, op. cit., p.37

formalidades esenciales del procedimiento, que engloban a su vez una serie de requisitos a cumplir:

a) Oportunidades en el procedimiento y b) Oportunidad probatoria. La primera se refiere al derecho de ser oído en juicio el gobernado a quien se pretenda privar de algún bien jurídico de los citados en el artículo constitucional, y además abarca todos aquellos pasos que deben darse dentro de tal juicio, para que en éste se dicte la resolución que conforme a derecho corresponda; la segunda es la oportunidad probatoria, es el derecho de poder ofrecer los medios de prueba tendientes a acreditar su defensa antes de que se lleve a cabo el acto de privación en virtud del juicio, en términos de la ley que lo regule(113), y si la ley no lo previene, dicha ley podría ser tachada de inconstitucional. Una excepción a la garantía de audiencia en materia de averiguación previa es la orden de aprehensión o de detención, según se desprende del artículo 16 constitucional que analizaremos con posterioridad.

Y por último, dicho conflicto se debe ventilar por leyes vigentes con anterioridad al hecho, lo que obliga a las autoridades ordenadoras o ejecutoras ajustarse a lo previsto en la ley vigente al momento de la comisión y tomando en todo caso en cuenta el principio de irretroactividad en perjuicio y sí en beneficio del inculpado.

2.3.4. PROHIBICION DE APLICACION ANALOGICA.

Hans-Heinrich Jescheck en su obra "Tratado de Derecho Penal" precisa que en Derecho Penal se entiende por aplicación de la ley la imposición de una pena por un hecho basándose en leyes en las que la conducta descrita mediante elementos abstractos (el tipo penal) se halla conminado con una pena como consecuencia jurídica(114).

La analogía gramaticalmente, como lo afirma Ignacio Burgoa Orihuela en su obra citada, quiere decir similitud, semejanza o parecido, lo cual dista de ser igualdad. En materia penal la aplicación analógica implica la interpretación judicial de nuestro ordenamiento penal sustantivo para imponer la pena ahí mismo prevista, lo cual implica la aplicación analógica de una determinada punibilidad legal, o sea que en sí lo que se prohíbe es la aplicación analógica

(113) *Ibidem*

(114) Cfr. JESCHECK, HANS-HEINRICH, "TRATADO DE DERECHO PENAL", Editorial Comares, Granada, - 1993, p.136

o por mayoría de razón, entendida cuando a la misma se atribuyen efectos normativos sobre casos reales que no están previstos en ella, pero que guardan con la hipótesis normativa no una semejanza absoluta, sino una similitud relativa en cuanto a ciertos aspectos o elementos comunes, en tanto que la mayoría de razón atiende a la causa de razón, se refiere a la causa final de motivación en la elaboración normativa, en que por atributos teleológicos del precepto, basados en elementos inmanentes o internos de la norma, la realidad difiera totalmente del hecho abstracto y concreto en sí mismo considerado y basta que haya concordancia entre el antecedente normativo y el caso individual con naturales discrepancias accidentales, para que no se dé la aplicación de la ley por mayoría de razón, sino por analogía de lo que se desprende que no se puede realizar un acto de molestia a gobernados en su ámbito personal de sustantividad psico-física o en su propia individualidad; ni en su libertad, como facultad que tiene el individuo de forjarse fines vitales y seleccionar los medios tendientes a su consumación, como tampoco en sus propiedades, posesiones u otros derechos, sino en base a juicio, en el que se le otorgue la garantía de audiencia y se cumplan todas las formalidades esenciales del procedimiento, que tales leyes hayan sido elaboradas con antelación al hecho, y que su aplicación se dé sólo en casos típicos, en que opere una coincidencia absoluta entre la norma y la conducta fáctica(115)

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido al respecto lo siguiente:
 "LEYES PENALES. Si bien el artículo 14 constitucional, prohíbe imponer penas por simple analogía y aún por mayoría de razón, esto no quiere decir que las leyes penales no admiten interpretación y que deban de aplicarse según su significado literal, que puede ser antijurídico y aún conducir al absurdo; los tratadistas mismos, admiten que puede ser interpretada la ley penal. La prohibición del citado artículo constitucional, debe entenderse en un sentido natural y razonable, haciendo uso de los diversos procedimientos de dialéctica jurídica, tales como la historia, los trabajos preparatorios, el fin de la ley, la concordancia de los textos, etc. En este sentido se ha podido muy justamente decir, que la interpretación no debe ser ni extensiva ni restrictiva, sino solo declarativa de la voluntad del legislador"(116).

(115) Cfr. BURGUA ORIHUELA, IGNACIO, op. cit., p.570

(116) Amparo en Rev., Olivera Tam Borrel, Rubén, Quinta Epoca, Tomo XXVI, p. 1277

2.3. 5. PROHIBICION DE ACTOS DE MOLESTIA QUE NO ESTEN FUNDADOS Y MOTIVADOS.

Junto con los artículos 14 y 21 constitucionales, en materia penal el artículo 16 es parte básica de la fundamentación del ejercicio de la acción penal al señalar que "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento".

De donde se desprende que toda acción penal debe estar documentada como acto de autoridad, y debidamente fundada y motivada, para evitar que sea tachada de ilegal por rebasar la ley penal, sustantiva o adjetiva o las esferas competenciales, y evitar actos autoritarios que invadan la esfera de la individualidad personal, o sea que el acto provenga de una petición de parte (denuncia o querrela), que solicite la actividad persecutoria de oficio del agente del Ministerio Público y que en base al contenido del expediente de la averiguación previa se integren los elementos del tipo delictivo y la probable responsabilidad, señalar cómo se acreditaron ambos extremos, enlazados de forma lógica y natural, asentando los preceptos jurídicos exactamente aplicables al delito de que se trate y debidamente autorizados con la firma del agente del Ministerio Público que la acuerde y de la autoridad de la propia Procuraduría que la autoricen, al igual se debe proceder en la orden de comparecencia, o en el caso de retención, cateo, etc., satisfaciendo así los requisitos de fundamentación y motivación de los actos que implican un acto de molestia respecto a los bienes tutelados en el precepto constitucional, entre los cuales está la garantía libertaria, que es uno de los bienes jurídicos que con mayor jerarquía protege nuestro sistema jurídico, en base a la calidad de persona que tiene el sujeto sobre el que recae el acto de molestia.

Además que dicho acto de molestia debe provenir de autoridad competente, competencia que significa, como afirma Jorge Alberto Silva Silva en su obra "Derecho Procesal Penal", "el límite dentro del cual se puede ejercer la función jurisdiccional"⁽¹¹⁷⁾ y jurisdicción etimológicamente significa decir el derecho, por lo cual el Ministerio Público al tener función cuasijurisdiccional, la propia ley le asigna competencia para la actividad ⁽¹¹⁷⁾ Cfr. SILVA SILVA, JORGE ALBERTO, op. cit., p.137

investigadora y resolutoria de cuestiones libertarias, y por lo que se refiere a la persecución de los delitos, entre otras.

Al respecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene lo siguiente:

"FUNDAMENTACION Y MOTIVACION, VIOLACION FORMAL Y MATERIAL. Cuando el artículo 16 constitucional establece la obligación para las autoridades de fundar y motivar sus actos, dicha obligación se satisface, desde el punto de vista formal, cuando se expresan las normas legales aplicables y los hechos que hacen que el caso encaje en la hipótesis normativa, pero para ello basta que quede claro el razonamiento sustancial al respecto, sin que pueda exigirse formalmente mayor amplitud o abundancia que la expresión de lo estrictamente necesario para que comprenda el argumento expresado. Solo la omisión total de la motivación, o la que sea tan imprecisa que no dé elementos al afectado para defender sus derechos o impugnar el razonamiento aducido por las autoridades, podrá motivar la concesión del amparo por falta formal de motivación y fundamentación. Pero satisfechos estos requisitos en forma tal que el afectado conozca la esencia de los argumentos legales y de hecho en que se apoyó la autoridad, de manera que quede plenamente capacitado para rendir prueba en contrario de los hechos aducidos por la autoridad y para alegar en contra de su argumentación jurídica, podrá concederse o no el amparo, por incorrecta fundamentación y motivación desde el punto de vista material o de contenido, pero no por violación formal de la garantía de que se trata, ya que ésta comprende ambos aspectos"(118).

Por lo que se refiere a la libertad personal, en su segundo párrafo el artículo 16 en comento señala "No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado", que en correlación con lo previsto en los párrafos cuarto, quinto y séptimo del mismo artículo 16, se desprenden tres cuestiones fundamentales.

(118) APENDICE DEL SEMANARIO JUDICIAL DE LA FEDERACION 1917-1985, SEXTA PARTE, JURISPRUDENCIA DEL PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL PRIMER CIRCUITO, p. 51

I. Competencia para la privación de la libertad, que a su vez se subdivide en tres cuestiones: la orden de aprehensión, la detención y la retención.

La aprehensión sólo puede ser hecha por la policía judicial, en base a una orden de aprehensión previamente girada por una autoridad judicial, en general en razón de una consignación realizada sin detenido, en que a juicio del juez, en una ulterior revisión de los autos de la averiguación previa y de la consignación resuelve que ha lugar a seguir juicio por tratarse de un delito que merece pena privativa de libertad y se acrediten los elementos del tipo, y la probable responsabilidad, lo cual se complementa con lo previsto en el tercer párrafo del artículo constitucional en comento que señala "La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión. deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionado por la ley penal", en correlación con el artículo 133 del Código de Procedimientos Penales que señala que las órdenes de aprehensión o de comparecencia se entregarán al Ministerio Público para su diligenciación a cargo de la Policía Judicial.

La detención es la que puede ser hecha por cualquier persona en caso de flagrancia, y con la obligación de poner al indiciado sin demora a disposición de la autoridad inmediata (sin precisar qué tipo de autoridad y que en general se trata de alguna de las policías: judicial o preventiva).

Por lo que se refiere a la retención se entiende que procede en los casos que el Ministerio Público que ha recibido al detenido, lo retenga por revestir los supuestos de gravedad que prevén las leyes, y que no deberá durar por más de cuarenta y ocho horas, o el doble de este término en el caso de la delincuencia organizada (art. 16 Const. séptimo párrafo).

II. Que dicha detención sea a petición de parte, que es lo que la doctrina denomina requisitos de procedibilidad, que se da en base a la declaración que hace un sujeto de derecho de que en el mundo fáctico se ha realizado un hecho o conducta que al decir del informador se encuentra considerado como delito por la ley como lo señala Jorge Alberto Silva

Silva en su obra precitada, o sea es la notitia criminis(119) y que nuestra Carta Fundamental circunscribe a querrela para delitos perseguibles a petición de parte, y la denuncia para los demás.

III. Que el hecho esté tipificado por la ley como delito y que se sancione con pena privativa de libertad.

IV. Que existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

Respecto a la orden de aprehensión, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido: "ORDEN DE APREHENSIÓN. Para que proceda una orden de aprehensión, no basta que sea dictada por autoridad judicial competente, en virtud de denuncia de un hecho que la ley castiga con pena corporal, sino que se requiere, además, que el hecho o hechos denunciados realmente puedan constituir un delito que la ley castigue con pena corporal, y el juez (de Distrito) debe hacer un estudio de las circunstancias en que el acto fue ejecutado para dilucidar si la orden de captura constituye o no, violación de garantías"(120).

Al efecto Jesús Zamora-Pierce en su obra "Garantías y Proceso Penal" señala que detener es diferente a retener, el primero se refiere al acto de realización instantánea por el que se priva a una persona de su libertad sin que medie orden judicial, ni ninguna otra, salvo la disposición legal, y retener se refiere a la prolongación del tiempo de la privación de libertad después de su detención durante la averiguación previa(121).

Para que la detención pueda ser hecha por cualquier persona, sólo procede en el caso de flagrancia, entendida por ésta, según lo preceptuado en el artículo 267 del código adjetivo penal que señala "Se entiende que existe delito flagrante cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo, o bien cuando el inculpado es perseguido material o inmediatamente después de ejecutado el delito".- "Se equipara a la existencia de delito flagrante cuando la persona es señalada como responsable por la víctima, algún testigo

(119) Cfr. SILVA SILVA, JORGE ALBERTO, op. cit., p.250

(120) Tomo XVI, Aca, Apolinar y Coag., p. 1076; Tomo XVIII, Gaminde, Vda. de Zaldivar, Teresa y Coags., p.1125; Tomo XXVIII, Franco, Ernesto y Coag., p.848; Tomo XXX, Montemayor - Emigdio, p. 1752; Tomo XXXI, Lovillo, Vda. de Sánchez, Amelia, p. 643, Quinca Epoca.

(121) Cfr. ZAMORA-PIERCE, JESUS, op. cit., p.24

presencial de los hechos o quien hubiera participado con ella en la comisión del delito; o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito; o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito; siempre y cuando se trate de un delito grave así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de setenta y dos horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se hubiera iniciado averiguación previa respectiva y no se hubiese interrumpido la persecución del delito", desprendiéndose del precepto constitucional que el sujeto que detenga al indiciado debe ponerlo sin demora a disposición de la autoridad inmediata (alguna de las policías) y a ésta corresponderá ponerlo a disposición de la autoridad ministerial. Por lo que la flagrancia, explica Jorge Alberto Silva Silva en su obra citada, tiene cuatro posibilidades.

a. **Flagrancia estricta**, que se da cuando el sujeto es sorprendido en el momento mismo de estar ejecutando o consumando la conducta delictiva.

b. **Cuasiflagrancia**, que existe cuando después de ejecutar o consumir la conducta delictiva es materialmente perseguido, pero siempre y cuando no se le haya perdido de vista.

c. **Presunción de flagrancia**, se presenta cuando existen datos que hacen factible pensar que el sujeto fue autor del ilícito, aunque no haya sido sorprendido en su ejecución o consumación y tampoco perseguido (122), siempre y cuando: a) se trate de delito calificado por la ley como grave, se esté dentro de un término de setenta y dos horas posteriores a su comisión, c) se haya iniciado la averiguación previa respectiva y d) no se hubiese interrumpido la persecución del delito .

Y añade el propio precepto que "La violación de esta disposición hará penalmente responsable a quien decreta la indebida retención, y el indiciado deberá ser puesto en inmediata libertad".

La urgencia se asemeja a la flagrancia por la necesidad de actuar de inmediato para evitar la sustracción a la acción de la justicia del presunto, y se diferencia en razón de la gravedad del delito, como se desprende de los elementos que la precisan en el artículo 268 del código adjetivo penal, y que son:

(122) Cfr. SILVA SILVA, JORGE ALBERTO, op. cit., p.504

- a. La calificación de graves que hace la ley de determinadas conductas.
- b. Que exista riesgo fundado que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y
- c. Que por razón de la hora, lugar o alguna otra causa el agente del Ministerio Público no pueda solicitar la orden de aprehensión de la autoridad judicial.

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

Como se correlaciona con el quinto párrafo del artículo 16 constitucional que además añade que "...el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder", así el propio artículo 268 del código adjetivo penal exige al Ministerio Público que al emitir la orden de detención, en casos urgentes, que debe ser por escrito, fundada, acreditando los indicios que motivaron su orden en base a lo anteriormente señalado, sea por la gravedad del delito, la razón de presunción de riesgo que el indiciado se sustraiga a la acción de la justicia y las circunstancias que le impidieron ocurrir a la autoridad judicial en solicitud de la orden de aprehensión. Dicha orden debe ser ejecutada solo por la Policía Judicial, la cual debe poner sin dilación al detenido a disposición del Ministerio Público que la libró.

Una vez detenido el indiciado en ningún caso podrá ser retenido por el Ministerio Público por un lapso mayor de cuarenta y ocho horas, transcurrido el cual deberá ser consignado o puesto en libertad, como lo señala el séptimo párrafo del artículo constitucional en comento, plazo que puede ser duplicado en los casos previstos legalmente como delincuencia organizada. Al efecto el artículo 268-bis del código procesal precisa lo que se entiende por delincuencia organizada, y que es en aquellos casos en que tres o más personas

se organizan bajo reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo: a) Violento, b) Reiterado o c) Con fines predominantemente lucrativos alguno de los siguientes tipos previstos en el Código Penal vigente para el Distrito Federal en delitos del fuero común y para toda la República en delitos del fuero federal: terrorismo (art.139 párrafo primero), sabotaje (art. 140 párrafo primero), evasión de presos (art. 150, excepto lo previsto en la primer parte del primer párrafo y lo previsto en el art.152), ataques a las vías de comunicación (arts. 168 y 170), violación (arts. 265, 266, 266-Bis), homicidio doloso (art. 302, en relación con el 307, 315 y 320), secuestro (art. 366 fracciones I a VI, salvo lo previsto en el antepenúltimo y último párrafo, robo calificado (art. 370, párrafos segundo y tercero, que se realice además en las circunstancias previstas en los artículos 372, 381 fracciones IX y 381-Bis) y extorsión (art.390).

Como una garantía libertaria se prevé en el penúltimo párrafo del propio artículo 268-Bis del CPP, que si fuere necesario mayor tiempo que la duplicación de las cuarenta y ocho horas para la integración de la averiguación previa, el detenido será puesto en libertad bajo las reservas de ley y la indagación continuará sin detenido.

2.3.6. PROTECCION AL DOMICILIO Y EL PATRIMONIO DE LAS PERSONAS.

"El domicilio o morada en que la persona habita es fortaleza o santuario de su libertad individual y sirve de coraza a su personalidad física y psíquica, en cuanto en el domicilio o morada el hombre halla descanso en su trabajo y reposo en sus fatigas, refugio en sus luchas y paz en sus tormentos, consuelo en sus aflicciones y abrigo en sus desesperanzas, protección para sus secretos y resguardo para sus pertenencias. Este altísimo rango y suprema dignidad que el domicilio o morada sirve en la vida de relación de la persona humana, fundamenta el derecho público subjetivo que el individuo tiene frente a la autoridad y que se sintetiza en la garantía constitucional de inviolabilidad del domicilio", según lo precisa Mariano Jiménez Huerta en su obra "Derecho Penal Mexicano"(123).

La inspección ocular, como diligencia en la averiguación previa, que tiene por objeto acreditar los elementos del tipo al través de la búsqueda de huellas u objetos del delito, sea de oficio o a petición de parte, puede efectuarse sobre el objeto material del delito, que pueden

(123) JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO, "DERECHO PENAL MEXICANO", T.III, Editorial Porrúa, México, 1985, p.339

ser cosas o bien personas víctimas del delito, o bien en los alrededores de su comisión, por lo que los objetos a inspeccionar pueden ser personas o cosas, en el caso de cosas pueden ser muebles o inmuebles, pero si el lugar tuviese importancia para la integración de la averiguación, deberá practicarse ahí en todo caso, no existe problema en el supuesto de que se trate de lugares públicos, pero en el caso de lugares que sean de propiedad privada, deberá pedirse el cateo a la autoridad judicial, por lo cual la propia Constitución, en el párrafo octavo del artículo 16 Constitucional señala las reglas para los cateos al prever: "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 los objetos que se buscan a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla un 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.

Lo que significa que sólo bajo orden judicial escrita podrá practicarse la citada diligencia, precisando sus límites respecto a: lugar a ser inspeccionado; personas que se buscan para su aprehensión; y objetos que se buscan; y para una debida seguridad, se debe levantar un acta en la que se asienten las circunstancias de su realización fáctica, en presencia de dos testigos del poseedor o propietario encargado del lugar, a falta o por negativa, dichos testigos los designará la autoridad que la practique.

Por lo anterior el cateo es un registro o allanamiento constitucionalmente autorizado, que tiene su esencia en el interés social de preservar el buen orden y la seguridad del Estado y solo procede para el caso que existan datos que hagan presumir fundadamente que las cosas o el sujeto a ser aprehendido, son de una jerarquía superior al acto de molestia que se infiere y para efecto de la averiguación de delitos se toma en cuenta el interés público que tiene su investigación y persecución, pero sin que ello implique abusos, como lo señala el último párrafo del artículo 19 constitucional que señala "...toda molestia que se infiera sin motivo legal...son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades".

Por lo que tal acto de molestia debe ser fundado y motivado, al efecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene, en términos de lo señalado por el jurista Osorio y Nieto:

"FUNDAMENTACION Y MOTIVACION. Debe constar en el cuerpo de la resolución y no en documento distinto. Las autoridades responsables no cumplen con la obligación constitucional de fundar y motivar debidamente las resoluciones que pronuncian, expresando las razones de hecho y las consideraciones legales en que se apoya, cuando éstas aparecen en documento distinto"(124).

"FUNDAMENTACION Y MOTIVACION, GARANTIA DE. De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 16 de nuestra Ley Fundamental, todo acto de autoridad debe estar adecuado y suficientemente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero que ha de expresarse, con precisión el precepto aplicable al caso, y, por lo segundo, que también deben señalarse, concretamente, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración para la emisión del acto, siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables al caso de que se trate"(125).

2.. 3.7. INVOLABILIDAD DE LAS COMUNICACIONES PRIVADAS

En base a recientes reformas al artículo 16 constitucional, al que se le modifica el penúltimo párrafo y se le añade un párrafo más, para quedar como sigue: "Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad 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 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

(124) ACTUALIZACION PENAL, VII, p.213, citado por OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO, op.cit., p.391

(125) ACTUALIZACION PENAL, VII, p.214, citado por OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO, op.cit., p.391

ajutarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de la intervención que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio”.

Este precepto tiene como antecedente la garantía de la inviolabilidad de la correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas y cuya violación será castigada por la ley, prevista en el artículo 25 de la Constitución de 1857 y que casi con la misma redacción y mismo numeral pasa a la de 1917, con la diferencia que en la de 1957 señalaba “un castigo severo”, en tanto que la redacción que prevalecía en la de 1917 (primero en el artículo 25 y posteriormente ocupando el penúltimo párrafo del artículo 16) se señala la aplicación de una pena, y que es regulada en el Código Penal (arts.167, fr. IX, en materia de intervención telefónica y 173 en correlación con el 175, respecto a la correspondencia que no circule bajo estafeta), respecto a la correspondencia que circule bajo estafeta es aplicable la Ley General de Vías de Comunicación, la cual señala excepciones en casos de grave afectación del orden público, o se tema peligro inminente para la paz interior del país, entre otras.

Es el caso que en la actualidad el grado de avance en la electrónica había dejado atrás a la propia legislación, y en materia política y criminal la intervención de las comunicaciones privadas devino en práctica habitual, y al igual que las personas buscaron la manera de evitar las escuchas, la propia tecnología previó de medios para intervenir y evitar las intervenciones, particularmente en cuestiones de telefonía. Por lo que se establece una prohibición tajante al decir: “Las comunicaciones privadas son inviolables”, y se abren las posibilidades de su protección penal no solo al aspecto epistolar y telefónico (convencional o celular), sino a toda otra gama de comunicaciones electrónicas, como radio, telex, fax, correo electrónico, etc.).

Aunque en el texto no se menciona expresamente, este artículo es uno de los fundamentos constitucionales de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, al lado del artículo 22 de nuestra Carta Magna. La ratio essendi de la reforma al artículo 16 en su penúltimo párrafo es el hecho de que la hoy llamada delincuencia organizada utiliza los diversos sistemas de comunicación anteriormente enumerados para coordinar sus operaciones, y retomando lo afirmado en el Noveno Congreso de las Naciones Unidas sobre

Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente podríamos decir que "La delincuencia organizada es una amenaza directa para la seguridad y estabilidad nacionales e internacionales, y constituye un ataque frontal contra las autoridades políticas y legislativas que plantea a los Estados problemas fundamentales, trastorna y compromete a las instituciones sociales y económicas y causa una pérdida de fe en los procesos democráticos, socava el desarrollo y desvirtúa los beneficios que éste (el Estado) ha alcanzado con grandes esfuerzos....", según lo afirma Fernando García Cordero en su artículo sobre "La Delincuencia Organizada"(126).

Por lo que en términos de las reformas al artículo 16 constitucional, las autoridades competentes para solicitar la intervención son:

- a) Cualquier autoridad federal, que determine la ley.
- b) El titular del Ministerio Público (Procurador) de la entidad federativa correspondiente.

Los requisitos a satisfacer son:

- a) Que se formule por escrito,
- b) Que funde y motive las causas legales de la solicitud,
- c) Que se exprese el tipo de intervención,
- d) Que se precisen los sujetos que serán objeto de la misma,
- e) Que se precise su duración, y
- f) Que no se refiera a materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral, administrativo, ni las comunicaciones del detenido con su defensor.

2.. 3.8. PROHIBICION DE PRISION PREVENTIVA POR DELITO QUE NO MEREZCA PENA CORPORAL

El artículo 18 constitucional prevé que "Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de éste será distinto del que se destine para la extinción de las penas y estarán completamente separados".

(126) Cfr. GARCIA CORDERO, FERNANDO, "LA DELINCUENCIA ORGANIZADA", Revista Criminalia, Año LXII, No. 2, Editorial Porrúa, S.A., México, Mayo-Agosto, 1996, p. 161

La prisión preventiva se inicia desde el momento en que es aprehendido un sujeto respecto del cual se giró la una orden de aprehensión por un juez penal, o bien desde el momento en que un sujeto detenido o retenido por el Ministerio Público, éste lo pone a disposición de la autoridad judicial, y añade Ignacio Burgoa en su obra "Las Garantías Individuales" que la prisión preventiva abarca dos periodos:

1. El que comienza desde que el sujeto queda bajo la autoridad judicial, por efecto de una orden de aprehensión, o bien por efecto de una consignación con detenido hecha por el Ministerio Público, y que abarca hasta el auto de formal prisión(127).

Añadiendo el autor en comentario que si la ley penal asigna a un hecho delitivo una pena alternativa, sin que la pena corporal se prevea conjuntamente con una sanción de diversa índole (p.e. pecuniaria), no habrá lugar a la prisión preventiva, y en consecuencia no procede constitucionalmente la orden de aprehensión en términos del artículo 16 constitucional, citando al efecto jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que establece "Si el delito que se imputa al acusado lo castiga la ley con pena alternativa, pecuniaria o corporal, la orden de aprehensión que se libre es violatoria del artículo 16 constitucional)(128). Y además agrega que "La prisión preventiva, a diferencia de la prisión como pena, no es sino una medida de seguridad prevista en la Constitución, que subsiste en tanto que el individuo no sea condenado o absuelto por un fallo ejecutorio que constate o no su plena responsabilidad (culpabilidad) penal(129)."

Este precepto está en íntima correlación además con el artículo 20 constitucional en su fracción X segundo párrafo, que señala "Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso" y que en el siguiente párrafo añade "en toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención; asimismo se correlaciona con el artículo 19 constitucional que señala que ninguna detención ante autoridad judicial (prisión preventiva) podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el individuo sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y

(127) Cfr. BURGOA ORTIZUELA, IGNACIO, op. cit., p.633

(128) Ibidem, p.634

(129) Ibidem, p.635

hagan probable la responsabilidad de éste. La prolongación de la detención en perjuicio del inculpado será sancionada por la ley penal. Los custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes señalado, deberán llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes pondrán al inculpado en libertad”.

2.3.9. GARANTÍA DE LITIS CERRADA

Esta garantía prevista en el segundo párrafo del artículo 19 constitucional prevé: “Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o sujeción a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente”.

Esta es una garantía otorgada al procesado, consistente en que el juez en el auto de formal prisión fije la litis, o sea determine la materia del proceso, la cual no podría ser variada posteriormente so pena de inconstitucionalidad, a lo cual añade Jesús Zamora-Pierce en su obra precitada que esta garantía tiene un doble aspecto:

1. En el auto de formal prisión se deben precisar los hechos que se imputan al procesado, y
2. La clasificación jurídica que el juzgador atribuye a esos hechos, es decir, su nomen iuris(130).

Por lo que en el párrafo en estudio hace referencia a dos delitos:

- a) El señalado en el auto de formal prisión, y
- b) Aquél otro que pudiera aparecer en la secuela del proceso.

Por lo que esta doble garantía de seguridad jurídica, añade el autor en comentario, tiene por objeto fijar la materia de la litis, a fin de hacer posible la defensa del procesado, toda vez que si faltan los aspectos señalados en los incisos 1) y 2), el contenido procesal no tendría márgenes ni límites(131) y dejaría al procesado en estado de indefensión en el curso del

(130) Cfr. ZAMORA-PIERCE, JESUS, op. cit., pp.135-136

(131) Idem

proceso y añade que el constituyente otorgó al juez y sólo a él la facultad de hacer la calificación jurídica de los hechos consignados por el Ministerio Público, al momento de dictar el auto de formal prisión, señalando no solo el tipo genérico que corresponda, sino las modalidades y circunstancias agravantes o atenuantes pertinentes por las que deberá seguirse forzosamente el proceso, por lo que si el Ministerio Público no impugna el auto, deberá formular conclusiones acusatorias en los mismos términos que dicho auto y el juez, llegado el momento, dictar sentencia únicamente en base a ese delito, y añade que el Ministerio Público ejerce acción penal sobre hechos y, si bien en la consignación los tipifica bajo un nombre determinado, esta es una clasificación provisional que el juez es libre de cambiar en el auto de término(132).

Lo anterior se refuerza con lo sustentado por la Suprema Corte de Justicia, que señala "MINISTERIO PUBLICO, CONSIGNACION DEL, Y AUTO DE FORMAL PRISION INCONGRUENTES, AUSENCIA DE VIOLACION DE GARANTIAS. No es exacto que el juzgador invada funciones del Representante Social cuando decreta la formal prisión por delitos diversos a aquellos por los cuales ejerce la acción penal, ya que es criterio admitido que la consignación del Ministerio Público se refiere solo a hechos delictuosos y el tribunal es quien precisa los delitos por los cuales se seguirá forzosamente el proceso, sin que se exija congruencia entre la consignación y el auto de formal prisión, pues dicha congruencia solo se exige entre las conclusiones y la sentencia"(133).

2. 3.10. GARANTIA DE IMPOSICION DE PENAS POR LA AUTORIDAD JUDICIAL

El artículo 21 preceptúa "La imposición de penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial", como consecuencia del principio de división de poderes (o de funciones) prevista constitucionalmente, y se relaciona con los artículos 13 y 14 constitucionales, en que el primero prohíbe los tribunales especiales y el segundo prevé la prohibición de ser privado de bienes jurídicos sino mediante juicio seguido en tribunales previamente establecidos en que se observen las formalidades esenciales del procedimiento. La segunda parte de este artículo se refiere a las facultades del Ministerio Público, y la imposición de sanciones por autoridades administrativas, por lo que se refiere a las facultades del Ministerio Público en la investigación

(132) Ibidem, pp. 138-139

(133) A.D. 1960/71, José Luis Piedras Niebla, Séptima Epoca, Segunda Parte, Vol. 32, p.48

y persecución de los delitos, con el auxilio de la policía (ministerial o judicial) que está bajo su mando inmediato es objeto de análisis del presente trabajo, por lo cual no es preciso abundar en este punto, toda vez que será desglosado en capítulos siguientes.

Ignacio Burgoa precisa en su obra correlativa que para efectos del artículo 21 constitucional se entiende por autoridades judiciales las que lo son desde el punto de vista formal (constitucional o legal), o sea cuando integran o forman parte del Poder Judicial Federal o local, en términos de sus respectivas leyes orgánicas, y añade que la imposición de penas está condicionada a dos requisitos:

- a) Que sea llevada a cabo por una autoridad judicial, desde el punto de vista material, en los términos expresados en el párrafo anterior, y
- b) Que sea efecto o consecuencia del ejercicio de una actividad jurisdiccional, traducido en resolver el caso jurisdiccional concreto de que se trate(134).

Señalando este jurista como excepción a lo anterior, lo citado en la segunda parte del primer párrafo del precepto constitucional en el análisis, en el caso de la aplicación de sanciones por autoridades administrativas por la comisión de infracciones a reglamentos gubernativos y de policía(135), toda vez que en este caso no son delitos, sino infracciones, ni se habla de pena, sino de sanción, que consiste en multa o arresto administrativo hasta por treinta y seis horas.

2. 3.11. PROHIBICION DE APLICACION DE PENAS INUSITADAS O TRASCENDENTALES

El artículo 22 constitucional preceptúa: "Quedan prohibidas las penas de mutilación (cercenamiento de un miembro del cuerpo humano por la comisión de un delito) y de infamia (deshonor, desprestigio público), la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva (sanción pecuniaria desproporcionada a las posibilidades económicas del multado), la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales".- "No se considerará confiscación de bienes la aplicación total o parcial de bienes de una persona hecha por la autoridad judicial para el pago de la responsabilidad civil

(134) Cfr. BURGOA ORIHUELA, IGNACIO, op. cit., pp.640-641
 (135) Ibidem, p.641

resultante de la comisión de un delito...., tampoco se considerará confiscación el decomiso que ordene la autoridad judicial de los bienes, en caso de enriquecimiento ilícito, en los términos del artículo 109 (constitucional); ni el decomiso de los bienes propiedad del sentenciado, por delitos de los previstos como de delincuencia organizada o el de aquellos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes".

Ignacio Burgoa en su obra citada, define a la pena inusitada desde el punto de vista gramatical, como la que no se acostumbra aplicar normalmente, y desde el punto de vista jurídico es la "que se traduce en aquella sanción que no está consagrada por la ley para un hecho delictivo determinado" y añade que es "cuando su imposición no obedece a la aplicación de una norma que la contenga, sino al arbitrio de la autoridad que realiza el acto impositivo"(136).

La pena trascendental, añade el jurista Burgoa, es la que no solo afecta al autor del hecho delictivo por ella sancionado, sino que el efecto sancionador se extiende a familiares del delincuente que no tuvieron participación en la comisión del mismo y que pugna con la personalidad de la sanción penal, que consiste en que solo debe aplicarse al autor, cómplices y otros sujetos que en diverso modo o grado participaron en la comisión del delito(137).

Precisando el autor en comentario que existen tres excepciones a la trascendencia:

a) La adjudicación llevada a cabo por la autoridad judicial sobre los bienes del autor del delito para el pago de la indemnización proveniente de la responsabilidad civil originada por la comisión del delito;

b) La aplicación o adjudicación de bienes de una persona a favor del Estado cuando dichos actos tengan como objetivo el pago de créditos fiscales resultantes de impuestos o multas adeudados, en uso de la facultad económico-coactiva de las autoridades administrativas, y

c) La confiscación (o decomiso) de bienes de servidores públicos que resulten responsables por enriquecimiento ilícito en términos del artículo 109 constitucional(138), y

(136) Cfr. BURGOA ORIHUELA, IGNACIO, op. cit., p.654

(137) Ibidem, pp.654-655

(138) Ibidem, p.655

d) Con las recientes reformas podría añadirse la confiscación de bienes en materia de delincuencia organizada, que es objeto de la sentencia, según el texto legal, pero en su contexto se prevé una presunción de propiedad en el caso de bienes respecto de los cuales se conduzcan su o sus propietarios como dueños, o no acrediten su legítima procedencia.

De lo anterior se desprende que el Ministerio Público no tiene competencia para privar de los bienes jurídicos amparados en el artículo 14 constitucional, de los que solo se puede privar previo juicio, pero provisionalmente puede decretar el aseguramiento precautorio o bien su retención, haciendo una descripción minuciosa de los mismos y de sus características individuales, realizando el asiento en un acta que correrá agregada a la averiguación previa y en su caso entregando recibo a la persona en cuyo poder se encuentren. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha afirmado lo siguiente respecto al aseguramiento del objeto del delito: "ASEGURAMIENTO DEL OBJETO DEL DELITO. El aseguramiento de los objetos que constituyen la materia del delito, puede llevarse a cabo, sin necesidad de juicio previo, cuando se encuentran en poder del mismo acusado, o de algún causahabiente suyo, que puede ser considerado como inodado en la ejecución de los actos criminosos; pero cuando se encuentran en poder de tercero de buena fe, es necesario vencer en juicio a dicho poseedor"(139).

La pena de muerte está absolutamente prohibida para delitos políticos, como lo prevé el último párrafo del artículo 22 constitucional que lo incluye dentro de las penas inusitadas al prescribir "Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos", pero deja abierta la puerta para su imposición en los siguientes casos:

- a) Traidor a la patria en guerra extranjera,
- b) Parricida (hoy homicidio en relación al parentesco o relación),
- c) Homicida con premeditación, alevosía y ventaja (homicidio calificado),
- d) Incendiario,
- e) Plagiario,
- f) Salteador de Caminos,
- g) Pirata, y...

(139) Quinta Época, Tomo XXXVI, Otero, Agustín, p. 1690; Tomo XXXVII, Hernández Pedro, -- p. 181; Tomo XXXIII, Gordillo, Silfabis, p. 1941; Tomo XL, Vidal I. Gozito, S.en C., p. 105; Tomo L, Ibáñez, Desiderio, p. 3760.

h) Reos de delitos graves del orden militar.

En el caso del Código Penal para el Distrito Federal, si contempla estas conductas como tipos delictivos, pero no los sanciona con pena capital, como el resto de las legislaciones sustantivas de la República.

2. 3 ..12. GARANTIA DE NON BIS IN IDEM

Esta garantía prevista en el artículo 23 constitucional prevé que "...Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene".

Al respecto afirma Ignacio Burgoa en su obra "Las Garantías Individuales" que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sentado jurisprudencia que que señala "por juzgado se entiende a un individuo que haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme a irrevocable, o sea, contra la que no procede legalmente ningún recurso, contra la que sea ejecutoria legal o declarativamente; por lo tanto, si no existe aún sentencia en los términos apuntados, no hay obstáculo para que en contra del individuo se inicie nuevo proceso, no violándose el artículo 23 constitucional que manda que nadie puede ser juzgado por el mismo delito"(140).

Y que se refuerza con otra que sostiene: "ARTICULO 23 CONSTITUCIONAL. VIOLACION DEL. El artículo 23 constitucional expresa que nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Ahora bien, la resolución por medio de la cual se pone a un procesado en libertad, por falta de méritos, en ningún caso reúne los requisitos a que se refiere el precepto citado, ya que en esa resolución no se juzga al quejoso, sino que se le pone en libertad por no encontrar, en el momento, datos en su contra, y esto con las reservas de la ley, es decir, que en caso de que aparecieran nuevos datos, se le sujetará nuevamente al proceso, por lo que, si éstos datos aparecieran y se sujeta al quejoso nuevamente a proceso y se le condena, no puede decirse que viole el citado precepto constitucional(141).

(140) Cfr. BURGOA ORIHUELA, IGNACIO, op. cit., p.659

(141) A. Penal Directo 434/34, T.XLV, p.2441, citado por Mancilla Ovando, Jorge Alberto, "Las Garantías Individuales", Editorial Porrúa, S.A., México, 1995, p.239

2. 3. 13. PROHIBICION DE ABSOLVER DE LA INSTANCIA Y LIMITACION DEL NUMERO DE INSTANCIAS

El artículo 23 constitucional en su primera y tercera partes regula a la letra "Ningún juicio criminal podrá tener más de tres instancias... Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia".

El jurista Ignacio Burgoa en su obra correlativa en cita señala que instancia "es un conjunto de actos procesales que se inicia en el momento que la acción se ejercita y que concluye cuando el órgano jurisdiccional pronuncia la resolución que decide la cuestión planteada en la litis, por el actor y el demandado", y si dicha resolución jurisdiccional es impugnable mediante un recurso (ordinario) como lo es la apelación, se abre un nuevo procedimiento, una nueva instancia, que comienza con el acto de interposición del medio procesal de impugnación y termina con la resolución del órgano ante el que se interpone, confirmando; modificando o revocando la sentencia atacada, en que los sujetos procesales excepto el jurisdiccional son los mismos: autor y demandado. Cada instancia no es un juicio nuevo o distinto, sino estudios de un mismo proceso respecto a sus elementos subjetivos (actor-demandado) y teleológicos esenciales (solución del debate o litis)(142).

La ratio essendi, añade el jurista en comentario, de esta garantía es evitar que se prolongue indefinidamente el juicio penal mediante la creación legal de múltiples instancias, en las que quedaría subyúdice la inocencia o culpabilidad de un acusado, difiriendo inhumitariamente el pronunciamiento definitivo; cabe precisar que en la actualidad no existe propiamente la tercera instancia, tanto en cuestiones penales como civiles(143).

Y además se prohíbe, según se observó en el precepto constitucional la absolución de la instancia, de donde se desprende que en todo juicio penal se debe condenar o absolver al procesado, atendiendo a la existencia o no de su responsabilidad(culpabilidad) en la perpetración del delito, al través de una sentencia condenatoria o absolutoria, señalando como una excepción la muerte del reo y la formulación de conclusiones inacusatorias por el Ministerio Público, pues entonces el proceso se sobresee añade el jurista en cita(144), y

(142) Cfr. BURGOA ORIHUELA, IGNACIO, op. cit., pp.657-658

(143) Ibidem, p.658

(144) Ibidem, pp.658-660

añade el mismo Burgoa que la absolución de la instancia es un fenómeno que consiste en que un proceso penal determinado no concluye con una sentencia absolutoria o condenatoria, sino que queda en suspenso mientras no aparezcan ~~nuevos~~ elementos para continuarlo(145).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que: "ABSOLUCION DE LA INSTANCIA. El artículo 23 constitucional prohíbe la práctica de absolver de la instancia, que consistía en que el reo no quedara absuelto de responsabilidad, sino que se dejaba a salvo la posibilidad de iniciar una nueva instancia o procedimiento en su contra, para llegar a una condena que no se pudo obtener en la instancia anterior, por deficiencia en las pruebas de cargo"(146)

2. 3.14. DERECHO A LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA GRATUITA

El eje fundamental del artículo 17 constitucional está en el hecho de que al través del pacto social todo poder público dimana del pueblo soberano y se instituye para su beneficio (art.39 const.), para lo cual surge la división tripartita de poderes (art. 49 const.), pero sujeta en todo caso al principio de supremacía constitucional (art. 133 const.)

En materia penal, la procuración de justicia se inicia con la averiguación de los delitos al través de la noticia que se le haga llegar al Ministerio Público para que proceda a su investigación, integración y, en su caso, consignación, actividad que a pesar de que es concebida como ejecutada por un órgano administrativo, tiene caracteres de judicial, pues tiene facultades legales para resolver el caso concreto sometido a la investigación del Ministerio Público y por lo mismo su actividad debe tender a la impartición de justicia pronta, expedita, imparcial y gratuita, por lo que se aplicará en primerísimo lugar lo previsto en el segundo párrafo del artículo 17 constitucional que señala "Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial y que el artículo 22 del código adjetivo reitera la prohibición de costas y señala que el empleado que las cobre o reciba, aunque sea a título de gratificación, será destituido de su

(145) Ibidem, p.660

(146) Revisión fiscal 449/70 (145/65), Item, Covalín, 11 diciembre de 1972, Primer Tribunal — Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, citado por Mancilla Ovando, Jorge Alberto, "Las Garantías Individuales", op. cit., p.239

empleo y además, en su caso, sujeto al procedimiento correspondiente por el delito que hubiere cometido.

Por lo que los servicios del Ministerio Público serán gratuitos y quedan prohibidas las costas judiciales, no así los gastos que se originen en un proceso por diligencias no decretadas por el Ministerio Público(art.23 CPP), sino a petición de parte interesada, las que deberán cubrirse en términos que fijen las leyes o reglamentos internos, en forma general.

2.4 GARANTIAS DEL INDICIADO EN PARTICULAR

En base a las reformas publicadas en el Diario Oficial durante el año de 1996, el último párrafo del artículo 20 constitucional señala a la letra que "Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan. Lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna", lo cual implica cuatro tipos de garantías:

2.4.1. GARANTIA LIBERTARIA

La primera se refiere a la libertad caucional. Se ha discutido si a partir del liberalismo el bien jurídico de la libertad es sustituido por otro bien jurídico: el del dinero, y si el objeto de la privación de la libertad es que el sujeto no se sustraiga a la acción de la justicia. Sergio García Ramírez en su obra citada al calce, sostiene que el dinero no queda en lugar de la libertad, sino en lugar de la prisión(147). Jorge Alberto Silva Silva en su obra "Derecho Procesal Penal" sostiene que se trata de una garantía o sea que implica que una persona se constituya frente al Estado -en el caso de la averiguación previa-, a través del Ministerio Público, como fiador de un potencial procesado, sujeto a la condición de que si incumple con las obligaciones que se le impongan, perderá el monto con que aseguró su cumplimiento, considerando a tal acto no como un acto contractual civil, o mercantil, sino como guión administrativo, dado que el fiador no es deudor secundario, sino directo, constituyéndose en deudor principal, sin que pueda acogerse a beneficios de orden y excusión(148). Beneficio de orden significa que el fiador (garante) no puede ser compelido a pagar al acreedor, sin que previamente sea reconvenido el deudor; y el de excusión consiste en que antes de

(147) Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, "CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL", op. cit., p. 588

(148) Cfr. SILVA SILVA, JORGE ALBERTO, op. cit., p. 517-519

proseguirse el juicio contra el fiador, proceda judicialmente el acreedor contra el deudor principal y embargo o ejecución de los bienes de éste, según afirma Ramón Sánchez Medal(149).

El artículo 20 constitucional, recientemente reformado en su fracción I, prevé, dentro de las garantías del inculpado en el proceso penal que: "I. Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley, o cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad." "El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado, en circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado". "La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional..."

A nivel de averiguación previa existen principalmente tres formas de otorgamiento de la libertad:

a. Libertad bajo caución.

Nuestra legislación adjetiva admite las garantías para efecto de la libertad bajo caución que está ubicada dentro del título relativo a incidentes y de éstos en la sección segunda, relativa a incidentes de libertad y que el artículo 556 incluye dicha posibilidad aún en la etapa de la averiguación previa, siempre que:

(149) Cfr. SANCHEZ MEDAL, RAMON, "DE LOS CONTRATOS CIVILES", Editorial Porrúa, S.A., México, - 1988, p. 459

1. Garantice el monto estimado de la reparación del daño, donde se hace una remisión a lo previsto en la Ley Federal del Trabajo, en lo relativo a su monto, respecto a delitos que afecten la vida o la integridad corporal, pero que de facto fija la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal a través de disposiciones generales (art. 271 CPP).

2. Que garantice el monto de sanciones pecuniarias, que en su caso pudieran imponérsele,

3. Además, la que se refiere al cumplimiento de las obligaciones que en términos de ley deriven a su cargo en razón del proceso, y

4. Que no se trate de delitos graves.

Anteriormente la gravedad del delito se remitía al quantum de la pena, tomada en su media aritmética, actualmente estamos frente a una lista limitativa que al decir del legislador afectan de manera importante valores fundamentales de la sociedad, y que limitativamente se enuncian en el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Cabe mencionar que la lista prevista en el citado numeral 268 no coincide con lo preceptuado en la última parte del art.556 del código adjetivo penal, además de que este último artículo contiene tipos ya derogados, considero que el artículo a seguir es el 268, que es el que enumeraré a continuación y que el 556 debe ser actualizado, pues induce a confusión y sobre todo adecuarse a las recientes reformas al artículo 20 constitucional relativo a la garantía caucional. Por lo que los tipos delictivos que no admitan libertad bajo caución son los siguientes previstos en el Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal:

- a) Homicidio por culpa grave previsto en el artículo 60, párrafo tercero;
- b) terrorismo, previsto en el artículo 139, párrafo primero;
- c) sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero;
- d) evasión de presos, previsto en los artículos 150 y 152;

- e) ataques a las vías de comunicación, previsto en los artículos 168 y 170;
- f) corrupción de menores, previsto en el artículo 201;
- g) trata de personas, previsto en el artículo 205, segundo párrafo;
- h) explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal, previsto en el artículo 208;
 - i) violación, previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis;
 - j) asalto, previsto en los artículos 286, párrafo segundo y 287;
 - k) homicidio previsto en los artículos 302, con relación al 307, 313, 315 bis, 320 y 323;
 - l) secuestro, previsto en el artículo 366 exceptuando el párrafo antepenúltimo;
 - m) robo calificado, previsto 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;
 - n) robo, previsto en el artículo 371, párrafo último;
 - o) extorsión, previsto en el artículo 390; y
 - p) despojo previsto en el artículo 395, último párrafo.

También lo será el delito de tortura, previsto en los artículos 3o. y 5o. de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura.

La tentativa punible de los ilícitos penales mencionados en el párrafo anterior, también se califican como delito grave."

Además que el artículo 271 del código adjetivo penal en su segundo párrafo señala "El Procurador determinará mediante disposiciones de carácter general el monto de la caución aplicable para gozar de la libertad provisional en la averiguación previa", caso en el cual el indiciado o su defensor podrán pedir la reducción de la caución para el cumplimiento de las obligaciones a cargo del inculcado en forma proporcional y equitativa, así como por la disminución de las consecuencias o efectos del delito, imposibilidad económica (art. 560 del

CPP), y las demás que otorguen seguridad que no procurará sustraerse a la acción de la justicia.

Por lo que nuestro sistema penal atiende a cuatro aspectos para efecto de la caución:

a.- La reparación del daño, b.- La sanción pecuniaria, c.- Garantizar la presencia del procesado al procedimiento, y d.- La gravedad del ilícito cometido.

La naturaleza de la caución queda a elección del inculpado por sí o a través de su representante o defensor, quien al solicitar la libertad señalará la forma que elija y si no lo hiciera el Ministerio Público fijará las cantidades que correspondan a cada uno de los cuatro aspectos antes citados.

Las opciones de garantía son: depósito en efectivo en caja de valores del Ministerio Público, tomando razón en autos; hipoteca otorgada sobre bienes del propio inculpado o sobre bienes de terceros, cuyo valor exceda el monto de la caución más gastos para hacerla efectiva; prenda, con valor de mercado mínimo de dos veces el monto de la caución; fianza personal bastante, que en caso de exceder de cien veces el salario mínimo general vigente para el Distrito Federal el fiador acreditará que tiene bienes raíces inscritos en el Registro Público de la Propiedad, cuyo valor no sea inferior al monto de la caución más los gastos necesarios para hacerla efectiva, y además presentar libertad de gravámenes por un término de diez años, constancia de que el inmueble está al corriente en el pago de sus contribuciones, y declarar bajo protesta de decir verdad si el bien no fue objeto de otras fianzas judiciales, salvo que se trate de empresas afianzadoras legalmente constituidas y registradas; otra forma de garantizar es un fideicomiso de garantía otorgado formalmente (arts. 561, 562, 563, 564, y 565 del CPP)

Al momento de otorgar su libertad, se le harán saber las obligaciones que contrae y que son:

a. Que debe presentarse ante el Ministerio Público cuantas veces sea requerido para la práctica de diligencias de averiguación previa.

b. Comunicar los cambios de domicilio. De lo cual se deberá dejar constancia en el expediente de averiguación previa, pero la omisión de este requisito no le excusa de su cumplimiento ni de las consecuencias de la omisión en el cumplimiento de sus obligaciones.

Y se le revocará su libertad en los siguientes supuestos.

1. Si incumple con sus obligaciones,
2. Si cometiere nuevo delito,
3. Que amenace a la parte ofendida o a testigos de cargo,
4. Tratar de sobornar a testigos, al agente del Ministerio Público o al Secretario,
5. A petición del propio indiciado,
6. Si en la secuela de la averiguación previa apareciere que los delitos por los que se le investiga son considerados como graves,
7. Al determinar el no ejercicio de la acción penal, o cuando se consigne y se presente el probable responsable ante el juez (arts. 568 y 271 CPP).

En cuyo caso se ordenará la nueva detención contra el indiciado y salvo lo previsto en los puntos 5) y 7) anteriores, se hará efectiva en favor de la víctima u ofendido la garantía en lo que se refiere a la reparación del daño y lo relativo a las sanciones y debida presentación al proceso, se harán efectivas a favor del Estado (arts. 568 y 569 CPP).

Si la garantía otorgada consistiere en fianza, depósito, hipoteca o fideicomiso otorgado por tercero, las órdenes de presentación se entenderán con éste, pues es su interés que no se haga efectiva la garantía (art.573 CPP).

Así se interpretó lo anterior en términos del artículo 574-Bis del código adjetivo penal que a la letra dice "Lo previsto en este capítulo será aplicable en lo conducente a la libertad bajo caución que otorgue el Ministerio Público en la averiguación previa".

b. Libertad mediante arraigo.

También existe la libertad mediante arraigo, en las averiguaciones previas de la competencia de juzgados de paz en materia penal o de juzgados penales, cuya pena máxima no exceda de cinco años de prisión, el indiciado no será privado de su libertad y podrá quedar arraigado en su domicilio, con facultad de trasladarse a su centro de trabajo, siempre que:

1. Proteste presentarse ante el Ministerio Público que tramite la averiguación cuando sea requerido para ello;

2. No existan datos que pretenda sustraerse a la acción de la justicia;

3. Repare el daño o realice convenio ante el Ministerio Público, con el ofendido o sus causahabientes de la forma como lo reparará, según convenga en su monto, a falta de convenio el Ministerio Público estimará los daños causados a través de la inspección ministerial, evaluación pericial, testimoniales, declaración de los demás sujetos relacionados con los hechos u otros elementos de prueba:

4. Si el delito es imprudencial por tránsito de vehículos y el indiciado: a) No haya abandonado al lesionado y b) Tampoco participado en los hechos en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o psicotrópicos;

5. Que alguna persona, a criterio del agente del Ministerio Público y en base a datos que éste recabe, se comprometa bajo protesta a presentar al indiciado cuando sea necesario;

6. En caso de incumplimiento por el indiciado o de la persona que se comprometió a presentarlo, desobedezcan sin causa justa las órdenes del Ministerio Público: a) Se revoca el arraigo, y b) Al consignar el Ministerio Público solicitará al juez la orden de aprehensión o de comparecencia, según corresponda.

El arraigo no podrá prolongarse por más de tres días, transcurrido este lapso se suspende de inmediato, sin perjuicio que el Ministerio Público consigne (art. 271 del CPP).

c. Libertad sin caución o administrativa.

Este tipo de libertad procede en la etapa de la averiguación previa si el término medio aritmético de la pena de prisión no excede de tres años, y

1. No exista riesgo fundado de que pueda sustraerse a la acción de la justicia;
2. Tenga domicilio fijo en el Distrito Federal o en zona conurbada con antigüedad mínima de un año;
3. Tenga un trabajo lícito;
4. No se trate de delito intencional;
5. Ni de delito calificado como grave.

En caso de que no procediera de momento alguno de estos tipos de garantías libertarias, el Ministerio Público deberá ajustarse a los siguientes lineamientos:

Sólo ubicar a indiciados que estén intoxicados por efectos del alcohol, estupefacientes o psicotrópicos, o que por su situación mental denoten peligrosidad, en áreas cerradas;

Tomar nota si el indiciado pertenece a alguna etnia indígena y allegarse de dictámenes para conocer su personalidad y peculiaridades (art.165-Bis CPP) y permitir que escriban su declaración en su lengua (art. 184 CPP) o designar intérprete(art.182 CPP) o que los acompañe persona de su confianza (art. 204 CPP), para que le haga saber sus derechos y garantías (art.269 CPP)

Otorgar libertad al indiciado cuando el delito sea sancionado con pena alternativa o no privativa de libertad.

2.4.2. GARANTIA DE NO AUTOINCRIMINARSE

Considerada desde hace siglos a la confesión como la reina de las pruebas, se recurrió a ella en términos de ley durante los siglos pasados y extralegalmente aún hasta la fecha, por lo cual nuestra Constitución ha venido siendo reformada de manera que deje de

tener el valor probatorio pleno que tenía por sí sola y ha cobijado al indiciado con una serie de garantías.

Por ello la fracción II del artículo 20 constitucional en comento, además, prevé la prohibición de la incomunicación, según dispone, que no podrá ser obligado a declarar, que queda prohibida toda incomunicación o tortura, y que la confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público (o el juez) o ante éstos sin la asistencia de su defensor, carecerá de todo valor probatorio, a fin de que el indiciado no pueda ser obligado a declarar y mucho menos por vía de la tortura o la intimidación.

Por lo que se refiere a su valor probatorio, la confesión debe revestir los requisitos previstos en el artículo 249 del código adjetivo penal: a) Que sea hecha con pleno conocimiento y sin coacción ni violencia física o moral; b) Que se trate de hecho propio; c) Rendida ante el Ministerio Público, juez o tribunal de la causa, y asistido el confesante por su defensor o persona de su confianza, previa información del hecho que se le imputa, y el nombre de quienes lo acusan y d) Que no vaya acompañada de otras pruebas o presunciones que la hagan inverosímil a juicio del Ministerio Público.

Además se debe tener particular cuidado toda vez que es de sentada jurisprudencia que las primeras declaraciones del acusado, al ser producidas sin tiempo suficiente para aleccionamiento o reflexión defensiva, deben prevalecer sobre las posteriores, por ello es de gran importancia que las declaraciones del indiciado a nivel de la averiguación previa estén rodeadas de mayores garantías, para evitar un procedimiento injusto.

Siempre la detención del indiciado o su presentación en casos de flagrancia o urgencia, y su puesta a disposición del Ministerio Público debe ser sin dilación alguna, lo que significa que sólo debe llevar el tiempo indispensable para su traslado rápido y seguro, y dejar constancia de la hora, lugar y fecha en que se le detuvo y el propio artículo 13 del código adjetivo penal, en su segundo párrafo añade que "En caso de que la detención de una persona exceda de los plazos señalados en el artículo 16 de la Constitución Federal, se

presumirá que estuvo incomunicado y las declaraciones que haya emitido el detenido no tendrán validez”.

El artículo 269 del código adjetivo penal señala que desde el momento en que el inculcado fuere detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público, se procederá a:

I. Hacer constar la hora, fecha y lugar de la detención, así como, en su caso, el nombre y cargo de quien la haya ordenado o ejecutado, y si fuere practicada por autoridad diversa al Ministerio Público, se asentará y se agregará la información circunstanciada suscrita por quien la haya realizado o recibido al detenido;

II. Se le hará saber la imputación que exista en su contra y el nombre del denunciante, acusador o querellante;

III. Además será informado de los derechos que en su favor consigna la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, entre los que están: No declarar si así lo desea.

Todo indiciado tiene derecho a comunicarse con su familia o defensor, al efecto el código adjetivo penal prevé en diferentes disposiciones el debido cumplimiento de esta garantía, evitando la incomunicación, intimidación o tortura de los indiciados, además de contar en los lugares de detención con un aparato telefónico para que los detenidos puedan comunicarse con quien consideren conveniente (art.134-Bis CPP) y además la última parte de la fracción III del artículo 269 del código adjetivo penal, señala que “Será informado de los derechos que en averiguación previa consigne a su favor la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, y “De la información al indiciado sobre los derechos antes mencionados, se dejará constancia en el acta de averiguación previa, además se deberá dar aviso a Locatel respecto al lugar en que está detenido el indiciado”.

2. 43. DERECHO DE DEFENSA

El hecho de conceder al indiciado pleno derecho de ser oído durante la averiguación previa, para lo cual se le otorgan oportunidades probatorias y el auxilio del Ministerio Público para el cabal desahogo de las que ofrezca y que servirán de motivación y valoración al

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

determinar el ejercicio o abstención de la acción penal, toda vez que le permite al Ministerio Público obtener un conocimiento plenario de la cuestión, lo cual cuestiona Jesús Zamora-Pierce en su obra "Garantías y Proceso Penal" al considerar que tal grado de conocimiento la Constitución sólo se lo reserva al juez durante el proceso, lo que relega al poder judicial la facultad de ser un mero revisor de lo actuado por el Ministerio Público(149).

Pero por otro lado la ley le exige que se agoten todas las diligencias necesarias para la integración de los elementos típicos y de la probable responsabilidad y de no hacerlo, será sujeto a las sanciones previstas en la ley.

La fracción V del artículo 20 constitucional se refiere a la oportunidad probatoria que tiene el indiciado y que señala "Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndole el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso".

Las diligencias probatorias en la averiguación previa pueden ser tanto de oficio (ordenadas por el Ministerio Público per se) como aquellas que aporte el órgano de la defensa y las que le atribuye el último párrafo del artículo 20 constitucional a la víctima u ofendido, todo ello tendiente al esclarecimiento de la verdad.

Durante la averiguación previa se admiten todo tipo de pruebas, como la confesional, la inspección ocular, la reconstrucción de hechos, la pericial, la testimonial, la confrontación, los careos, la documental y todo aquello que coadyuve para que el agente del Ministerio Público tome una determinación justa, por lo mismo existen dificultades en el caso que la averiguación sea con detenido, y sin que proceda algún medio para el otorgamiento de la libertad, pues dentro de un plazo de cuarenta y ocho horas deberá consignar, en los demás casos tiene un margen más amplio, pues la ley no le señala límite al agente del Ministerio Público para integrar la averiguación previa (sin detenido) y proceder a determinar respecto al ejercicio o abstención de la acción penal.

(149) Cfr. ZAMORA-PIERCE, JESUS, op. cit., p.452

Como se desprende de los incisos e) y f) del artículo 269 del código adjetivo penal, que señalan "El derecho que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa, siempre que consten en el expediente de la averiguación previa, para lo cual tanto el indiciado como su defensor podrán consultar en la oficina de la agencia investigadora y en presencia del personal, el acta de averiguación previa, y además que se le reciban los testigos y las demás pruebas que ofrezca, las cuales se tomarán en cuenta para dictar la resolución correspondiente, concediendo el tiempo necesario para su desahogo, siempre que no se traduzca en dilación de la averiguación previa y las personas cuyo testimonio ofrezca se encuentren presentes en las oficinas de la agencia investigadora, en correlación con la última parte del artículo 135 del código adjetivo penal, que señala "Se admitirá como prueba, en los términos del artículo 20 fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente, a juicio del Ministerio Público...cuando el Ministerio Público...lo estimen necesario, podrán, por algún otro medio de prueba, establecer la autenticidad", sin perjuicio que el propio Ministerio Público resuelva de oficio las diligencias idóneas en base a su función investigatoria y persecutoria de los delitos, proveniente del artículo 21 constitucional que lo rige y el artículo 262 del Código de Procedimientos Penales.

El Capítulo XIV del código adjetivo penal señala las reglas a que se sujetará el agente del Ministerio Público para valorar las pruebas que consten en la averiguación previa, como lo señala el artículo 246 del código adjetivo penal, pero en caso de duda debe absolverse, pues no pueden ejercer acción penal contra un acusado sino cuando se pruebe la existencia plena del delito, y que fue cometido por el sujeto al que se le imputa (art. 247 CPP), ello en íntima correlación con la fracción VII del artículo 20 constitucional, que señala la garantía de que se le faciliten todos los datos que solicite y que consten en el proceso y que se reglamenta en el artículo 268- Bis del código adjetivo penal que prevé la posibilidad de su puesta en libertad, si para la integración de la averiguación previa se requiriese de mayor tiempo de las cuarenta y ocho horas de ley, o su duplicación en el caso de la delincuencia organizada, y limitativamente previstos en la ley.

2. 44. DERECHO A TENER DEFENSOR

La fracción IX señala "Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá la obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera..."

Por lo anterior podríamos tener por reproducido lo previsto en el artículo 269 del código adjetivo penal ya comentado, en sus fracción III, incisos b), c) y d) que prevén la necesidad de una defensa adecuada para el indiciado, sea por sí, o por abogado o por persona de su confianza, pero de todas formas, si no quisiere o no pudiere designar defensor se le designará uno de oficio, el que deberá asistirlo (sea particular o de oficio), cuando declare, y deberá comparecer en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación previa y cuantas veces sea requerido para ello, así como lo comentamos en el Capítulo 3 de este trabajo, en lo relativo al órgano de la defensa, toda vez que el indiciado y su defensor constituyen esta institución.

25. LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES DE LA CONSIGNACION

Como se desprende de la función investigadora del Ministerio Público, desde el momento en que tiene noticia de la conducta delictiva (por denuncia o querrela), aparte de las pruebas que le sean aportadas, se avoca de oficio a la investigación y práctica de las diligencias que conduzcan a la convicción primero, de si se trata de un delito tipificado en el Código Penal, y luego, si se llenaron los requisitos de procedibilidad para posteriormente proceder a las diligencias indispensables para acreditar la probable responsabilidad.

Al mismo tiempo analizar si procede la retención del inculpado, (si existió flagrancia o se trata de caso urgente), pues en su defecto incurriría en la responsabilidad inherente a la privación ilegal de la libertad, luego pasará a analizar si el tipo cometido, sea por sus

circunstancias o medios de comisión, se trata de un delito calificado como grave y en su momento resolver si es procedente la libertad caucional, el arraigo o la libertad administrativa, para lo cual debe analizar además si se configuró la probable responsabilidad del sujeto presentado.

Si no se presentó al sujeto, investigar si existe imputación respecto a una o varias personas y en su caso solicitar la orden de presentación.

Si se desconoce al probable responsable, hacer las indagaciones necesarias para que el delito no quede impune, al través de declaraciones de testigos, retrato hablado, huellas dactilares, etc., según el tipo delictivo que se investigue, para luego proceder a resolver si en su acuerdo de consignación se opta por el ejercicio de la acción penal y se solicita la orden de aprehensión o de presentación en su caso, o se resuelve su archivo.

De esta forma, desde el exordio y el acuerdo inicial, el agente del Ministerio Público debe ir razonando o sea motivando los elementos del tipo penal específico, y si existe un sujeto detenido o no al cual se le pueda imputar su comisión, y en todo caso teniendo presentes las garantías individuales que le corresponden en su calidad de gobernado, dada la dignidad intrínseca que le es inherente a su calidad de persona, y de esta forma evitar actos privativos o de mera molestia que limiten, vulneren o restrinjan los bienes jurídicos legalmente protegidos a partir de la Constitución y las leyes que de ella emanen, que en todo caso parten de la dignidad humana, y evitar que se trastoque el principio humanista que rige en nuestro país, en el sentido de que toda persona se presume inocente en tanto se pruebe lo contrario.

Además de que todas las actuaciones que así lo permitan deben precisar el fundamento jurídico que las justifique.

De esta forma, al través de la integración fundada y motivada de la averiguación previa se evitará dar margen a medios de defensa o intervención de otras instituciones que

vengan a proteger los derechos que la propia Constitución y sus leyes prevén a favor del Ministerio Público, junto con la ratio essendi de su creación, y que de hecho sería innecesaria su intervención, dada su calidad de representante del interés social.

Este es el motivo por el cual la resolución del ejercicio de la acción procesal penal debe contener:

La autoridad que la emita, citando los artículos que le autorizan dicha facultad, y los fundamentos constitucionales (14, 16 y 21), que se refieren al debido juicio, como facultad de entendimiento que compara y juzga, y que ejerce el Ministerio Público en su determinación final al señalar, tomando en cuenta la conducta, las pruebas que obren en el expediente, al través de razonamiento lógico jurídico, si ha lugar o no a proceder a accionar penalmente en contra de una persona determinada, por lo cual se le considera como parte de su esencia y naturaleza el ser un órgano parajurisdiccional, auxiliar en la administración de justicia.

Además de que el hecho esté tipificado y sea aplicable exactamente a la conducta que se juzga, sin aplicación retroactiva en perjuicio, aunque si puede serlo en beneficio del inculpado, o sea que tal acto de molestia tiene una razón de ser (motivación), y que está previsto en la ley (fundamentación) y que consigne dentro del término, en el caso de que exista detenido. Además de haberse reunido los requisitos de procedibilidad (denuncia, querrella) respecto de una conducta típica que fue debidamente probada, precisando al efecto una síntesis de la forma en que se produjo la conducta (elementos del tipo) y la forma como se acreditó la intervención del sujeto (probable responsabilidad), analizando que no exista ninguna excluyente de la acción, ni de responsabilidad a favor del indiciado, y precisando los artículos del Código Penal que prevén la conducta típica y los que la sancionen, incluyendo sus modalidades.

El artículo 21 constitucional es el fundamento jurídico de la atribución del Ministerio Público en la investigación y persecución de delitos, además del Código de Procedimientos

Penales para el Distrito Federal y la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en donde se precisan sus facultades.

Si es el caso, precisar que con fundamento en lo anteriormente señalado, se ejerce la acción penal contra de una persona determinada, la cual se individualiza al través de su nombre (y en su caso su apodo o alias) y el delito que se le imputa, y además el nombre de la víctima u ofendido; señalando si es el caso, que se pone a disposición del juez competente al detenido, o que se solicita que dicha autoridad gire orden de aprehensión o de comparecencia contra él, elaborar una síntesis de las principales pruebas que acreditaron el ejercicio de la acción penal, y finalmente la firma del agente que la autorice en compañía de la de su Oficial Secretario, que da fe.

C A P I T U L O 3

SUJETOS PARTICIPANTES EN LA

AVERIGUACION PREVIA

3. EL MINISTERIO PUBLICO

Afirma el procesalista Colín Sánchez en su libro "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales que: "El Ministerio Público es una de las instituciones más discutidas desde su nacimiento e instalación el el campo del Derecho de Procedimientos Penales, debido por una parte a su naturaleza singular y por otra, a la multiplicidad de facetas en su funcionamiento. Sus orígenes continúan siendo objeto de especulación, su naturaleza y funciones aún provocan constantes y enconadas discusiones"(150), toda vez que algunos autores afirman que sus antecedentes se remontan a la antigüedad griega y romana, en tanto que otros señalan su origen en épocas más cercanas, como es es el caso del derecho francés. Para ello procederemos a analizar ambas posturas.

3.1. ANTECEDENTES DEL MINISTERIO PUBLICO

3.1.1.1. Grecia

El Maestro García Ramírez, en su obra "Derecho Procesal Penal" señala que en las primeras épocas griegas existieron dos formas de evitar la impunidad; por lo que se previó que el ilícito podría ser denunciado directamente por el agraviado o bien entraba en funciones el "temosteti" como denunciante, que en épocas de Licurgo se le denomina "éforo", funcionario al que después se le fueron atribuyendo amplias funciones, tales como de censor, acusador y juez -o sea que los éforos actuaban como juez y parte-(151).

La función acusatoria en épocas de Pericles recae en el Areópago, señala Jorge Alberto Silva Silva en su libro "Derecho Procesal Penal", que era el tribunal supremo de Atenas, constituido por 21 arcontes o magistrados, que conocía de causas criminales graves, y que tuvo fama de ser severo, sabio e imparcial. Los arcontes tenían una actividad supletoria, pues actuaban solo en caso de que la acción procesal penal no la ejercitaran las partes y que posteriormente, con una ley (de Efilates) se le restaron facultades a este tribunal, dejando de ser el arcontado un privilegio de ricos, estableciéndose que las funciones públicas debían ser remuneradas, surgiendo así el tribunal de la Eliae, cuyos miembros se elegían democráticamente, desapareciendo el acusador o actor y cualquier persona podía denunciar(152), a lo que añade Guillermo F. Margadant en su libro "Panorama de la Historia Universal del Derecho" que entonces se dejó a la comisión de arcontes (themosteti), cuya

(150) COLIN SANCHEZ, GUILLERMO, op. cit., p. 87
(151) Cfr. GARCIA RAMIREZ, SERGIO, "DERECHO PROCESAL PENAL", Editorial Porrúa, S.A., México, 1983, p. 252
(152) Cfr. SILVA SILVA, JORGE ALBERTO, op. cit., p.44

función era represiva: el control durante y al entregar el cargo, de requisitos formales y morales de los magistrados(153).

3.1.1.2. Roma

Desde la época monárquica, afirma Guillermo Colín Sánchez en su libro antecitado que las Doce Tablas preveían la existencia de funcionarios llamados "judices quaestores", con facultades para comprobar los hechos delictuosos de oficio(154),y añade Sergio García Ramírez en su libro citado al calce que en épocas de la República tal facultad la ejercieron Cicerón y Catón, pero principalmente en cuestiones jurisdiccionales relativas al orden público de las colonias(155).

Cabe mencionar que en épocas de la República existía una división de funciones del Ejecutivo en magistraturas a cuya cabeza se encontraban dos cónsules y varios magistrados. En materia de impartición de justicia destacan las figuras de los pretores y los ediles, estos últimos con funciones de policía urbana y litigios de mercados, como vimos anteriormente.

Casi imperceptiblemente la república, que estaba a cargo de magistrados, encabezados por dos cónsules, pasa a manos de una sola persona o "príncipe" en épocas de Octavio Augusto, y la consecuente concentración de poderes y funciones en el Ejecutivo, es en esta época en que surge el Procurador del César de que habla el Digesto y que es precisamente la figura que, al decir del procesalista Colín Sánchez en su obra citada, se ha considerado como antecedente del Ministerio Público, toda vez que en representación del César tenía facultad para intervenir en causas fiscales y cuidar el orden de las colonias, tomando medidas como la expulsión de alborotadores y evitar que regresaran al lugar del que fueron desterrados. A las postrimerías del imperio aparecen funcionarios llamados stationari, curiosi o irenarcas, que dependían del pretor, con funciones circunscritas al aspecto policiaco(156), y además a éstos según Manuel Rivera Silva en su obra "El Procedimiento Penal" se les atribuye facultades de persecución de los delitos ante los tribunales, sin perjuicio de que el emperador o el Senado designaran, en casos graves, algún acusador(157).

(153) Cfr. FLORIS MARGADANT, GUILLERMO, "PANORAMA DE LA HISTORIA UNIVERSAL DEL DERECHO", Miguel Ángel Porrúa, México, 1983, p.68

(154) Cfr. COLÍN SÁNCHEZ, GUILLERMO, op. cit., p. 88

(155) Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, "DERECHO PROCESAL PENAL", op.cit., p. 253

(156) Cfr. COLÍN SÁNCHEZ, GUILLERMO, op. cit., p.88

(157) Cfr. MANUEL RIVERA SILVA, MANUEL, op. cit., p.58

3.1.1.3. Epoca Medieval

Una vez caído el imperio romano, surge una época de inestabilidad en todos los órdenes, y particularmente en el ámbito jurídico, donde se aplica en forma confusa el derecho de conquistados y conquistadores, que poco a poco fue fundiéndose.

Así, en Italia medieval afirma Guillermo Colín Sánchez en su libro en comento, surgen los "sindici o ministrales", que colaboraban con los órganos jurisdiccionales en la presentación oficial de las denuncias de los delitos **(158)**.

En Francia, precisa el jurista García Ramírez en su obra citada al calce que ya en el s. XIV, empieza a aparecer un antecedente menos remoto de la institución del Ministerio Público, en la figura del procurador y abogado del rey, como funcionario encargado de los negocios judiciales de la corona**(159)**, que sustituye a los "graffion" y a los "missi dominici", que desaparecieron por el siglo X, añade Guillermo Colín Sánchez**(160)**.

Así, según Manuel Rivera Silva en su obra, es la Ordenanza del 23 de marzo de 1302, a través de la institución de las atribuciones del procurador y abogado del rey, el momento cenital en que se pone en manos del Estado la función persecutoria, dividida en dos funcionarios:

- a. El procurador del rey, que tenía a su cargo los actos del procedimiento, y
- b. El abogado del rey, que tenía como objeto el sostenimiento de los derechos del rey y el alegato.

Ambos funcionarios no tenían estas funciones en exclusiva, sino que también se ocupaban de otros negocios**(161)**.

Para estas épocas la actividad persecutoria de los delitos, precisa Colín Sánchez en su obra citada, aparece de oficio, lo que da margen al establecimiento de un Ministerio Público con funciones limitadas a tal persecución y hacer efectivas multas y confiscaciones decretadas a consecuencia de una pena, cuyas funciones se delinean en forma más clara en épocas napoleónicas, donde se le dota del carácter de representante del interés social, en la persecución de los delitos y su dependencia del Ejecutivo, constituyendo una magistratura

(158) Cfr. COLÍN SÁNCHEZ, GUILLERMO, op. cit., p. 88
(159) Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, "DERECHO PROCESAL PENAL", op. cit., p.253
(160) Cfr. COLÍN SÁNCHEZ, GUILLERMO, op. cit., p. 59
(161) Cfr. RIVERA SILVA, MANUEL, op. cit., p. 59

dividida para el ejercicio de sus funciones en "parquets", cada uno dependiente de un tribunal francés(162).

3.1.1.4. España

España fue una comunidad de pueblos celtas e iberos, entre otros, que fue conquistada por Roma, y posteriormente pasó al dominio visigótico, por lo que para la resolución de la conflictiva jurídica que originaron esta serie de culturas, fue necesario hacer recopilaciones, una de ellas y en razón de su antigüedad y jerarquía, sobresale: el Fuero Juzgo, señala el jurista e historiador Guillermo F. Margadant en su libro "Derecho Romano", como fusión de derecho visigótico y derecho romano. El concepto Fuero Juzgo es una versión castellana del original "liber iudicium" elaborado por el rey visigodo Recesvinto, válido para romanos y bárbaros (no-romanos), abrogando de hecho el Breviario de Alarico(163) y que fue traducido por orden de Fernando III en el s.XIII. Los lineamientos generales del Ministerio Público francés fueron tomados por el Derecho Español Moderno desde su elaboración(s.VI), donde aparece una magistratura especial, con facultades de actuar ante los tribunales para el caso de que no hubiese acusación de parte interesada, a cargo de un funcionario que actuaba por delegación expresa del monarca español y en representación de éste, lo que significa, respecto de la legislación francesa de la época, un avance, pues no limita el tipo de conductas a conocer, sino la amplía a toda la actividad delictiva, según se desprende de lo señalado por el citado procesalista Colín Sánchez (164).

Posteriormente, señala el propio autor Colín Sánchez, fue regulado este sistema en las Partidas y la Novísima Recopilación retoma esta figura, pero con fines de Ministerio Fiscal, al igual que en las Ordenanzas de Medina del s. XV, donde además de perseguir a los infractores de las disposiciones fiscales, podían aplicar multas y aún penas de confiscación en interés del patrimonio de la Hacienda Real(165), y añade el jurista García Ramírez en su obra citada al calce que ya en épocas de la conquista española en Latinoamérica, surge la figura del fiscal del Consejo de Indias, del cual dependían dos solicitadores fiscales: uno para los negocios de la Provincia del Perú y otro para cuestiones similares en la Nueva España (México) (166).

(162) *Ibidem*, p. 89

(163) Cfr. FLORIS MARGADANT, GUILLERMO, "DERECHO ROMANO", op. cit., p. 86

(164) Cfr. FLORIS MARGADANT, GUILLERMO, "DERECHO ROMANO", op. cit., p.89

(165) *Idem*

(166) Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, "DERECHO PROCESAL PENAL", op. cit., p.254

3.1.1.5. Pueblo Azteca

De entre los antecedentes autóctonos, continua afirmando Sergio García Ramírez la persecución de los delitos estaba en manos de jueces delegados del Tlatoani, cuyas funciones, al lado de las del Cihuacoatl, eran meramente jurisdiccionales, por lo que no es posible identificarlas con las del Ministerio Público; además que el derecho que aquí prevalecía era de carácter consuetudinario, ajustado a un régimen político absolutista(167).

3.1.1.6. Mexico Independiente

Una vez conquistada la independencia de México respecto de España, lo más indispensable y primordial fue establecer un estatuto general que regulara al Estado, sus funciones y su estructura, y así surge la Constitución de 1814, donde se incluyen a dos fiscales letrados: uno para lo penal y otro para lo civil, ante el Supremo Tribunal de Justicia, que tiene como antecedente inmediato el artículo 184 de la Constitución de Apatzingán, que a la letra decía: "Habrá dos fiscales letrados, uno para lo civil y otro para lo criminal; pero si las circunstancias no permitieren al principio que se nombre más de uno, éste desempeñará las funciones de ambos destinos; lo que se entenderá igualmente respecto de los secretarios. Unos y otros funcionarios por espacio de cuatro años", y que eran designados a propuesta del Supremo Gobierno; y que ya en la Constitución de 1824 se ubican en los Tribunales de Circuito, toda vez que en su artículo 140, señala que estos tribunales se componían de un juez letrado, un promotor fiscal, ambos nombrados por el Supremo Poder Ejecutivo, a propuesta en terna de la Corte Suprema de Justicia, y también integrando la Suprema Corte, como lo señala el artículo 124 del mismo ordenamiento, que prescribía que la Corte Suprema se componía de once ministros distribuidos en tres Salas, y de un fiscal; en las Leyes Constitucionales de 1836, sigue el mismo sistema respecto al fiscal de la Suprema Corte, al señalar en el artículo 2 de la Quinta Ley Constitucional que "Corte Suprema de Justicia se compondrá de once ministros y un fiscal", lo cual se complementa con lo previsto en el artículo 12, fracción XVII de la misma Ley, que señala como atribuciones de la Corte Suprema de Justicia: "Nombrar los ministros y fiscales de los Tribunales Superiores de los Departamentos..."; en las Bases de Organización Política de la República Mexicana de 1843, se previó la existencia de un fiscal en la Corte Suprema de Justicia, al igual que en los anteriores ordenamientos analizados (art. 116), pero además la existencia de fiscales generales cerca de los tribunales, para los negocios de Hacienda, y los demás que sean de interés público (art. 194).

(167) *Idem*.

En la Constitución de 1857, se incluye la existencia de un Procurador General, además del fiscal, según lo señala el artículo 91 que dice: "La Suprema Corte de Justicia se compondrá de once ministros proleptarios, cuatro supernumerarios, un fiscal y un procurador general".

Fue en 1869, bajo la Presidencia de Benito Juárez, afirma Manuel Rivera Silva en su libro "El Procedimiento Penal", en que surge la Ley de Jurados Criminales para el Distrito Federal, previendo la existencia de tres Promotores o Procuradores Fiscales, representantes del Ministerio Público, pero sin que se reunieran en un solo organismo, sino que su actuación era independiente entre sí; a pesar de su denominación, se siguió la tendencia española, dado que estos funcionarios no integraban un organismo, sino que eran autónomos(168), erigiéndose en parte acusadora, actuando con independencia de la parte ofendida, cuyo objeto era pedir y auxiliar la pronta administración de justicia en nombre de la sociedad y para defender ante los tribunales los intereses de ésta, en base al artículo 21 de la Constitución de 1857, que a la letra preveía: "La aplicación de las penas propiamente tales, es exclusiva de la autoridad judicial. La política o administrativa sólo podrá imponer como corrección hasta quinientos pesos multa o hasta un mes de reclusión, en los casos y modos que expresamente determine la ley".

Por su parte el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 1880, en su artículo 28 prevé que "el Ministerio Público es una Magistratura instituida para pedir y auxiliar la pronta administración de justicia en nombre de la sociedad y para defender ante los tribunales los intereses de ésta, en los casos y por los medios que señalen las leyes", lo cual coloca al Ministerio Público como un simple auxiliar de justicia en lo tocante a la persecución de los delitos, apareciendo el Ministerio Público como miembro de la Policía Judicial, sistema que es seguido por el código adjetivo de 1894, según lo precisa Manuel Rivera Silva en su obra antecitada(169).

3.1.2. RATIO ESSENDI DE SU CREACION

Como lo señala el mismo procesalista Rivera Silva es hasta la Ley Orgánica del Ministerio Público de 1903 en que se logra el avance de la unificación del órgano del Ministerio Público, que es presidido por un Procurador de Justicia, para su debida dirección e

(168) Cfr. RIVERA SILVA, MANUEL, op. cit., p. 59
(169) Ibidem, p. 60

independizándolo de la judicatura, para tomar el carácter de magistratura independiente, que representa a la sociedad, características que son delineadas por el Presidente Porfirio Díaz, al informar: "Uno de los principales objetivos de esta Ley es definir el carácter especial que compete a la institución del Ministerio Público, prescindiendo del concepto que le ha reputado siempre como auxiliar de la administración de justicia. El Ministerio Público es el representante de la sociedad ante los tribunales, para reclamar el cumplimiento de la ley y el restablecimiento del orden social, cuando ha sufrido quebranto. El medio que ejercita por razón de su oficio, consiste en la acción pública; que es por consiguiente una parte y no un auxiliar para recoger todas las huellas del delito y aún de practicar ante sí las diligencias urgentes que tienden a fijar la existencia de éste o de sus autores"(170), con lo cual se le otorgan cuestiones importantísimas como: unicidad, dirección, independencia e institucionalidad, en su calidad de órgano administrativo, dependiendo directamente del Ejecutivo Federal.

La Constitución de 1917, bajo la Presidencia de Venustiano Carranza, hace del Ministerio Público una institución federal, que en su artículo 21 prevé: "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial, la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél..."

Actualmente el artículo 21 Constitucional presenta la siguiente redacción en la parte conducente:

"La imposición de penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato..."

En base a recientes modificaciones a este artículo, se le añadieron tres párrafos como sigue:

(170) *Idem.*

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

La seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, en las respectivas competencias que esta Constitución señala. La actuación de las instituciones policiales se regirá por los principios de legalidad, profesionalismo y honradez.

La Federación, el Distrito Federal, los Estados y Municipios se coordinarán en los términos que la ley señale, para establecer un sistema nacional de seguridad pública".

En materia de seguridad pública, los dos últimos párrafos se refieren a sendas cuestiones de primordial importancia para el combate a la delincuencia y la preservación del Estado de Derecho: a) La profesionalización de los elementos encargados de la seguridad pública, de manera que la población pueda contar con policías profesionales que den respuesta a las demandas de la sociedad y cumplan con la legalidad, honradez y eficiencia requeridos por la norma constitucional, mediante la debida preparación y capacitación, de manera que puedan iniciar con dignidad y limpieza la carrera judicial, lo que obviamente implicará sistemas de selección, y mejoras en sus percepciones, las que deberán ser dignas y de esta forma recuperar el reconocimiento y respeto de la sociedad; y b) La coordinación entre las esferas federal, local y municipal en materia de seguridad pública, buscando la necesaria colaboración entre instituciones policiales, con el propósito fundamental de obtener mayor certidumbre jurídica respecto a todos los habitantes de la República, mediante el establecimiento de medidas tendientes a eficientar la prevención del delito, al debido intercambio de experiencias y datos que coadyuven a la detención de delincuentes organizados, que actúan en perjuicio de la sociedad, en diferentes entidades federativas, concurriendo además a un mejor control de los elementos policiacos y abriendo la pauta para la expedición de leyes que establezcan las bases de la coordinación entre la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los municipios, en materia de seguridad pública y de esta forma llevar un control para el ingreso, selección y promoción del personal (pues se da el caso que un servidor de alguna de las corporaciones policiacas comete infracciones a la ley y

simplemente se traslada a otra entidad federativa y se vuelve a incorporar a una organización policiaca, en lugar diferente de la previa infracción cometida). Por ello la propia reforma otorga una gran participación al Poder Legislativo, en el diseño de un sistema nacional de seguridad pública, que sustentado en políticas y acciones públicas homogéneas y principios de legalidad, honradez, eficiencia y profesionalismo en su actuación, permitan responder a la urgente demanda nacional que exige que el Estado cumpla su función oportuna y auténtica de protección de la integridad física y familiar, así como de los aspectos patrimoniales; todo ello dentro de un respeto irrestricto al sistema federal, que implica competencias federales, locales y municipales, a partir de la ley general que expida el legislador ordinario, como una de las finalidades del Estado Nacional, que también es objetivo respecto a las sus partes integrantes: entidades federativas, en el ámbito local y lo relativo al ámbito municipal, articulando las potencialidades de sus niveles de gobierno, para que con un esfuerzo conjunto se haga frente a la delincuencia, como lo señala el Documento 14, relativo a las discusiones de la LVI Cámara de Diputados, durante los últimos días de 1994.

Cabe señalar que a la fecha del presente trabajo aún no se precisa legalmente la vía por la cual se podrá impugnar el no-ejercicio o desistimiento de la acción penal, conforme lo prevé el cuarto párrafo del artículo 21 constitucional.

De esta forma, sin desconocer sus antecedentes remotos, el Ministerio Público tiene gran influencia francesa, que se manifiesta especialmente en la época del Presidente Díaz, que de ser un órgano sujeto a la organización jurisdiccional de los tribunales, pasa a ser un órgano independiente en sus funciones, y evolucionando con características netamente mexicanas, cada vez mejor definidas, dentro de sus dos ámbitos de competencia: federal y local.

3.1.3. NATURALEZA JURIDICA DEL MINISTERIO PUBLICO

El Ministerio Público es conceptualizado por Héctor Fix-Zamudio en su libro "Ministerio Público" como una "institución unitaria y jerárquica dependiente del organismo ejecutivo, que posee como funciones esenciales la persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal, intervención en otros procedimientos judiciales para la defensa de los intereses

sociales, de ausentes, menores e incapacitados, y finalmente, como consultor y asesor de jueces y tribunales"(171).

El fundamento constitucional del Ministerio Público del orden común son los artículos 21 y 122, Base Quinta, Apartado D, de la Constitución, que a la letra señalan: "La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato", "El Ministerio Público en el Distrito Federal será presidido por un Procurador General de Justicia que será nombrado en los términos que señale el Estatuto de Gobierno, este ordenamiento y la Ley Orgánica respectiva determinarán su organización, competencia y normas de funcionamiento".

Del concepto precitado y de su fundamento Constitucional se derivan tres cuestiones que determinan su naturaleza jurídica: Es un órgano administrativo, que en representación de la sociedad ejerce la acción penal, colaborando de esta forma con las autoridades jurisdiccionales, con objeto de que se preserve el sistema legal, que rige al Estado de Derecho.

3.1.3.1. ES UN ORGANO ADMINISTRATIVO.

Esta es su principal característica, toda vez que depende jerárquicamente de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, y ésta a su vez orgánica y presupuestalmente depende del Gobierno del Distrito Federal, y que por mandato de la ley se constituye en autoridad investigadora y persecutoria durante la averiguación previa, para resolver discrecionalmente si procede o no el ejercicio de la acción penal.

3.1.3.2. ES UN REPRESENTANTE DE LA SOCIEDAD.

Guillermo Colín Sánchez en su obra "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales" afirma que se trata de un representante de toda la sociedad, en el ejercicio de las acciones penales, en base a que el Estado le otorga el derecho para ejercer la tutela jurídica general, para que de esta forma persiga judicialmente a quien atente contra la seguridad y el normal desenvolvimiento de la sociedad(172).

(171) FID ZAMUDIO, HECTOR, "MINISTERIO PUBLICO". La Función Constitucional del Ministerio Público. Tezcas y Problemas de la Administración de Justicia en México, UNAM, México, 1982, p. 68

(172) Cfr. COLIN SANCHEZ, GUILLERMO, op. cit., pp. 90-91

Al efecto cabe precisar que el procesalista García Ramírez en su libro citado al calce refuta el hecho que el Ministerio Público represente a la sociedad, sino que sostiene que dicha institución representa al Estado(173), cabe recordar que siendo la población un elemento constitutivo del Estado, es lógica consecuencia que es tanto interés de éste como de sus elementos integrantes que se preserve el clima de legalidad que permita la pacífica convivencia.

3.1.3.3. COMO COLABORADOR JURISDICCIONAL.

La función del Ministerio Público ha sido calificada por algunos estudiosos de cuasijurisdiccional, entre ellos los procesalistas Guillermo Colín Sánchez y Silva Silva, así como el jurista Ignacio Burgoa Orihuela, toda vez que implica una decisión a nivel de la fase de averiguación previa, al determinar el ejercicio o abstención de la acción procesal penal. Además, que al revisar si se integraron o no los elementos del tipo y la probable responsabilidad para determinar el ejercicio o abstención de la acción procesal penal, aligera la carga de los ya de por sí sobrecargados juzgados penales, al constituir un filtro respecto de las peticiones de aplicación de justicia penal que le someten los particulares, toda vez que la tramitación del proceso que conlleva a resolver respecto de la imposición de las penas, al través de la sentencia, es competencia exclusiva del Ministerio Público, por mandato constitucional del precitado artículo 21.

3.1.4. ESTRUCTURA, ORGANIZACION Y COMPETENCIA

Con base en los artículos 73 fracción VI y 122, Base Quinta, Apartado D de nuestra Constitución, en el pasado mes de abril de 1996 se reformó la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del D.F., precisando que el objeto de esta Ley es organizar la Procuraduría para el despacho de los asuntos que competen al Ministerio Público en base a nuestra Carta Magna y el Estatuto de Gobierno del D.F. (art.1o. LOPGJDF).

La institución del Ministerio Público queda bajo la titularidad y hegemonía del Procurador, y que puede ejercer por sí o por conducto de sus agentes o auxiliares (si se trata de atribuciones delegables), dentro de un espíritu tendiente a conformar el marco jurídico necesario para la modernización de la Procuraduría, a fin de que cumpla con su finalidad primigenia que es la de ser garante de la legalidad, como uno de los intereses más altos de la (173) Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, "DERECHO PROCESAL PENAL", op. cit., p. 251

sociedad, en el ámbito de la procuración de justicia, dentro de un Estado de Derecho como el nuestro, que en el aspecto procedimental implica la observancia de las garantías fundamentales de todos los mexicanos y el fortalecimiento de las instituciones jurídicas, tendiente al combate frontal a la delincuencia a través de la profesionalización de los servidores públicos, en particular de la institución del Ministerio Público y de sus auxiliares, para lograr un cambio de actitud en ellos, basado en una auténtica vocación de servicio y en principios de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez, dentro del marco del Sistema Nacional de Seguridad Pública, en términos del artículo 21 constitucional.

De esta forma se le otorgan nuevas atribuciones a cargo de dicha Procuraduría, como lo es ampliar su competencia en la vigilancia de la legalidad, de la política criminal y de la prevención del delito, sus atribuciones en materia de derechos humanos y de atención a las víctimas, su intervención como órgano conciliatorio en delitos de querrela y en cuestiones familiares, además de facultades para visitar reclusorios, a fin de verificar la debida ejecución de las sanciones penales; se establece el servicio civil de carrera para agentes del Ministerio Público, de la Policía Judicial y Servicios Periciales de la Institución, precisando los requisitos que deben satisfacer para su ingreso, en particular por lo que se refiere a sus antecedentes, calidad moral y jurídica, así como no padecer dependencia de fármacos o de alcoholismo.

Por lo que se refiere a su estructura, el artículo 2o. del Reglamento a la citada Ley Orgánica de la Procuraduría del Distrito Federal señala que "...para el ejercicio de sus atribuciones, funciones y despacho de los asuntos de su competencia, se integrará con las siguientes Unidades Administrativas:

- Tres Subprocuradurías: "A", "B" y "C";
- Una Subprocuraduría Jurídica y de Derechos Humanos;
- Una Subprocuraduría de Atención a Víctimas y Servicios a la Comunidad;
- Una Oficialía Mayor;
- Una Contraloría Interna;
- Visitaduría General;
- Coordinación de Agentes del Ministerio Público Auxiliares del Procurador;
- Coordinación de Investigación de Robo de Vehículos;

- Supervisión General de Derechos Humanos;
- Direcciones Generales "A", "B" y "C" de Consignaciones;
- Dirección General de Asuntos Especiales y Relevantes del Procedimiento Penal;
- Dirección General de Asuntos de Menores e Incapaces;
- Dirección General de Atención a Víctimas del Delito;
- Dirección General de Control de Procesos Penales;
- Direcciones Generales Investigadoras de Delitos contra la Seguridad de las Personas, las instituciones y la administración de justicia; de delitos contra el honor, responsabilidad profesional y relacionados con servidores públicos; de delitos patrimoniales no-violentos; de delitos patrimoniales no-violentos relacionados con instituciones del sistema financiero; de delitos sexuales; de homicidios; de robo a bancos y de delincuencia organizada; de robo a negocios y prestadores de servicios y de robo a transporte;
- Dirección General Jurídico Consultiva;
- Direcciones Generales del Ministerio Público en lo Civil y en lo Familiar;
- Dirección General de Normatividad y Control Operativo Técnico Penal;
- Dirección General de la Policía Judicial;
- Dirección General de Política y Estadística Criminal;
- Dirección General de Prevención del Delito;
- Dirección General de Programación, Organización y Presupuesto;
- Dirección General de Recursos Humanos;
- Dirección General de Recursos Materiales y Servicios Generales;
- Dirección General de Servicios a la Comunidad;
- Dirección General de Servicios Periciales;
- Dirección General de Tecnología y Sistemas Informáticos;
- Unidad de Comunicación Social;
- Organos Desconcentrados;
- Albergue temporal, delegaciones e Instituto de Formación Profesional.

En consecuencia, existen atribuciones propias y exclusivas de la Procuraduría y las que se refieren propiamente al procedimiento penal, aunque para todos los efectos legales son agentes del Ministerio Público: el propio Procurador, los Subprocuradores, el Contralor Interno, el Visitador General, los Coordinadores, el Supervisor General de Derechos Humanos

y los Directores Generales cuyas Unidades a su cargo realicen funciones en materia de averiguaciones previas, consignaciones y control de procesos, así como los Directores Generales de asuntos de Menores e Incapaces, Jurídico Consultivo, del Ministerio Público en lo Civil y lo Familiar, de Atención a Víctimas del Delito, igual que los Delegados, Subdelegados, Directores y Subdirectores de Area, Jefes de Unidad Departamental y demás servidores públicos que estén adscritos a los señalados anteriormente y cuyas funciones así lo requieran.

Cabe señalar que la Procuraduría, administrativamente, además cuenta con sus propias delegaciones, que tienen el carácter de órganos desconcentrados por territorio, con autonomía técnica y operativa, cuyos titulares están subordinados al Procurador, y con los funcionarios encargados de averiguaciones previas, Policía Judicial, Servicios Periciales, Ministerios Públicos auxiliares en materia de reserva, no ejercicio de la acción penal, así como lo relativo a control de procesos, vigilancia del respeto de los derechos humanos, servicios a la comunidad, atención a víctimas u ofendidos, seguridad pública, política criminal y demás servicios administrativos, en términos de las disponibilidades presupuestarias de la propia Procuraduría (art. 18 LOPGJDF).

En el aspecto interno, la Agencia Investigadora cuenta con un Agente del Ministerio Público, un Oficial Secretario y un Oficial Mecnógrafo, pudiendo variar el número de los dos últimos, según las cargas de trabajo.

La competencia del Ministerio Público está regulada tanto en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, como en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. En el artículo 2o. del código adjetivo penal, señala que corresponde al Ministerio Público el ejercicio exclusivo de la acción penal, la cual tiene por objeto:

- a. Pedir la aplicación de las sanciones establecidas en las leyes penales, y
- b. Pedir la reparación del daño en los términos establecidos en el Código Penal.

En tanto que el artículo 2o. de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal le otorga, en su carácter de representante social, atribuciones que deberá ejercer por conducto de su titular o de sus agentes auxiliares, y que son las siguientes:

- I.- Perseguir los delitos del orden común cometidos en el Distrito Federal;
- II.- Velar por la legalidad y por el respeto de los derechos humanos en la esfera de su competencia, así como promover la pronta, completa y debida impartición de justicia;
- III.- Proteger los derechos e intereses de los menores, incapaces, ausentes, ancianos y otros de carácter individual o social, en general, en los términos que determinen las leyes;
- IV.- Realizar estudios, formular y ejecutar lineamientos de política criminal y promover reformas que tengan por objeto hacer más eficiente la función de seguridad pública y contribuir al mejoramiento de la procuración e impartición de justicia;
- V.- Las que en materia de seguridad pública le confiere la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal;
- VI.- Participar en la instancia de coordinación del Distrito Federal en el Sistema Nacional de Seguridad Pública, de acuerdo con la Ley y demás normas que regulen la integración, organización y funcionamiento de dicho Sistema;
- VII.- Realizar estudios y desarrollar programas de prevención del delito en el ámbito de su competencia;
- VIII.- Proporcionar atención a las víctimas o los ofendidos por el delito y facilitar su coadyuvancia;
- IX.- Promover la participación de la comunidad en los programas de su competencia, en los términos que los mismos señalen;
- X.- Auxiliar a otras autoridades en la persecución de los delitos de la competencia de éstas, en los términos de los convenios, bases y demás instrumentos de colaboración celebrados al efecto, y
- XI.- Las demás que señalen otras disposiciones legales.

En particular, en la etapa de la averiguación previa le compete al Ministerio Público, en base a sus funciones:

I.- Recibir denuncias o querrelas sobre acciones u omisiones que puedan constituir delito;

II.- Investigar los delitos del orden común con la ayuda de los auxiliares a que se refiere el artículo 23 de esta Ley, y otras autoridades competentes, tanto federales como de las entidades federativas, en los términos de los convenios de colaboración;

III.- Practicar las diligencias necesarias para la acreditación de los elementos del tipo penal del delito y la probable responsabilidad que corresponda, así como para la reparación de los daños y perjuicios causados;

IV.- Ordenar la detención y, en su caso, la retención de los probables responsables de la comisión de delitos en los términos previstos por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

V.- Asegurar los instrumentos, huellas, objetos y productos del delito, en los términos que señalen las normas aplicables;

VI.- Restituir provisionalmente y de inmediato al ofendido en el goce de sus derechos, siempre y cuando no se afecte a terceros y estén acreditados los elementos del tipo penal del delito de que se trate y, en caso de considerarse necesario, ordenará que el bien se mantenga a disposición del Ministerio Público, exigiendo el otorgamiento de garantías que, de ejercitarse la acción penal, se pondrán a disposición del órgano jurisdiccional;

VII.- Conceder la libertad provisional a los indiciados, en los términos previstos por la fracción I y el penúltimo párrafo del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

VIII.- Solicitar al órgano jurisdiccional las órdenes de cateo y las medidas precautorias de arraigo y otras que fueren procedentes, en los términos de lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

IX.- Promover la conciliación en los delitos perseguibles por querrela;

X.- Determinar el no-ejercicio de la acción penal, cuando:

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

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

XI.- Poner a disposición del Consejo de Menores, a los menores de edad que hubieren cometido infracciones correspondientes a ilícitos tipificados por las leyes penales;

XII.- Poner a los inimputables mayores de edad a disposición del órgano jurisdiccional, cuando se deban aplicar medidas de seguridad, ejercitando las acciones correspondientes, en los términos establecidos en las normas aplicables, y

XIII.- Las demás que establezcan las normas aplicables.(art. 3 LOPGJDF)

3.1.5. PRINCIPIOS QUE INSPIRAN LA ACTUACION DEL MINISTERIO PUBLICO

Los principios que inspiran la actuación del Ministerio Público tienen por objeto una eficaz, correcta y confiable actuación de esta institución y son los siguientes:

3.1.5.1. PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Este principio, que engloba a todos los anteriores, significa que en todo caso debe ajustarse a lo señalado en la norma, respetando y haciendo que se respeten las garantías individuales consagradas en la Constitución, en particular las previstas en los artículos 14 y 16 de nuestra Carga Magna, sin atender a la utilidad o perjuicio que pueda ocasionarse con el ejercicio de la acción penal.

3.1.5.2. PRINCIPIOS DE UNIDAD Y JERARQUIA.

Según afirma el procesalista García Ramírez en su obra citada al calce, este principio implica la indivisibilidad de la institución, dado que quienes la integran no son mas que una prolongación de su titular(174), toda vez que están bajo su autoridad directa e inmediata, pues la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal es la dependencia en la que se integra la institución del Ministerio Público, como lo analizamos en páginas anteriores (art. lo. LOPGJDF), por lo que, aunque varios de sus elementos intervengan en un asunto (o hubiere cambio de personal), esto no tiene trascendencia, porque quien verdaderamente actúa es la institución, y el hecho de separar a la persona física de la institución específica, no afecta o menoscaba lo actuado.

(174) Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, "DERECHO PROCESAL PENAL", op. cit., p. 269

Además, el principio de unidad implica que el Ministerio Público es una institución organizada jerárquicamente, como vimos anteriormente, bajo la dirección y estricta responsabilidad del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, en quien residen las funciones y los titulares de las agencias investigadoras actúan por delegación del mismo y del cual reciben instrucciones y tienen la obligación de acatarlas, dado que la acción y el mando en esa materia es competencia exclusiva del Procurador.

3.1.5.3. PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD.

Este principio tiene como fundamento el artículo 262 del código adjetivo penal, que señala que "Los agentes del Ministerio Público y sus auxiliares, de acuerdo a las órdenes que reciban de aquéllos, están obligados a proceder de oficio a la averiguación de los delitos del orden común de que tengan noticia. La averiguación previa no podrá iniciarse de oficio en los casos siguientes: I. Cuando se trate de delitos en los que solo se pueda proceder por querrela necesaria, si no se ha presentado ésta, y II. Cuando la ley exija algún requisito, y éste no se ha llenado".

Esto significa que una vez excitado el Ministerio Público por la iniciativa de las partes al presentar su acusación, denuncia o querrela, esta institución no requiere de otro trámite para recabar de propia autoridad todas aquellas pruebas que sean necesarias para reunir los elementos del tipo y la probable responsabilidad dentro de la averiguación previa, para su debida consignación al juez penal, o en su defecto, si no se reúnen dichos elementos, decretar su archivo o reserva.

3.1.5.4. PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD.

Este principio tiene como fundamento el artículo 265 del código adjetivo señala que "Al iniciar sus procedimientos, el Ministerio Público o la Policía Judicial, se trasladarán inmediatamente al lugar de los hechos, para dar fe de las personas y las cosas a quienes hubiere afectado el acto delictuoso, y tomarán los datos de las que lo hayan presenciado, procurando que declaren, si es posible, en el mismo lugar de los hechos, y citándolas en caso contrario, para que dentro del término de veinticuatro horas comparezcan a rendir su declaración".

Significa que el Ministerio Público debe tener la suficiente presteza para acudir de inmediato al lugar del crimen a recoger cualquier indicio, vestigio, huella o información de testigos que le sirva para su función investigadora del delito, con la cooperación de los órganos auxiliares, haciendo uso de su fe ministerial, con la debida oportunidad, para que no desaparezcan natural o intencionalmente las pruebas de la consumación y pueda dificultarse la investigación.

3.1.5.5. PRINCIPIO DE INDIVISIBILIDAD.

Este principio proviene asimismo del supuesto de la institucionalidad del Ministerio Público, como lo señala el jurista García Ramírez en su obra citada al calce, dado que los titulares de las agencias investigadoras no actúan a nombre propio, sino exclusiva y precisamente en el de la institución⁽¹⁷⁵⁾, a lo que añade Jorge Alberto Silva Silva en su libro "Derecho Procesal Penal" que y aún cuando conozcan de un asunto varios titulares de agencias investigadoras y el hecho de que alguno fuese separado de su cargo, ello no es causa de que se afecte o menoscabe lo actuado, en vista de que todos los funcionarios que trabajan en lo mismo tienen idénticas facultades y poderes, toda vez que lo que cuenta es la función y no la persona física que la desempeña⁽¹⁷⁶⁾.

3.1.5.6. PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA.

Al efecto sostiene el procesalista Silva Silva que aunque se ha afirmado que existe dependencia de la institución (respecto del Ejecutivo) la independencia se refiere a la autonomía de la institución frente a cualquier otro órgano de gobierno, básicamente frente al poder judicial y frente al poder ejecutivo ⁽¹⁷⁷⁾

Este principio es aplicable en cuanto a sus funciones, las cuales son independientes de las actividades del Poder Judicial, por pertenecer al Poder Ejecutivo, en base a la división tripartita de poderes prevista en nuestra Constitución Federal y de ser un órgano dependiente del Ejecutivo del Distrito Federal, a pesar de ello, en el ejercicio de tales facultades debe tener presente la imparcialidad, como eje rector de sus resoluciones y como límite de ellas, el principio de legalidad.

(175) Idem -

(176) Cfr. SILVA SILVA, JORGE ALBERTO, op. cit., p. 166

(177) Cfr. SILVA SILVA, JORGE ALBERTO, op. cit., p. 167

3.1.5.9. PRINCIPIO DE IRRECUSABILIDAD.

El artículo 54 de la citada Ley Orgánica prevé "Los agentes del Ministerio Público y los oficiales secretarios no son recusables pero deben excusarse del conocimiento de los asuntos en que intervengan cuando exista alguna de las causas de impedimento que la ley señala en los casos de magistrados y jueces del orden común".(*)

3.1.6. FUNCIONES DEL MINISTERIO PUBLICO EN LA AVERIGUACION PREVIA

Con fundamento en lo anteriormente dicho, y en particular lo preceptuado por el artículo 21 constitucional que prevé "...La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, las funciones de esta institución consisten en:

3.1.6.1. FUNCION PERSECUTORIA DE LOS DELITOS

El procesalista Manuel Rivera Silva en su libro "El Procedimiento Penal" señala que la función persecutoria "...como su nombre lo indica, consiste en perseguir los delitos o lo que es lo mismo, en buscar y reunir los elementos necesarios y hacer las gestiones pertinentes para procurar que a los autores de ellos se les apliquen las consecuencias establecidas en la ley", y añade "De esta manera, la función persecutoria se vislumbra un contenido y una finalidad íntimamente entrelazados: el contenido, realizar actividades necesarias para que el autor de un delito no evada la acción de la justicia; la finalidad, que se aplique a los delincuentes las consecuencias fijadas en la ley (sanciones)(177).

Esta gran función abarca a su vez las actividades de investigación, prueba, determinación, y representación social, como sigue:

(*) Existen diversos criterios en torno a los principios que rigen la actuación del Ministerio Público del Distrito Federal, así García Ramírez le fija como principios: unicidad o jerarquía, indivisibilidad, independencia, irrecusabilidad e irresponsabilidad; por su parte Colín Sánchez le fija cuatro principios: jerarquía, indivisibilidad, independencia e irrecusabilidad; por su parte Silva Silva divide a tales principios en dos clases: a) Los que atañen a la promoción de la acción penal (legalidad, imprescindibilidad, discrecionalidad u oportunidad y b) los que atañen a su funcionamiento (unicidad, indivisibilidad, independencia, insustituibilidad e irrecusabilidad).

3.1.6.2. FUNCION INVESTIGADORA

Añade el maestro Rivera Silva, que esta actividad investigadora entraña una labor de auténtica averiguación; de búsqueda constante de las pruebas que acrediten la existencia de los delitos y la responsabilidad de quienes en ellos participan(178).

Por lo que durante esta actividad el órgano investigador debe proveerse de las pruebas necesarias para poder comprobar la existencia de los delitos y poder estar en aptitud de comparecer ante los tribunales (determinación de la acción penal), para pedir la aplicación de la ley, y para la satisfacción de las necesidades de carácter social. Esta actividad está regida por el principio de oficiosidad, toda vez que para la búsqueda de pruebas, hecha por el órgano encargado de la investigación, no se necesita la calidad de parte, aún en aquellos delitos perseguibles por querrela de parte, por lo que el órgano investigador, oficiosamente debe llevar a cabo la búsqueda de los elementos de convicción, aunque en el caso de que este órgano estime inoportuno hacerla, toda vez que debe sujetarse a los preceptos fijados en la ley(principio de legalidad)(179). añade el procesalista Rivera Silva.

3.1.6 3. FUNCION PROBATORIA.

Función que consiste en la necesidad que oportunamente y sujetándose en todo a la ley y sin merma de las garantías individuales, con la colaboración directa de la Policía Judicial, se avoque a la reunión de las pruebas suficientes que acrediten los elementos del tipo y la probable responsabilidad, para elaborar, motivar y fundamentar la consignación, o en su caso decretar el no ejercicio de la acción penal y su archivo, como se precisa en el artículo 94 del código adjetivo y subsiguientes, para el caso de vestigios o pruebas materiales de la perpetración del delito, que deberán ser recogidas por el Ministerio Público en la inspección ministerial, o por la Policía Judicial, en su caso, y puestas a buen recaudo, además de la constancia y descripción de éstas y de las circunstancias de tiempo, lugar y ocasión en que se encontraron, que debe contenerse en el acta que al efecto se levante; o bien mediante el auxilio de peritos para el caso que las circunstancias de la persona o cosa no puedan apreciarse debidamente por un lego en la materia respectiva; la inspección ocular, que debe anexar el Ministerio Público al expediente de la averiguación y en su caso anexión del plano del lugar y fotografías del mismo, o bien de las personas víctimas del delito, la promoción de la declaración de testigos, y todo aquello que conduzca al esclarecimiento de los hechos, para lo cual es importantísimo el principio de oportunidad. La función investigadora se diferencia de la (178) Cfr. RIVERA SILVA, MANUEL, op. cit., p. 42 (179) Ibidem, pp.42-43

probatoria en que la investigación es la búsqueda de pruebas o indicios y la segunda es la confirmación de ese hallazgo, refiriéndose a datos o hipótesis que le fueron aportados o que elaboró, apoyándose en las constancias.

3.1.6.4. FUNCION DETERMINADORA.

Esta función es en sí la resolución respecto al ejercicio de la acción procesal penal, o su abstención, en que se prevé la facultad en abstracto del Estado, como representante de la sociedad organizada, de velar por la armonía social y de reprimir todo lo que atente contra la vida común, por lo que si llega a conocer de la comisión de un hecho delictuoso, surge el derecho y la correlativa obligación por parte del Estado de perseguirlo y una vez comprobado, a través de la actividad probatoria antecitada, verificar la plena existencia de éste y de la culpabilidad de quien o quienes son sus autores, se reclame la aplicación de la ley, ante una autoridad jurisdiccional, para que a través del debido proceso aplique la ley general al caso concreto, que implica el acto de la consignación, o sea el ejercicio del monopolio que esta institución tiene de la acción procesal penal.

3.1.6.5. FUNCION DE REPRESENTACION SOCIAL

Esta función del Ministerio Público, en tanto institución dependiente del Poder Ejecutivo y que actúa en representación del interés social, se da en dos ámbitos; tanto en el ejercicio de la acción penal, como en la tutela social, en todos los casos que le asignan las leyes, para aquellos asuntos en los que es voluntad del Estado manifestarse para la protección de ciertos intereses colectivos o cuando éstos mismos requieren, dada su naturaleza y trascendencia, de una tutela especial, para lo cual se le señalan atribuciones en su carácter de representante social.

3.1.7 DIVERSAS FORMAS EN QUE OPERAN LAS AGENCIAS DEL MINISTERIO PUBLICO EN EL DISTRITO FEDERAL

Osoño y Nieto señala que "La Agencia Investigadora del Ministerio Público es la dependencia de la Procuraduría que tiene como funciones recibir denuncias, acusaciones o querrelas; iniciar las averiguaciones previas correspondientes; practicar las diligencias que procedan y resolver las situaciones jurídicas planteadas, determinando en su oportunidad lo conducente, ajustándose estrictamente a derecho"**(180)**.

(180) OSOÑO Y NIETO, CESAR AUGUSTO, op. cit., p. 44

En términos de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal se prevé como base de su organización que "La Procuraduría estará a cargo del Procurador, titular de la institución del Ministerio Público, quien ejercerá autoridad jerárquica sobre todo el personal de la institución". Además señala que la Procuraduría contará con delegaciones que tendrán el carácter de órganos desconcentrados por territorio, con autonomía técnica y operativa y cuyos titulares estarán subordinados al Procurador (art. 18 primer párrafo LOPGJDF) y de conformidad con las necesidades del servicio, el Procurador podrá establecer las delegaciones y agencias del Ministerio Público que se requieran, de acuerdo con las disponibilidades presupuestales (art. 18 último párrafo LOPGJDF).

Además, como un fenómeno de la desconcentración administrativa, han surgido las Mesas Investigadoras (antiguas Mesas de Trámite), que tienen teóricamente las mismas funciones que la Agencia Investigadora, pero que por costumbre o por disposiciones internas del Procurador, son las que en general continúan las averiguaciones previas sin detenido que les turnen las agencias investigadoras, una vez practicadas las diligencias primordiales; ello sin perjuicio de que, en su caso, también puedan recibir averiguaciones previas directamente, en el caso de que no haya detenido.

Dentro de las reformas al Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría, bajo un criterio de especialización por incidencia delictiva y como un esfuerzo por abatir la impunidad y elevar cualitativamente el nivel técnico de las averiguaciones previas que se tramiten en estas Unidades Administrativas Especializadas, sea a través de su titular o de los agentes del Ministerio Público dependientes de ellas, han surgido los siguientes organismos:

(*) Cabe hacer notar que no todos los autores coinciden con las funciones del Ministerio Público: García Ramírez le señala como funciones la persecución de delitos del fuero común, custodia de la legalidad, promoción de la pronta, expedita y debida procuración y administración de justicia, la protección de intereses de menores e incapaces y cuidado de la correcta aplicación de medidas de política criminal, en la esfera de su competencia; Colín Sánchez solo añade en el caso de la protección de los intereses de menores e incapaces, los individuales y sociales en general, en los términos que determinen las leyes; Silva Silva le fija como funciones: instrucción administrativa, auxilio a víctimas, aplicación de medidas cautelares, la de parte accionante o requirente, el de ser órgano cuasijurisdiccional, consultor u opinador, la vigilancia o fiscalización (p.e. en cuestiones de controversias competenciales) y la de vigilancia o fiscalización (respecto a la efectiva ejecución de la sentencia) es importante señalar que estas funciones han sido rebasadas en mucho por la reciente reforma a la LOPGJDF y su reglamento respectivo.

3.1.7.1. LA COORDINACION DE INVESTIGACION DE ROBO DE VEHICULOS

A esta unidad administrativa, a cuyo frente se encuentra un Coordinador, le fue dada la calidad de coordinación dada la gran alarma social que ha asumido este tipo de conductas, por la gran incidencia o reiteración con que se vienen cometiendo. Cabe mencionar que aquí son de gran aplicatividad los convenios de colaboración entre unidades federales previstos en la última parte del artículo 119 constitucional como en la fracción XII del artículo 14 del RLOPGJDF, que faculta a dichos funcionarios para "Solicitar al Ministerio Público Federal o de las entidades federativas, el auxilio o colaboración para la práctica de diligencias de averiguación previa, las demás disposiciones aplicables y los convenios de colaboración que suscriban las respectivas procuradurías, también se le faculta para proponer al Procurador la celebración de bases y convenios de colaboración con otras autoridades e instrumentos de concertación con personas físicas y morales de los sectores social y privado, tendientes al abatimiento y prevención de este tipo delictivo (fracción XXI del art. 14 RLOPGJDF), sin perjuicio de la concertación de programas de cooperación con instituciones y entidades extranjeras para la prevención de la comisión de estos actos delictivos.

Asimismo es un gran avance lo previsto en la fracción XVI (del art. 14 RLOPGJDF) respecto al establecimiento y actualización del banco de datos que contenga información sobre áreas geográficas, delincuentes, bandas organizadas y modus operandi, que debe estar a disposición de la Dirección General de Política y Estadística Criminal para la proyección y aplicación de políticas preventivas ante la enorme incidencia de su comisión.

3.1.7.2. DIRECCION GENERAL DE MENORES E INCAPACES

Esta Dirección General tiene a su cargo el apoyo del albergue temporal de la Procuraduría y la coordinación con las instituciones públicas o privadas que prestan asistencia a menores e incapaces, velar por sus intereses, en particular cuando se originare un conflicto que redunde en daño o peligro de daño para ellos, sea durante la averiguación previa, la consignación o el proceso penal, sean o no parte del proceso, también se le faculta para localizar a menores que sean objeto de tráfico, tanto nacional como internacional. Está orientada a otorgarles protección tanto durante el término necesario en tanto se les otorga la patria potestad en términos del Derecho Civil, o se les remite a un órgano tutelar que se encargue de ellos.

Pero también tiene a su cargo las agencias del Ministerio Público encargadas de conocer de conductas de menores infractores, caso en el cual, de acreditarse la comisión de la infracción y su participación en la misma, consignar al menor ante el Consejo de Menores.

Lo que significa que la competencia se da en dos sentidos, por una parte como un órgano tutelar de menores incapaces y por otro, el de un órgano investigador, persecutor y consignador de conductas infractoras de menores.

3.1.7.3. DIRECCIONES GENERALES INVESTIGADORAS

Es en estas direcciones donde verdaderamente se observa un criterio de especialización, en particular por la reiteración de índices delictivos, como es el caso de delitos contra la seguridad de las personas, las instituciones y la administración de justicia; contra el honor, responsabilidad profesional y relacionados con servidores públicos; patrimoniales no-violentos; patrimoniales no-violentos relacionados con el sistema financiero; delitos sexuales; homicidios; robo a bancos o delincuencia organizada; robo a negocios y prestadores de servicios y robo a transporte. Lo que significa que los tipos delictivos que no caigan en estos supuestos serán competencia de las agencias del Ministerio Público no especializadas, por lo demás se receptan las atribuciones generales que se otorgan a cualquier agencia del Ministerio Público para la investigación y acreditación de los elementos del tipo y la probable responsabilidad y garantía de sus derechos inalienables, consignados en la Constitución y el resto de la normatividad penal.

3.1.7.4. DIRECCION GENERAL DE ASUNTOS ESPECIALES Y RELEVANTES

En este supuesto la fracción I prevé la atribución directa del Director General y de los agentes del Ministerio Público adscritos para intervenir en los procesos penales que les sean turnados por sus superiores jerárquicos y que por su relevancia, complejidad o impacto social requieran especial cuidado legal, promoviendo las diligencias orientadas a comprobar los elementos que integran el tipo penal del delito, la responsabilidad penal de los inculcados y la

reparación de los daños y perjuicios y de cuyo contenido se desprende que tales funcionarios intervendrán tanto en las diligencias de averiguación previa como durante la primera y segunda instancia del proceso, lo que significa que dejan fuera la intervención del Ministerio Público adscrito al juzgado o sala penal, para ejercer la atracción durante la averiguación previa, como en el proceso que se ventile ante el juzgado o la sala penal del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal.

Cabe precisar que muchos de los ilícitos previstos como de la competencia de estas direcciones investigadoras están relacionados con la Ley Federal de la Delincuencia Organizada, como es el caso del asalto, (arts. 286 y 287 CP), secuestro (art.366 CPP), tráfico de menores (art.366-ter) y robo de vehículos (art. 381-Bis), según lo señala el artículo 2o., fracción V, de la ley en comento.

3.1.8 LIBROS DE CONTROL INTERNO DE LAS AGENCIAS DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Por lo que se refiere a los controles internos que lleva la agencia investigadora, podemos señalar los libros que, por razones de orden práctico se llevan y en donde se hacen registros, con objeto de contar con un sistema que limite la posibilidad de incurrir en irregularidades o aún en responsabilidades, como son:

3.1.8.1. LIBRO DE GOBIERNO.

Es donde se registran, como lo señala César Augusto Osorio y Nieto en su libro "La Averiguación Previa", por orden consecutivo y cronológico las averiguaciones que se tramitan en el turno correspondiente, en todo caso anotando los nombres, apellidos y cargos del personal de guardia, además, en forma de columna, se anotan los siguientes datos: número de la averiguación -sea continuada, relacionada o directa- este número se integra con el de la agencia investigadora, el número consecutivo que le corresponde secuencialmente, el año y mes, además se asienta la hora de apertura de guardia en las continuadas, o la hora de inicio en las demás; el probable delito, la forma de su comisión, el lugar de los hechos y hora de comisión; el nombre del denunciante u ofendido; el nombre del indiciado y su apodo (en su caso) y el trámite que se le da(181), con objeto de que el turno tenga una visión rápida de las cuestiones que están pendientes en dicha agencia.

(181) Ibidem, p. 49

3.1.8.2. LIBRO DE ENTREGA DE GUARDIA.

Este libro se asemeja a un inventario, en que el turno saliente informa de las actividades, así como del mobiliario y equipo que entrega, en particular su estado de funcionamiento, con objeto que el personal del turno entrante quede perfectamente enterado que recibe completo el mobiliario y, en su caso, de la descompostura o fallas del equipo electrónico, asentando los nombres de quien entregó la guardia y del que la reciba, para efecto de deslindar responsabilidades.

3.1.8.3. LIBRO DE PENDIENTES.

Este libro es usado para el caso de que hubiere sido necesario que el indiciado pasara a "área cerrada", señalando el nombre del indiciado, el número de la averiguación previa y el probable delito que se le imputa, según señala el autor Osorio y Nieto(182).

3.1.8.4. LIBRO DE CONTROL DE VEHICULOS.

Este libro es donde se registran los vehículos que estuvieron o estarán a disposición del Ministerio Público, identificándolos con precisión, en su marca, modelo, color estado en que se encuentran y su relación con la averiguación previa.

3.1.8.5. LIBRO DE POLICIA JUDICIAL.

En este libro es donde se enlista el personal de esta dependencia adscrito, según afirma César Augusto Osorio y Nieto en su obra citada, donde se señalará la hora de entrada y salida, y en este último caso, el motivo de su egreso, y el de la averiguación que motivó la diligencia que ocasionó su salida, la hora en que salió y aquella en que regresa(183). A la vez la propia Policía Judicial lleva sus controles internos, como se desprende del artículo 278 del Código de Procedimientos Penales, que a la letra dice "En las oficinas de la Policía Judicial se llevarán los libros necesarios para dar entrada a los asuntos que se tramiten, y se formará expediente con copia de cada acta y con los demás documentos que se reciban, dejando copia de estos últimos cuando fuere necesaria la remisión de los originales".

3.1.8.6. LIBRO DE CONTROL DE PERSONAL (de la Agencia Investigadora).

Este libro deberá reunir los mismos datos que en el inciso anterior.

(182) *Idem*

(183) *Ibidem*, p. 50

3.1.8.7. LIBRO DE CONSIGNACIONES.

Señala el autor Osorio y Nieto en su libro citado que es aquí donde se registran las averiguaciones previas que, al llenar los requisitos de elementos del tipo y probable responsabilidad, dieron origen al ejercicio de la acción penal, fijando con precisión el número de la averiguación previa, el probable delito, el nombre del denunciante o querellante, el del probable responsable, el juzgado a que se remite la averiguación, así como el día y hora de remisión(184).

3.1.8.8. LIBRO DEL SERVICIO MEDICO

En este libro, según lo precisa el autor Osorio y Nieto en su obra citada, es donde se relacionan el número de intervenciones realizadas por el médico legista adscrito, llevadas a cabo a solicitud de la Agencia Investigadora, donde se debe anotar, según el caso, el nombre de la persona que fue dictaminada, la averiguación previa que se le relacione, la hora en que se le dictaminó y el resultado del dictamen, sea de integridad física, estado psicofísico, o bien en casos especiales el examen andrológico o ginecológico, entre otros(185).

3.1.8.9. OTROS LIBROS, según indicaciones que determine la práctica y que señale la Procuraduría, según disposiciones especiales.

Todos los libros se cierran al concluir las labores del turno saliente, anotando en todo caso nombres y cargos de quien entrega, así como el turno al que pertenece, y además nombres, cargos y turno de quien recibe la respectiva guardia.

3.1.9. UNIDADES DE APOYO DEL MINISTERIO PUBLICO.

Por la destacada función que le atribuye el artículo 21 constitucional al Ministerio Público en la persecución de los delitos, ello implica, como vimos con anterioridad, funciones investigadoras y probatorias, para poder estar en aptitud de realizar la función acusadora, lo que hace imprescindible que cuente con personal de apoyo técnico que le permita reunir tanto los requisitos de procedibilidad como, una vez excitado, proveerse de los elementos de prueba para poder ejercer conforme a derecho la acción penal o determinar en su caso el archivo del asunto sometido a su conocimiento, por lo que la propia Ley Orgánica de la Procuraduría

(184) Idem
(185) Idem.

General de Justicia del Distrito Federal le asigna como auxiliares directos a la Policía Judicial y a los Servicios Periciales, que a su vez son sendas direcciones generales integradas a la propia estructura de la Procuraduría, y al mismo tiempo esa misma Ley Orgánica le señala como auxiliares en términos de las normas aplicables a la Policía del D.F., el Servicio Médico Forense del D.F., los servicios médicos del D.F. y, en general, las demás autoridades que fueren competentes.

3.1.9.1. DIRECCION GENERAL DE POLICIA JUDICIAL

Como vimos en el párrafo que antecede existe una Dirección General de Policía Judicial, que estará bajo la autoridad y mando inmediato del Ministerio Público en términos del artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y que el Reglamento de la Ley Orgánica en cita le fija las siguientes facultades: "I. Participar en la elaboración de los proyectos de normas generales que regulen la actuación de los agentes de la Policía Judicial tanto de aquellos que estuvieren adscritos directamente a esta Dirección General, como de aquéllos lo fueren de Unidades Administrativas o a las Delegaciones; II. Dictar las medidas idóneas para que las investigaciones se lleven a cabo bajo los principios de legalidad, eficiencia, profesionalismo y honradez, así como para que los agentes de la Policía Judicial sigan métodos científicos que garanticen el aprovechamiento óptimo de los recursos humanos, materiales y tecnológicos a su cargo; III. Ejecutar las órdenes de presentación, comparecencia, aprehensión, reaprehensión, cateo y arresto que emitan los órganos jurisdiccionales y apoyar al Ministerio Público en el cumplimiento de las órdenes y diligencias que éste le asigne; IV. Instruir a los agentes de la Policía Judicial que le estén adscritos, sobre las acciones que les ordene el Ministerio Público para la debida investigación de los delitos y, en su caso, para acreditar la probable responsabilidad del indiciado, que no correspondan a los agentes de la Policía Judicial adscritos a otras unidades administrativas o a las delegaciones; V. Llevar a cabo con los agentes de la Policía Judicial que le estén adscritos y en auxilio del Ministerio Público, las investigaciones de hechos delictivos de especial importancia o gravedad, en los términos de las instrucciones que al efecto emita el Procurador; VI. Poner inmediatamente a disposición de la autoridad jurisdiccional a las personas aprehendidas en los casos previstos por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los que deban ser presentados por orden de comparecencia; VII. Establecer el enlace y coordinación con las autoridades de la Policía Judicial Federal de

las demás entidades federativas de la República, así como lograr una comunicación directa y eficaz con aquéllas para la mejor procuración de justicia, en los términos de las bases, convenios y demás instrumentos de colaboración que al efecto se celebren; VIII. Vigilar que durante el desarrollo de las investigaciones, los agentes de la Policía Judicial se apeguen a los principios de actuación que establece la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal y las demás disposiciones aplicables; IX. Operar una base de datos para el adecuado control de las investigaciones realizadas, registro de bienes recuperados, pruebas recabadas y custodia de objetos; X. Planear, coordinar y dirigir la operación de un grupo de agentes de la Policía Judicial, destinados a la reacción inmediata para atender situaciones de emergencia o de gravedad, de conformidad con las instrucciones que emita el Procurador; XI. Coordinar el servicio de seguridad a las personas, prestado por agentes de la Policía Judicial, en los términos de las instrucciones que al efecto emita el Procurador; XII. Vigilar que se atiendan de inmediato las llamadas de auxilio de la comunidad; XIII. Llevar el control de radio de la guardia de agentes y del personal de la Policía Judicial en cuanto a los servicios que presta, así como canalizar a las instancias pertinentes la información respectiva; XIV. Informar a la Unidad Administrativa competente las irregularidades en que incurran los agentes de la Policía Judicial en el desempeño de sus funciones, así como sobre los hechos delictivos en que puedan estar involucrados y que fueren de su conocimiento; XV. Mantener comunicación permanente con el Consejo de Honor y Justicia de la Policía Judicial para el desarrollo de las funciones encomendadas a este órgano por la Ley de Seguridad Pública del Distrito Federal y otras disposiciones aplicables y apoyarlo para el eficaz cumplimiento de las mismas, y XVI. Formular la relación de los agentes de la Policía Judicial que se hayan hecho merecedores a condecoraciones, estímulos y recompensas, en los términos de las disposiciones aplicables" (art. 28 RLOPGJDF)

No es óbice recordar que el fundamento constitucional de su intervención está en el artículo 21 de nuestra Carta Magna, pero siempre previa solicitud de intervención que le haga la Agencia Investigadora, la que le fijará exactamente cuáles son los límites de su intervención, en términos del segundo párrafo del artículo 24 de la LOPGJDF que señala que "Conforme a las instrucciones que en cada caso dicte el Ministerio Público, la Policía Judicial desarrollará las diligencias que deban practicarse durante la averiguación previa, cumplirá las investigaciones, citaciones, notificaciones, detenciones y presentaciones que se le ordenen y

ejecutar, las órdenes de aprehensión, los cateos y otros mandamientos que emitan los órganos jurisdiccionales".

Todo ello en íntima correlación con lo previsto en el Código de Procedimientos Penales, que en su Título Segundo, relativo a las Diligencias de Averiguación Previa e Instrucción, señala la facultad del Ministerio Público o de la Policía Judicial de hacer constar en el parte que levante los vestigios o pruebas materiales dejados por la perpetración del delito(art.94 CPP), así como las armas, instrumentos u objetos de cualquier clase que pudieran estar relacionados con el delito, y se hallen en el lugar de su comisión o en sus inmediaciones, o bien el poder del inculpado o en otra parte conocida, expresando en su parte (de Policía Judicial), el lugar, tiempo y ocasión en que se encontraron y la descripción minuciosa de las circunstancias de su hallazgo (art. 98 CPP), y si lo permite su naturaleza, su conservación sellada, para evitar su alteración (art. 100 CPP); todo ello en íntima relación con las diligencias de averiguación previa previstas en la Sección Segunda del ordenamiento citado, que además prevén la posibilidad de la detención por el Ministerio Público y la Policía Judicial a su mando, en los casos de flagrancia o urgencia (art. 266 CPP), o previa orden de detención, emitida por el Ministerio Público, ante quien en todo caso debe ponerse al sujeto detenido a su disposición(art. 268 CPP). Asimismo en el Capítulo II del ordenamiento adjetivo penal citado, se prevé que en el caso que la Policía Judicial tenga conocimiento de la comisión de un delito perseguible de oficio, levantará un acta (en el supuesto que la denuncia no pueda ser formulada directamente), y que en la práctica siempre se levanta y ratifica ante la agencia investigadora, donde se consigne: "I. El parte de la policía, o en su caso, la denuncia que ante ella se haga, asentando minuciosamente los datos proporcionados por una u otra; II. Las pruebas que suministren las personas que rindan el parte o hagan la denuncia, así como las que se recojan en el lugar de los hechos, ya sea que se refieran a la existencia de los elementos del tipo o a la probable responsabilidad de sus autores, cómplices o encubridores, y III. Las medidas que dictaren para completar la investigación"; en el supuesto que el delito sea perseguible por querrela, la Policía Judicial deberá orientar a los interesados respecto a la forma en que deben presentarla ante la agencia investigadora (art. 275 CPP).

Esto es sumamente importante tenerlo en cuenta, toda vez que de ello dependerá su valor probatorio, pues si se ajustan tales documentos a las reglas relativas a este Código, las

diligencias practicadas por la Policía Judicial (al igual que las del Ministerio Público) tienen valor probatorio pleno, en términos del artículo 286 del código adjetivo penal a diferencia de las periciales que se valúan según las circunstancias que obren en el caso(art. 254 CPP).

El mecanismo para hacer la solicitud de intervención de Policía Judicial puede ser directamente respecto a los agentes adscritos a la agencia investigadora, o en su defecto mediante solicitud que se haga a la correspondiente Subdelegación de la Procuraduría, por vía telefónica, en que se proporcionen los datos necesarios y suficientes para la diligenciación de la orden.

La razón de que la agencia del Ministerio Público dé la intervención a la Policía Judicial, es la necesidad de auxilio, dado que en múltiples ocasiones se precisa de conocimientos especiales de policía, que no siempre posee el personal de la agencia investigadora; ello aunado a la sobrecarga funcional que muchas veces tiene dicho personal, le impide prácticamente atender personalmente tales diligencias, pero siempre, como lo afirma César Augusto Osorio y Nieto en su obra antecitada tomando en consideración la necesidad de su intervención, las circunstancias existentes en cada caso concreto, el bien jurídicamente protegido, la peligrosidad del sujeto indiciado, sin embargo no existe criterio en razón de delitos, de cuantía u otro dato, por lo que se debe acudir al criterio maduro y sereno del agente del Ministerio Público para que analice si se justifica o no tal intervención(186).

3.1.9.2. DIRECCION GENERAL DE SERVICIOS PERICIALES.

Igualmente, como vimos, el artículo 35 del Reglamento de la Ley Orgánica señala la existencia de una Dirección General de Servicios Periciales, a la que se le asignan las siguientes funciones: "I. Diseñar y establecer los criterios y lineamientos a que deben apegarse la presentación y formulación de los dictámenes e informes de las diversas especialidades periciales; II. Diseñar los mecanismos, procedimientos y programas de supervisión y seguimiento de las actividades que realicen los peritos adscritos a la Procuraduría; III. Evaluar y controlar la intervención de los peritos volantes en las diversas especialidades; IV. Atender las peticiones de Servicios Periciales que formule el Ministerio Público y canalizarlas, para su atención, a los titulares de las diversas especialidades; V. Establecer los mecanismos y procedimientos de registro y control de atención a las peticiones (186) *Ibidem*, pp. 56-57

de servicios periciales formuladas por los agentes del Ministerio Público, así como elaborar los informes y estadísticas correspondientes; VI. Restablecer y operar un sistema de supervisión permanente del personal técnico-científico de las diversas especialidades periciales, a efecto de garantizar que cumplan y observen las normas jurídico-administrativas vigentes en la materia; VII. Proponer a sus superiores jerárquicos la habilitación de peritos cuando la Procuraduría no cuente con especialistas en una determinada disciplina, ciencia o arte que se requiere, o en casos urgentes; VIII. Tener a su cargo el casillero de identificación criminalística; y IX. Proponer a sus superiores jerárquicos programas de intercambio de experiencias, conocimientos y avances tecnológicos con las unidades de Servicios Periciales de la Procuraduría General de la República y de las Procuradurías Generales de Justicia de los Estados, así como con instituciones similares del extranjero, para lograr el mejoramiento y la modernización de sus funciones".

Ello en términos de lo previsto por el artículo 25 de la LOPGJDF que señala "Los Servicios Médicos Periciales actuarán bajo la autoridad y mando inmediato del Ministerio Público, sin perjuicio de la autonomía técnica e independencia de criterio que les corresponde en el estudio de los asuntos que sometan a su dictamen".

Es importante destacar que en base a las recientes reformas a la Ley Orgánica de la Procuraduría local se prevé que tanto los agentes del Ministerio Público como ambos auxiliares directos: agentes de la Policía Judicial y Servicios Periciales pueden ingresar al Servicio Civil de Carrera en la Procuraduría, precisando requisitos para su ingreso, como lo es la acreditación del examen que les aplique el Instituto de Formación Profesional, para obtener la designación provisional y una subsecuente evaluación para obtener el nombramiento definitivo (art. 38 LOPGJDF).

En general como lo precisa el procesalista Silva Silva en su obra citada, "el peritaje consiste en el informe o declaración de experto en una rama del saber, en el que previa aplicación del método científico, expresa su juicio, opinión o resultado en torno a una cuestión específica (científica, técnica o artística que se le ha planteado)"(187), el objeto de la peritación puede ser toda persona o cosa relacionadas con un delito, siempre que las circunstancias de la primera o de la cosa no puedan apreciarse sino por peritos designados por el Ministerio (187) SILVA SILVA, JORGE ALBERTO, op. cit., pp.615-616

Público, sin perjuicio de que los interesados pudieran nombrar a un particular; o sea que tanto la defensa como el Ministerio Público tienen derecho a nombrar a dos peritos para que dictaminen en torno a una cuestión; los peritos que acepten el cargo, excepto los oficiales, tienen obligación de protestar el cargo.

Los casos más frecuentes de peritación son:

3.1.9.2.1. PERITACIONES MEDICAS

Estas peritaciones proceden en el caso de homicidio, violación, lesiones, aborto, que requieren de la pericia médica para determinar su gravedad, nexos causal y demás circunstancias.

3.1.9.2.2. PERITACIONES EN MATERIA DE TRANSITO TERRESTRE

Estas peritaciones son indispensables en el caso de delitos cometidos por medio de vehículos automotores (p.e. homicidio, lesiones, daño en propiedad ajena, y ataques a las vías generales de comunicación), donde deben apreciarse detenidamente las condiciones meteorológicas, la visibilidad, el estado del pavimento, la clase de pavimento; en su caso pendientes, peraltes, obstáculos en el terreno, existencia de signalizaciones, puntos de referencia, dimensiones y características de los arroyos, localización de huellas o indicios del accidente; esta peritación está muy relacionada con:

3.1.9.2.3. PERITACION MECANICA

En esta peritación, además, debe apreciarse el estado general de la unidad (frenos, dirección, funcionamiento, etc.). Esta peritación no sólo puede referirse a tránsito terrestre, sino a todos los casos en que intervenga el funcionamiento de máquinas en la comisión de un delito y exclusivamente tiene por objeto el análisis de cosas (y no de personas), en su corporeidad, aspecto mecánico, o sea la forma en que funciona el mecanismo de la cosa materia de peritación.

3.1.9.2.4. PERITOS VALUADORES

Esta peritación generalmente se da en delitos patrimoniales, cuando es necesario cuantificar el valor del daño, para lo cual deben describirse lo más minuciosamente los objetos

a analizar, para determinarlos (identificarlos) en sus características, marca, modelo, tamaño, color, uso, etc., según las necesidades del procedimiento y características de cada cosa que sea objeto de peritación, para apreciar su valor.

3.1.9.2.5. PERITOS ARQUITECTOS

Esta peritación procede generalmente cuando existen daños a inmuebles o en delitos por deficiencias de construcción.

3.1.9.2.6. PERITOS EN CRIMINALISTICA DE CAMPO

Que procede cuando los hechos que dieron origen al delito dejan huellas de su perpetración, los que deben ser recogidos con todo cuidado para evitar cualquier alteración o bien levantar fotos, planos croquis u otros medios que permitan evitar su desaparición por causas naturales o humanas.

3.1.9.2.7. PERITOS EN BALISTICA

Estos peritajes se ocupan del estudio y análisis de los procesos que operan en el interior de las armas de fuego, al ser accionadas para disparar, el movimiento de los proyectiles disparados, y los efectos que producen al entrar en contacto con algún cuerpo, por lo que la balística puede ser: interior, exterior o de efectos. Así el objeto del dictamen será: si es un arma permitida (Ley de Armas de Fuego y Explosivos), si el arma produjo el disparo, si el casquillo fue percutido por esa arma determinada, la trayectoria que siguió, la distancia entre el arma y el objeto(o persona), la posición víctima-victimario al momento del disparo, etc., como lo precisa Fernando Arilla Bas en su libro "El Procedimiento Penal en México"⁽¹⁸⁵⁾.

3.1.9.2.8. PERITOS INTERPRETES

Estos peritos son los que intervienen en el caso de personas que no hablan castellano (p.e. extranjeros, indígenas), o bien sean personas que carezcan de la facultad de oír/hablar (sordos, mudos, sordomudos), siempre y cuando no sepan leer/escribir.

⁽¹⁸⁵⁾ Cfr. ARILLA BAS, FERNANDO, "EL PROCEDIMIENTO PENAL EN MEXICO", Editorial Kratos, México, 1988, p.275

3.1.9.2.9. PERITOS GRAFOSCOPOS

Son aquéllos que intervienen para dictaminar en delitos en que se pretende establecer la autenticidad o falsedad y en sí la autoría de una determinada persona respecto a firmas, o escrituras, sea en documento público o privado.

3.1.9.2.10. OTROS PERITOS, en base a la idea de que toda cosa, persona o efecto puede ser objeto de peritación, la clasificación de peritos es innumerable y los anteriormente señalados son los más frecuentes.

En todo caso el Ministerio Público debe señalar al perito qué es lo que se busca probar, proporcionándole toda la información necesaria para su función, pero absteniéndose de dirigir o intervenir en la función pericial; esto es lo que la doctrina interpreta como "autonomía pericial"; los peritos oficiales, dado que perciben sueldo fijo, no pueden cobrar por su función, y en general son los designados por el Ministerio Público, pues en base al artículo 25 de la Ley Orgánica, los servicios periciales actuarán bajo la autoridad y mando inmediato del Ministerio Público, sin perjuicio de la autonomía técnica e independencia de juicio que les corresponde en el estudio de los asuntos que se sometan a su dictamen.

Una vez recibidos los dictámenes, se deberán razonar y agregar al expediente de la averiguación previa y tendrán la fuerza probatoria que les otorguen las demás circunstancias que obren en la causa, en términos del artículo 254 del código adjetivo penal.

3.2. EL ORGANISMO DE LA DEFENSA.

La doctrina es constante en considerar a la defensa como una institución legal que abarca dos elementos: el elemento individual o imputado y el elemento social, o sea su defensor, en que el uno presupone al otro, bajo la idea de la unidad de la función, como característica, no importando su transitoriedad, sea por revocación, renuncia o por cambio de la instancia en que se encuentre, en este último caso en tratándose sobre todo del defensor de oficio, tendiente al esclarecimiento de la verdad, para evitar arbitrariedades en el cabal cumplimiento del principio de legalidad, en particular de la observancia de las garantías individuales y la protección de los derechos humanos.

3.2.1. EL INDICIADO

Todo proceso presupone la existencia de un delito y con él un sujeto activo del mismo, que mediante un acto positivo o negativo, legalmente tipificado infringió la norma penal, y que una vez conocido por el Ministerio Público deviene en sujeto pasivo del procedimiento; sujeto que en todo caso debe ser una persona física imputable y por ello penalmente responsable, pues la capacidad penal está íntimamente relacionada con lo preceptuado en el artículo 450 del Código Civil que prevé (a contrario sensu), que son capaces legal y naturalmente: I. Los mayores de edad (18 años) y II. Los mayores de edad no disminuidos o perturbados en su inteligencia, y aquellos que no padezcan alguna afección originada por enfermedad o deficiencia persistente de carácter físico, psicológico o sensorial, o por la adicción a sustancias tóxicas, como el alcohol, los psicotrópicos, o los estupefacientes; y que debido a la limitación o la alteración en la inteligencia que esto les provoca, no puedan gobernarse y obligarse por sí mismos, o manifestar su voluntad por algún medio; así los menores de edad en materia penal son objeto de una competencia especial del Ministerio Público a través de Agencias Especializadas en Delitos de Menores Infractores; y en el supuesto de tratarse de inimputables mayores, sea por problemas de salud mental o por la adicción a drogas o enervantes, si su incapacidad es previa a la comisión, da lugar a la inexistencia del delito y el seguimiento de un proceso especial.

Además, abundando, existen otras circunstancias que convierten a los sujetos pasivos del proceso en "privilegiados", idea que en parte quebranta el principio de que todos somos iguales ante la ley, tales casos son:

La inmunidad, es una impunidad relativa, pues una vez removido el obstáculo que impide el procedimiento, se puede proceder contra los sujetos protegidos, como los casos previstos en los artículos 109 y 110 constitucionales, mediante la forma del "desafuero" o "declaratoria de procedencia", en que se les remueve la inmunidad, o bien una vez que concluyen su gestión, en que por razón natural se les termina el "fuero", y se puede proceder penalmente contra ellos, como es el caso del Presidente de la República; altos funcionarios, como senadores y diputados federales, Secretarios de Estado, gobernadores y diputados locales, respecto a delitos federales; personal diplomático y consular; diplomáticos, funcionarios internacionales, magistrados de tribunales internacionales, etc.

La denominación del sujeto activo del delito y pasivo del proceso, varía dentro de cada una de las etapas del procedimiento, durante la averiguación previa se le denomina indiciado, dado que solo existen indicios de responsabilidad en la comisión del delito sujeto a averiguación e investigación, y acusado al sujeto que ha sido objeto de una consignación, en base a su capacidad legal para ser sujeto del proceso, pero lo cierto es que contra él se dirige la averiguación previa. El inculcado en esta etapa tiene una serie de derechos que la ley le concede y que son en términos del artículo 20 constitucional los siguientes:

- 1.- Obtener la libertad mediante caución, si procede,
- 2.- No se compelido a declarar, ni incomunicado, intimidado o torturado,
- 3.- Conocer y ser informado sobre la imputación que se le hace, que le sean facilitados todos los datos conducentes a su defensa, que consten en el expediente,
- 4.- Ofrecer pruebas que el propio detenido o su defensor oportunamente presenten dentro de esta etapa de averiguación previa, y
- 5.- Derecho de defensa.

Por lo que se refiere a los elementos probatorios de que puede hacerse llegar el presunto responsable o inculcado para ponerlos a disposición del agente del Ministerio Público, y que se tomarán en consideración al momento de la resolución final(determinación) de la averiguación previa, sea a su favor o en su contra, para ejercitar acción penal, o para decretar la libertad bajo las reservas de ley, pues sirven para profundizar en la investigación y la averiguación del delito y determinar la probable responsabilidad del delincuente.

Independientemente, cuando el presunto sea aprehendido se le recogerán los objetos que se relacionen con el delito y aquellos que no deban dejarse en su poder por temor a que se pierdan o porque se estime inconveniente que los tenga en su poder, pero en todo caso se entregará al detenido un recibo en que se especifiquen los objetos recogidos, agregándose al acta un duplicado de este recibo, que deberá llevar la firma y conformidad del indiciado.

Al tomarte su declaración al indiciado no se le debe protestar, sino que se le exhortará a que se produzca con verdad, con antelación a sus deposiciones y además, después de su

declaración, debe ser revisado por el médico legista adscrito a la agencia investigadora o mesa de trámite, para que se le expida un certificado médico antes de pasar a declarar, y otro para después que declare, que garanticen su integridad física y que no fue compelido a declarar.

Además, el Agente del Ministerio Público debe prestar máxima atención al estado psicofísico del presunto responsable, para actuar con imparcialidad y evitar errores legales en el curso del interrogatorio, y en la declaración se abstendrá y deberá impedir el Agente del Ministerio Público todo maltrato verbal o psicológico, y muy en particular de aquellos que están prohibidos por el artículo 22 constitucional.

Como una garantía más, obtenida en base a recientes modificaciones constitucionales, se prevé la imposibilidad de que el indiciado pueda 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.

3.2.2. EL DEFENSOR

A la pretensión del denunciante o querellante, señala Vincenzo Manzini en su obra "Tratado de Derecho Procesal Penal", se opone la del indiciado para anular, modificar o aclarar los hechos que pretenden imputársele y en particular para destruir pruebas de cargo, de manera que se le exculpe o al menos mejore su situación jurídico-legal, en general a través de su defensor, pero sin que ello lo convierta a este último en un patrocinador de la delincuencia, sino del derecho y la justicia en cuanto puedan estar lesionados. El defensor que no profesa esta santa máxima, es un despreciable y peligroso intrigante; es un encubridor del delincuente y no un defensor del imputado(189); puede ser a cargo de un particular o defensor de oficio.

De entre las funciones que del defensor tiene a su cargo, están: coadyuvar a la obtención de la verdad y prestar asistencia técnica al procesado, para evitar todo acto arbitrario de los demás órganos del proceso, lo que en sí implica una función social, síntoma inequívoco del progreso en el orden procesal, pues viene a complementar la personalidad jurídica del sujeto pasivo del procedimiento, pues tiene a su cargo la asistencia técnica, por

(189) Cfr. MANZINI, VICENZO, "TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL", EJEA, Buenos Aires, 1952, pp.576-577

ello el procesalista Colín Sánchez en su obra "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales", le otorga la naturaleza jurídica de auxiliar en la administración de justicia(190), con la que colabora, pues además de consejos técnicos y asesoramientos, obra por cuenta propia y en interés de su defensor.

El fundamento constitucional de la figura del defensor está en la fracción IX del artículo 20 constitucional, que a la letra dice "Desde el inicio del proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que el defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera", y que es ampliado en el penúltimo párrafo del mismo precepto que señala "Las garantías previstas en las fracciones... y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan..." y donde se señala que la prevista en la fracción II del citado numeral, se observará sin limitación alguna de donde se derivan cuestiones de gran importancia:

- Derecho del inculpado de ser informado, desde el mismo inicio del procedimiento sobre las garantías consignadas en su favor por la Constitución, en particular lo relativo a su defensa, lo que significa que la autoridad interviniente debe informarle al indiciado del contenido y alcance del derecho de designar defensor.

- Que la designación, en primer lugar, le corresponde al indiciado y que puede ser por sí, por abogado, por persona de su confianza, o bien que puede abstenerse de declarar hasta en tanto se le designe uno de oficio, pero en todo caso debe haber una designación seguida de una aceptación y protesta del legal desempeño del cargo.

- La defensa debe ser adecuada, lo que implica que las actuaciones del defensor sean idóneas para la función procesal a la que se dirigen, tanto en su contenido como en su orientación benéfica al inculpado, en base a una práctica forense honesta.

(190) Cfr. COLÍN SÁNCHEZ, GUILLERMO, op. cit., pp. 190-191

En este aspecto cabe señalar que se ha venido considerando una cuestión elitista la exigencia que el defensor sea un licenciado en derecho titulado, puesto que la disposición tiene por objeto proteger a quienes por su escasa educación o carencia de recursos económicos requieren de una asesoría legal-penal. Precisa el jurista García Ramírez en su obra citada al calce que el propio dictamen de la Cámara de Diputados señala: "Además es innegable que sólo quien conoce a cabalidad los derechos del inculpado puede cumplir con la exigencia constitucional de una defensa adecuada, la ignorancia o improvisación de quienes intervienen en un procedimiento penal sin los conocimientos necesarios, sólo generan corrupción y dilación de justicia, sobre todo en aquellos casos en que se repone el proceso por vicios de la defensa. A mayor abundamiento, no tiene sustento la impugnación que ignora la exigencia constitucional de la intervención de un defensor de oficio para quienes por razones de diversa índole no puedan o no quieran nombrar defensor particular"(191).

Por otra parte, el Diccionario Larousse señala que la palabra abogado significa: persona que se dedica a defender en juicio los intereses de los litigantes y también a aconsejar sobre cuestiones jurídicas(192), y para ello se requieren conocimientos suficientes, por ello la Ley Reglamentaria del artículo 5o. constitucional (Ley de Profesiones), en su artículo 28 prevé que si un imputado designa como defensor a un lego, el tribunal lo invitará para que designe además un defensor con título. En caso de que no hiciera uso de este derecho, se le nombrará defensor de oficio, dado que los defensores carentes de título comprometen la seguridad del inculpado, y muchas veces, más que nada, son negociantes.

- Comparecencia del defensor en todos los actos del procedimiento y cuantas veces sea requerido para ello, o sea debe estar presente no solo en las audiencias o declaraciones de su defensa, sino en todas las diligencias que se practiquen (periciales, inspecciones ministeriales, etc.)

- Obligatoriedad de la defensa. Tradicionalmente se han clasificado a defensores particulares y los de oficio; los primeros son aquéllos que ejercen la profesión en forma liberal, y cobran al cliente (indiciado) por sus servicios, sea por hora, por instancia o por todo el asunto; diferenciándolos de los defensores de oficio, que al decir del citado autor Silva Silva son aquellos que tienen su origen en ideas socializadoras, como un intento del Estado por

(191) Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, "EL NUEVO PROCEDIMIENTO PENAL EN MÉXICO", Editorial Porrúa, S.A., México, 1994, p. 103

(192) DICCIONARIO LAROUSSE ILLUSTRADO, Ediciones Larousse, México, 1980, p.4.

controlar la profesión o bien como una expresión de caridad, para luego institucionalizarse como un derecho del imputado; a diferencia de otro tipo de enjuiciamientos, en el caso de la materia penal no se realiza el estudio socio-económico para determinar si procede su intervención, por ser una materia que implica la protección de un bien tan preciado como lo es la libertad personal por lo que en general tiene características de ser gratuito y letrado(193).

La designación del defensor se prevé en la etapa de la averiguación previa según se desprende del artículo 134-Bis del código adjetivo penal, que en su

cuarto párrafo señala "Los indiciados desde la averiguación previa podrán nombrar abogado o persona de su confianza que se encargue de su defensa. A falta de una u otro, el Ministerio Público les nombrará uno de oficio", además el artículo 269 del mismo ordenamiento punitivo penal prevé la presencia del defensor como un derecho a favor del detenido o autopresentado, y entre otros derechos le asigna el de no declarar si así lo desea, de tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quiere o no pudiere designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio, el que deberá asistirlo cuando declare, y que comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación previa, y que tendrá la obligación de comparecer cuantas veces sea requerido para ello.

- Responsabilidad del defensor. El defensor responderá de sus acciones u omisiones, incluso con sanciones civiles y penales, como se desprende de lo preceptuado en los artículos 231 y 232 del Código Penal, relativos a delitos de abogados patronos o litigantes, como sigue "Se impondrá de dos a seis años de prisión, de cien a trescientos días-multa y suspensión e inhabilitación hasta por un término igual al de la pena señalada anteriormente para ejercer profesión, a los abogados, a los patronos, a los litigantes que no sean ostensiblemente patrocinados por abogados, cuando cometan algunos de los delitos siguientes:

- I. Alegar a sabiendas hechos falsos, o leyes inexistentes o derogadas;
 - II. Pedir términos para probar lo que notoriamente no puede probarse o no ha de aprovechar a su parte; promover artículos o incidentes que motiven la suspensión del juicio o
- (193) Cfr. SILVA SILVA, JORGE ALBERTO, op. cit., p. 210

recursos manifiestamente improcedentes o de cualquier otra manera procurar dilaciones que sean notoriamente ilegales;

III. A sabiendas y fundándose en documentos falsos o sin valor o en testigos falsos ejercite acción u oponga excepciones en contra de otro ante las autoridades judiciales administrativas; y

IV. Simule un acto jurídico o un escrito judicial, o altere elementos de prueba y los presente en juicio, con el fin de obtener sentencia, resolución, o acto administrativo contrario a la ley”.

Por su parte el artículo 232 del mismo ordenamiento penal, señala que además de estas penas, se podrá imponer de tres meses a tres años de prisión:

I. Por patrocinar o ayudar a diversos contendientes o partes con intereses opuestos en un mismo negocio o en negocios conexos, cuando se acepte el patrocinio de alguno y se admita después el de la parte contraria;

II. Por abandonar la defensa de un cliente o negocio sin motivo justificado y causando daño, y

III. Al defensor de un reo, sea particular o de oficio, que solo se concrete a aceptar el cargo y a solicitar la libertad caucional que menciona la fracción I del artículo 20 de la Constitución, sin promover más pruebas ni dirigirlas su defensa.”

Además, los defensores de oficio serán destituidos de su empleo cuando sin causa justificada dejen de promover las pruebas conducentes a la defensa de los reos que los designen, mediante comunicación que haga el juez al Jefe de Defensores, haciendo de su conocimiento las faltas en que hayan incurrido, según se desprende del artículo 233 del Código Penal.

Cabe señalar que los defensores de oficio tienen su propia Ley de Defensoría del Fuero Común, que en su artículo 1o. les señala como objeto el proporcionar servicios de asesoría, patrocinio o defensa en materia penal, civil, familiar y del arrendamiento, que deberán realizar en forma obligatoria y gratuita, y la determina como institución dependiente del gobierno del Distrito Federal, que en el caso de asuntos del orden civil, familiar o del

arrendamiento inmobiliario, el servicio será proporcionado previo estudio socio-económico que se practique para verificar que el solicitante carece de los recursos económicos para retribuir un defensor particular, pero en asuntos del orden penal, la defensa será proporcionada al acusado en los términos que dispone el artículo 20 fracción IX de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, según se desprende del artículo 2o. de la Ley de Defensoría del Fuero Común en comento.

En la Ley de Defensoría del Fuero Común se señala que en materia penal se tratará de sujetos titulados, como se entiende por exclusión de otras materias, de defensores letrados, que además deben llenar los requisitos de ser ciudadanos mexicanos en pleno ejercicio de sus derechos; no tener más de sesenta años de edad, ni menos de veintiuno el día de su designación, no haber sido condenados por delito intencional sancionado con pena corporal, y además presentar y acreditar examen de oposición, como lo prevé el artículo 15 de este mismo ordenamiento, y que en materia penal tienen las siguientes obligaciones: prestar servicio de defensa a las personas que lo soliciten o cuando sea ordenado por designación judicial, dentro del área que les asigne, y si se tratare de Defensores de Oficio en el área de Averiguaciones Previas, se ubicarán físicamente en el local de las agencias investigadoras del Ministerio Público en el Distrito Federal, atribuyéndoles como funciones prioritarias: atender las solicitudes de Defensoría de Oficio que les sean requeridas por el indiciado o agente del Ministerio Público; estar presentes en el momento en que su defendido rinda su declaración ante la autoridad; entrevistarse con el indiciado para conocer de viva voz la versión personal de los hechos y los argumentos que pueda ofrecer a su favor, para hacerlos valer ante la autoridad del conocimiento; asesorar y auxiliar a su defenso en cualquier otra diligencia en que sea requerido por la autoridad correspondiente; señalar en actuaciones los lineamientos legales adecuados y conducentes para exculpar, justificar o atenuar la conducta de su representado; solicitar al Ministerio Público del conocimiento, el no ejercicio de la acción penal para su defenso, cuando no existan datos suficientes para su consignación; vigilar que se respeten las garantías individuales de su representado; establecer el nexo necesario con el Defensor de Oficio adscrito al Juzgado, cuando su defenso haya sido consignado, a efecto de que exista uniformidad en el criterio de defensa, y las demás que coadyuven a realizar una defensa conforme a derecho, que propicie la impartición de justicia pronta y expedita.

Todo ello sin olvidar que por Defensor de Oficio se entiende al servidor público que posea tal designación y que tiene a su cargo la asistencia jurídica de aquellas personas que no tienen una defensa legal particular, como lo señala el artículo 8o. del ordenamiento legal en análisis.

Cabe añadir que en caso de que existieren varios defensores, se deberá nombrar un representante común, o en su defecto lo hará el juez, como lo prevé el artículo 296 del código adjetivo penal.

Además el secreto profesional es un deber importantísimo del defensor, sea de oficio o particular, tanto jurídico como moral, inviolable y que además está tipificado por los artículos 210 y 211 del Código Penal como delitos de revelación de secretos, y que señalan a la letra: "Se impondrán de treinta a doscientas jornadas de trabajo en favor de la comunidad, al que sin justa causa, con perjuicio de alguien y sin consentimiento de quien pueda resultar perjudicado, revele algún secreto o comunicación reservada que conoce o ha recibido con motivo de su empleo, cargo o puesto", y que es agravado en el artículo 211 de uno a cinco años, multa de cincuenta a quinientos pesos y suspensión de profesión en su caso, de dos meses a un año, cuando la revelación punible sea hecha por persona que preste sus servicios profesionales o técnicos o por funcionario o empleado público o cuando el secreto revelado o publicado sea de carácter industrial.

El ilustre procesalista Guillermo Colín Sánchez en su obra antecitada, al comentar lo relativo al secreto profesional señala que en algunos casos excepcionales, cuando estén en juego intereses de mayor valor, como la patria o se lesione la situación de un inocente, podrá relevarse de tal obligación al defensor, el que deberá dárlos a conocer(194).

3.3. EL DENUNCIANTE Y LA VICTIMA DEL DELITO

En base a lo preceptuado en el artículo 16 constitucional, en su segundo párrafo, que señala "No podrá librarse orden de aprehensión sino por autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito..." se establece la prohibición para la indagación general sobre una población o provincia o la particular respecto de un sujeto determinado, por personas físicas o morales o por autoridades (194) Cfr. COLIN SANCHEZ, GUILLERMO, op. cit., p.200

que no sean las legalmente facultadas para hacerlo, y además precisó los requisitos para que las autoridades competentes procedan a las actividades indagatorias.

Por ello es necesario, para la iniciación del procedimiento, que a la autoridad investigadora se le haga llegar la noticia del delito, como se desprende del artículo 262 del código adjetivo, que sostiene "Los agentes del Ministerio Público y sus autoridades, de acuerdo a las órdenes que reciban de aquéllos, están obligados a proceder de oficio a la averiguación de los delitos del orden común de que tengan noticia, y por ello la averiguación previa no podrá iniciarse de oficio en los casos siguientes: I. Cuando se trate de delitos en los que sólo se pueda proceder por querrela necesaria, si no se ha presentado ésta, y II. Cuando la ley exija algún requisito previo y éste no se ha llenado, como podría ser el caso del desafuero, que veremos más adelante.

Tal percepción del hecho delictuoso se debe hacer del conocimiento del Ministerio Público en forma directa e inmediata, sea por conducto de particulares, o bien a través de las policías, auxiliar o judicial, o bien por la propia víctima de la actividad delictiva.

3.3.1. EL DENUNCIANTE

El denunciante es el portador de la información de la probable comisión de un delito, o sea, es el sujeto físico que comunica al Ministerio Público todo lo que sabe acerca de su comisión, sea por, el directamente afectado, o bien por un tercero; pues la ley faculta a cualquier persona para presentarla, en cumplimiento de un derecho potestativo, por lo que puede ser denunciante cualquier persona, con independencia de su condición y circunstancias, y al margen, inclusive de la intervención que haya tenido en los hechos delictivos a título de ofendido, o de su conocimiento directo de ello, como testigo y en general es aplicable a delitos perseguibles por denuncia.

Al efecto el autor Colín Sánchez en su obra en comento señala que "La denuncia no es, de ninguna manera un requisito de procedibilidad para que el Ministerio Público se avoque a la investigación del delito, bastará que dicho funcionario esté informado por cualquier medio para que de inmediato se considere obligado a practicar las investigaciones necesarias para concluir, en su oportunidad, si aquello de lo que tiene conocimiento constituye una infracción

penal, y siendo así, quién es el probable autor...", pero añade que el Constituyente del 17 "...instituyó la denuncia como condición de procedibilidad a cargo del Ministerio Público... como instancia necesaria para que el órgano jurisdiccional pueda avocarse a la instrucción del proceso"(195).

De donde se desprende que de cualquier forma alguien debe comunicar la noticia criminis al órgano investigador.

3.3.2. EL OFENDIDO Y LA VICTIMA DEL DELITO

En la ejecución de los delitos, generalmente concurren dos sujetos: el activo, que lleva a cabo la conducta o hecho, y el pasivo inmediato, que es aquél sobre el que recae la acción.

En general las infracciones penales producen un daño que resiente directamente una persona física (o moral) en su patrimonio, integridad corporal, en su honor, etc., y en forma indirecta la sociedad, por lo que la sanción abarca tanto el aspecto punitivo, como el retributivo, o sea la pena y la reparación del daño.

Cabe señalar que en materia penal no siempre el ofendido coincide con la víctima, pues al decir del autor Colín Sánchez en su obra citada, el primero es quien resiente directamente la lesión jurídica en aquellos aspectos tutelados por el Derecho Penal, en tanto que la víctima puede ser también aquélla que por razones sentimentales o de dependencia económica del ofendido, resulta afectada con la ejecución del hecho ilícito(196).

Aunque podría también darse que existan dos sujetos pasivos, uno del delito y otro de la conducta, por ejemplo, un sujeto defraudado, lesionado en su esfera patrimonial, al través del fraude cometido a su empleado, sujeto pasivo de la conducta, como podría ser el caso de los administradores de una persona moral que hubieran sufrido un menoscabo patrimonial mediante engaños o aprovechamiento de errores sufridos por su empleado.

Es preciso hacer notar que la figura del sujeto pasivo del delito ha pasado de la justicia de propia mano, a ser ubicado en nuestra legislación en un plan completamente secundario, en el caso de México, pero que en base a reformas constitucionales se le atribuye el carácter

(195) COLÍN SÁNCHEZ, GUILLERMO, op. cit., pp. 246-247
(196) Ibidem, p. 201

de coadyuvante del Ministerio Público, desde la propia averiguación previa, debiendo realizar los actos encaminados a lograr la comprobación de los requisitos típicos y de culpabilidad del sujeto, intervención que lo vincula con las demás partes dentro del procedimiento, en particular en lo relativo a la reparación del daño, como se desprende del artículo 9o. del código adjetivo penal, en correlación con el último párrafo del artículo 20 constitucional, que señala: "En todo proceso penal la víctima o el ofendido por algún delito tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le preste atención médica de urgencia cuando la requiera, y los demás que señalan las leyes; por lo tanto podrán poner a disposición del Ministerio Público y del juez instructor todos los datos conducentes a acreditar los elementos del tipo penal, la probable y plena responsabilidad del inculpado, según el caso, y a justificar la reparación del daño. El sistema de auxilio a la víctima del delito dependerá de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal". Entendiendo por víctima al sujeto pasivo del delito y a la persona que por razones sentimentales o de dependencia económica con el ofendido, resulte afectada por la ejecución del ilícito, de donde se desprenden dos derechos de la víctima o del ofendido:

I. Recibir asesoría jurídica, que a su vez implica dos cuestiones:

- a. Asesoría jurídica para lo relativo a la reparación del daño, y
- b. Asesoría jurídica respecto a su función de coadyuvante.

II. Recibir la atención médica, psiquiátrica y ayuda de personal especializado que sea necesario.

Por lo que se refiere a la asesoría jurídica, afirma el autor Colín Sánchez en su obra citada señala que, dado que la coadyuvancia se inicia desde el momento en que convertido en denunciante o querellante, se presenta ante el órgano de la acusación para satisfacer los requisitos de procedibilidad, haciendo posible, además con su presencia, la tipificación de los delitos... es preciso darle toda la ingerencia necesaria y posible respecto al contenido y estado del procedimiento, para que esté en posibilidades de proporcionar tanto al órgano investigador como al jurisdiccional todos los datos que conduzcan a establecer la culpabilidad del acusado como en su propio interés, para justificar la reparación del daño, y así pueda rendir con toda oportunidad las pruebas necesarias para el esclarecimiento de la verdad(197).
(197) *Ibidem*, p.202

Las atribuciones de la parte ofendida pueden iniciarse desde el momento mismo de la noticia criminis, al presentar su denuncia o querrela y coadyuvar con el Ministerio Público, proporcionando los datos conducentes a acreditar los elementos del tipo penal, la probable y plena responsabilidad del inculpaado, según el caso, y a justificar la reparación del daño. Para lo cual se le exigen tres obligaciones iniciales, en su calidad de denunciante o querrelante:

a. Poner en conocimiento del Ministerio Público el hecho singular o plural que presuma constitutivo de delito;

b. Proporcionar sus datos personales: nombre, domicilio, teléfono donde pueda oír y recibir notificaciones o en su caso citatorios a cargo de la autoridad investigadora (esta medida además es un aseguramiento en contra de falsas acusaciones, delitos inexistentes u otra clase de bromas o venganzas).

c. Plasmar su firma o huella digital al margen de lo asentado y declarado, a manera de confirmar la veracidad de su dicho y manifestación de voluntad de que prosiga la averiguación hasta su total esclarecimiento y consiguación en su caso.

Por lo que se refiere a la sanción económica, el artículo 29 del código sustantivo señala que si el delito ameritara la aplicación de una sanción pecuniaria, ésta comprenderá en todo caso dos aspectos: la multa y la reparación del daño; entendiendo por multa el pago de una cantidad de dinero al Estado, que se fija en días-multa, y que no podrá exceder de quinientos, salvo las excepciones que prevea la ley. El día-multa equivale a la percepción neta diaria del sentenciado al momento de consumir el delito, tomando en cuenta todos sus ingresos.

La reparación del daño comprende a su vez tres aspectos:

a. La restitución de la cosa obtenida por el delito y si no fuere posible, el pago del precio de la misma;

b. La indemnización del daño material y moral causado, incluyendo el pago de los tratamientos curativos que, como consecuencia del delito sean necesarios para la recuperación de la salud de la víctima, y

c. El resarcimiento de los perjuicios causados.

La reparación del daño se cubrirá en el siguiente orden:

- a. Al ofendido, y en caso de haber fallecido,
- b. Al cónyuge superviviente, y en caso de no existir,
- c. A los demás descendientes y ascendientes que dependan económicamente del ofendido al momento del fallecimiento.

Están obligados a reparar el daño, conforme al artículo 32 del código sustantivo:

I. Los ascendientes, por los delitos de sus descendientes que se hallaren bajo su patria potestad;

II. Los sujetos directores de internados o talleres, que reciban en su establecimiento a discípulos o aprendices menores de 16 años, por los delitos que ejecuten éstos durante el tiempo que se hallen bajo el cuidado de aquéllos;

III. Los tutores y los custodios, por los delitos de los incapacitados que se hallen bajo su autoridad;

IV. Los dueños de empresas o encargados de negociaciones o establecimientos mercantiles, de cualquier especie, por los delitos que cometan sus dependientes o empleados;

V. Las sociedades o agrupaciones, por los delitos de sus socios o administradores, y

VI. El Estado, solidariamente, por los delitos dolosos de sus servidores públicos, realizados con motivo del ejercicio de sus funciones y subsidiariamente cuando aquéllos fueren culpables."

El cumplimiento de la sanción pecuniaria tiene prelación respecto de cualquier obligación contraída con posterioridad al delito, a excepción de las referentes a alimentos y relaciones laborales.

La reparación del daño proveniente del delito, que deba ser hecha por el delincuente tiene el carácter de pena pública y se exigirá de oficio por el Ministerio Público. El ofendido o sus derechohabientes podrán aportar al órgano investigador o al juez en su caso, los datos y pruebas que tengan para demostrar la procedencia y monto de dicha reparación, en los términos previstos por el Código de Procedimientos Penales.

CAPITULO 4

LA NOTICIA DEL DELITO Y LA INTEGRACION
DE LA AVERIGUACION PREVIA

4. LA NOTICIA DEL DELITO Y LA INTEGRACION DE LA AVERIGUACION PREVIA

La averiguación previa se inicia desde que al Ministerio Público se le hace saber de la comisión de un ilícito; es la primera etapa y fundamental del procedimiento penal mexicano, pues es la que da base para cimentar las demás etapas procesales que habrán de seguirse al presunto responsable, por lo que debe ajustarse en todo y por todo al principio de legalidad, partiendo de nuestra Constitución, lo previsto en los códigos sustantivo y adjetivo de la materia y los reglamentos de la propia Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, pues una averiguación previa debidamente integrada permite tanto al agente del Ministerio Público como al juzgador tener una visión adecuada para la debida resolución; en el caso del Ministerio Público, sea que consigne o decrete su archivo y en cualquier caso para conocer debidamente la verdad histórica que se busca en todo caso y evitar, además infligir actos de molestia innecesarios, que pudieran traducirse en una detención arbitraria, una negativa de orden de aprehensión, etc., y en particular evitar sobrecargas de trabajo a las autoridades.

La averiguación previa tiene por objeto investigar la posible comisión de un delito, recoger todas las pruebas que puedan acreditar la realización del evento fáctico y determinar si se dan los extremos de satisfacer los elementos del tipo, además de la probable responsabilidad de un sujeto determinado en su comisión, y una vez que ello se haya satisfecho, resolver motivada y fundadamente si ha lugar o no a proceder a la consignación, todo ello realizado conforme a la norma por el agente del Ministerio Público, con el auxilio efectivo y oportuno de los órganos que le auxilian en esta destacada función, y llenando los requisitos de forma que señala el Código de Procedimientos Penales, ya analizados.

La forma de poner en movimiento toda esta maquinaria es la noticia criminis, que es el acto por el que una persona física o jurídica -a través de su representante legal, debidamente acreditado como tal-, pone en conocimiento del agente del Ministerio Público, sea directamente o a través de sus órganos auxiliares (policías judicial o preventiva), los actos presumiblemente delictivos, para que dicho órgano ministerial realice las diligencias en forma rápida y efectiva, para comprobar los elementos típicos y la probable responsabilidad y en su

caso, de resultar probados ambos extremos, ejercite la acción penal, con fundamento en los artículos 14, 16 y 21 constitucionales; 1o., 2o. fracción I y 4o. fracciones I y III de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal; 6o. y 19 fracción VI del Reglamento de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

4.1. REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.

Los requisitos de procedibilidad, también conocidos como principios de iniciación, son definidos por el jurista García Ramírez en su obra "Curso de Derecho Procesal Penal" como "Las condiciones o supuestos que es preciso llenar para que se inicie jurídicamente el procedimiento penal"⁽¹⁹⁸⁾, y que son:

a. ACUSACION. Es la imputación directa que se hace a una persona determinada de la posible comisión de un delito, en general se aplica a los perseguibles de oficio. Esta figura puede ser de autoacusación o autodenuncia, que es la que se presenta cuando el denunciante es el mismo indiciado y que algunos autores lo equiparan a la confesión.

b. DENUNCIA. Es la comunicación que hace cualquier persona al Ministerio Público de la posible comisión de un delito perseguible de oficio. Se diferencia de la acusación en que no se imputa directamente a una persona específica.

c. QUERRELLA. Es una manifestación de voluntad, de ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo o el ofendido ante el Ministerio Público, para que tome conocimiento del delito, integre la averiguación previa y en su caso ejercite acción penal; sólo procede respecto a delitos perseguibles a petición de parte.

d. EXCITATIVA. Que procede en ciertos delitos cometidos en contra de la personalidad del Estado, en caso de ofensa por agentes diplomáticos (representantes) de un país extranjero en territorio mexicano (art. 360, fr. II del Código Penal) y que consiste en la petición del representante de tal país para que proceda penalmente en contra de quien o quienes hayan proferido tales ofensas.

⁽¹⁹⁸⁾ GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, "CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL", op. cit., p. 336

e. AUTORIZACION. Es la anuencia manifestada por órganos o autoridades competentes, que precisa Silva Silva opera en los casos expresamente previstos en la ley, para la prosecución de la acción penal como es el caso de los sujetos privilegiados, analizados con anterioridad, en que se requiere un "desafuero" o autorización del superior para proceder penalmente contra algunos funcionarios públicos(199).

4.2. LA DENUNCIA Y LA QUERELLA

La averiguación previa tiene por objeto, como su mismo nombre lo indica, una actividad investigadora, de búsqueda sistemática, técnica y científica de pruebas que lleven a la demostración de que se ha cometido un hecho, evento o suceso previsto y sancionado por la norma jurídico-penal, que satisfaga los elementos del tipo y quede debidamente acreditada la responsabilidad penal de su autor, y cuyo fundamento constitucional es el multicitado artículo 21, y a su vez es regulada por el artículo 262 del código adjetivo penal, que señala que "...los auxiliares del Ministerio Público, de acuerdo a las órdenes que reciban de éste, están obligados a proceder de oficio a la averiguación de los delitos del orden común de que tengan noticia. La averiguación previa no podrá iniciarse de oficio en los casos siguientes: I. Cuando se trate de delitos en los que sólo se puede proceder por querrela necesaria, si no se ha presentado ésta, y II. Cuando la ley exija algún requisito previo, y éste no se ha llenado", de donde se desprende que el Ministerio Público sólo podrá iniciar una averiguación previa cuando tenga noticia de ello, sea por denuncia, por querrela o por algún otro medio.

Por ello la denuncia, en tanto relación de hechos presumiblemente delictivos, presentada ante la autoridad investigadora, formulada por cualquier persona, con objeto de que ésta los conozca, concretándose a describir los hechos que se presumen delictuosos, sin calificarlos jurídicamente, señalando además el nombre, apellidos y generales del denunciante, a fin de que pueda ser localizado, en el caso de que se requiera alguna actuación posterior, debiendo asegurarse de la identidad del denunciante y en su caso de la autenticidad de las pruebas o hechos en que base su denuncia, señalando con toda precisión el día, hora y lugar en que tuvo verificativo, pudiendo ser cuestionado respecto a su dicho, a (199)Cfr. SILVA SILVA, JORGE ALBERTO, op. cit., p. 277

fin de tener la seguridad que no existen contradicciones; y de manera indirecta, evitar delaciones anónimas.

En el caso de las personas físicas, pueden acreditar su personalidad con cualquier credencial u otro medio identificativo, que contenga su nombre, fotografía y firma, en la práctica se utilizan preferentemente la credencial de elector; en el caso de las personas morales, quienes las presenten deberán acreditar su personalidad, que en general es a través de copia de poder general para pleitos y cobranzas, con cláusula especial, cotejado con el original y pasado bajo la fe ministerial.

La querrela es una manifestación de voluntad, de ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo, ofendido o en su caso representante legal de éste, con el fin de que el Ministerio Público tome conocimiento de un probable delito no perseguible de oficio, con objeto de que sepa de la existencia del hecho y en su caso se castigue al culpable.

Además de ser un requisito de procedibilidad, la querrela, sin la cual el Ministerio Público no puede ejercitar acción penal (si el delito sólo es perseguible a petición de parte), se le ha considerado un derecho subjetivo del ofendido, proveniente de la norma jurídica, que estatuye la acción penal para que a su arbitrio y potestad disponga del mismo, como lo precisa Marco Antonio Díaz de León en su obra "Teoría de la Acción Penal", con fundamento en el artículo 8o. Constitucional que garantiza el derecho de petición, no pudiendo el Ministerio Público cumplir con su deber de accionar sin que antes así se lo hubiere hecho saber y exigido el titular del bien jurídico lesionado(200).

4.3. DELITOS PERSEGUIBLES POR QUERRELLA Y SUJETOS FACULTADOS PARA INTERPONERLA.

La doctrina procesalista penal en la actualidad es coincidente en señalar que se está dando un giro tendiente a incrementar los delitos perseguibles por querrela de parte, y que el Código Penal vigente para el Distrito Federal en materia de delitos del orden común y para toda la República en materia de delitos del orden federal, prevé que son de querrela necesaria:

(200) Cfr. DÍAZ DE LEÓN, MARCO ANTONIO, "TEORÍA DE LA ACCIÓN PENAL", UNAM, México, 1974, -- pp. 199-203

- a. Violación de correspondencia (art. 173),
- b. Ejercicio indebido del propio derecho (art. 226),
- c. Hostigamiento sexual (art. 259-Bis),
- d. Estupro (art. 262),
- e. Adulterio (art. 273 y 276),
- f. Amenazas (art. 282),
- g. Lesiones (art. 289),
- h. Lesiones producidas por tránsito de vehículos (art. 62, segundo párrafo),
- i. Abandono de cónyuge (arts. 335 y 337),
- j. Difamación y calumnia (arts. 350, 356 y 360),
- k. Privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales (art. 365-Bis),
- l. Abuso de confianza (art. 382 y 399-Bis),
- m. Daño en propiedad ajena (arts. 397 y 399-Bis),
- n. Delitos previstos en el Título XXII del Código Penal (delitos contra las personas en su patrimonio), cuando sean cometidos por un ascendiente, descendiente, cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, concubina o concubinario, adoptante o adoptado y parientes por afinidad hasta el segundo grado, o terceros que hubieren participado en la ejecución del delito con los sujetos antes mencionados,
 - o. Robo de uso (arts. 380 y 399-Bis),
 - p. Fraude, si su monto no excede de quinientas veces el salario mínimo vigente en el lugar de la comisión del delito y el ofendido sea un solo particular (arts. 386 y 399-Bis) (aquí existe una contradicción, toda vez que en términos del segundo párrafo se prevé que es de querrela todo tipo de fraude, en tanto que el tercer párrafo hace excepción precisando que si son varios ofendidos particulares, se procederá de oficio),
 - r. Despojo de inmueble propio, y despojo de aguas (arts. 395 fracción II y III y 399-Bis),
 - s. Peligro de contagio (art. 199-Bis).

La querrela puede presentarla un menor, que manifieste verbalmente su voluntad para que se proceda contra el ofensor; en el caso de los incapaces; los ascendientes pueden

presentarla, o los colaterales hasta el segundo grado, o a falta de ellos su representante legal, excepto si la víctima no pudiere expresarla por cualquier motivo, o se trate de delitos de estupro, adulterio, en que sólo se entienden legitimados: a) El ofendido; b) Su cónyuge supérstite, concubina, concubinario y los hijos (por sí o a través de representante legal) y a falta de ellos: descendientes y ascendientes que dependen de la víctima económicamente, como se desprende del artículo 264 del código adjetivo penal; ahora bien, tanto las querellas como las denuncias pueden formularse en forma oral o por escrito; y si se hiciere del conocimiento de la Policía Judicial, ésta deberá orientar al interesado para que acuda a presentarla ante el Ministerio Público correspondiente.

Tanto las querellas como las denuncias pueden formularse en forma oral o por escrito; y si se hiciere del conocimiento de la Policía Judicial, ésta deberá orientar al interesado para que acuda a presentarla ante el Ministerio Público correspondiente.

En el caso de las personas morales, el artículo 264 del código adjetivo penal, en su segundo párrafo prevé "La querella presentada por las personas morales, podrá ser formulada por apoderado que tenga poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial, sin que sea necesario acuerdo previo o ratificación del Consejo de Administración o de la asamblea de socios o accionistas, ni poder especial para el caso concreto".

César Augusto Osorio y Nieto en su obra "La Averiguación Previa" prevé cuatro hipótesis en el caso de la querella:

- a. Que el menor desee querellarse y sus ascendientes no. Aquí cabe resolver en términos del artículo 264 del código adjetivo penal, que faculta al menor para querellarse en forma verbal.
- b. Que el menor y un ascendiente deseen querellarse y otros no. Se está en la misma hipótesis anterior: basta la voluntad del menor, titular del bien jurídico.
- c. Si el menor no desea querellarse, pero los ascendientes sí. El autor en comentario está en favor de poner en conocimiento del Ministerio Público, en razón de existir un interés y una

manifestación de voluntad conjunta externada en sentido de que se inicie la averiguación previa.

d. Que el menor y un ascendiente no deseen querellarse, pero otros si. Se estima que debe resolverse por la afirmativa, dando curso a la función ministerial, en virtud de que existe el principio del interés jurídico básico de la persona facultada legalmente para formular querrela(201).

Añade el autor Osorio y Nieto que la querrela es por esencia divisible, dado su carácter potestativo, por lo que el titular de ese derecho puede ejercerlo con la libertad, espontaneidad y discrecionalidad propias de tal clase de facultades, ello aunado a que en su aspecto político la querrela traduce una ausencia de interés directo por parte del Estado para perseguir determinados ilícitos, por la naturaleza misma de los mismos, dándose prioridad a la voluntad de la víctima u ofendido, dado que no lesiona intereses de terceros, en que la excepción sería, por ejemplo el artículo 274 del Código Penal en materia de adulterio, en que aunque se formule la querrela contra uno de los adúlteros, se procederá contra ambos, a excepción que uno de ellos esté ausente del país (o prófugo), en que sólo se procederá contra cualquiera de los responsables que esté presente(202).

La abstención de presentar querrela no implica un perdón tácito, pues la puede presentar en cualquier momento el pasivo o su representante, hasta antes de que opere la prescripción, en tanto que el perdón, que en todo caso debe ser expreso y previa presentación de la querrela, una vez otorgado por el ofendido o por el legitimado para ello, extingue la acción penal, siempre que:

- a. Se conceda ante el Ministerio Público, antes de que ejercite la acción penal,
- b. O bien ante el órgano jurisdiccional, antes de que dicte sentencia, en este caso extingue la ejecución de la sentencia.

El perdón es irrevocable, pues una vez otorgado no puede desistirse quien lo haya hecho, y además es divisible, igual que la querrela, como se desprende del tercer párrafo del artículo 93 del código sustantivo penal que señala "Cuando sean varios los ofendidos y cada (201) Cfr.: OSORIO Y NIETO, AUGUSTO CESAR, op. cit., p.9
(202) *Ibidem*, p.10

uno pueda ejercer separadamente la facultad de perdonar al responsable del delito y al encubridor, el perdón sólo surtirá efectos por lo que hace a quien lo otorga", salvo que se hubiere obtenido la reparación del daño, como el siguiente párrafo señala: "El perdón solo beneficia al inculpado en cuyo favor se otorga, a menos que el ofendido o el legitimado para otorgarlo, hubiese obtenido la satisfacción de sus intereses o derechos, caso en el cual beneficiará a todos los inculpados y al encubridor."

4.4. INTEGRACION DE LA AVERIGUACION PREVIA

La averiguación previa se inicia con la noticia criminis, o sea con el aviso que le haga llegar un particular, o uno de sus auxiliares, de que en el mundo fáctico se ha realizado un hecho o una conducta que, al decir del portador de la misma, esté tipificado en la ley como delito, y que le servirá como fundamento de la pretensión punitiva al ejercitar la acción penal, una vez que se hayan llenado todos los requisitos de estructura sistemática y coherente para la integración del acta (o expediente) de la averiguación previa, con la secuencia cronológica, precisa y ordenada legalmente.

4.4.1. LA NOTICIA DEL DELITO Y EL INICIO DE LA AVERIGUACION PREVIA.

Una vez que se ha presentado la acusación, denuncia o querrela, sea por persona física, o por el representante legítimo, o bien a través de un informe o parte de policía preventiva o judicial, que son auxiliares del Ministerio Público, respecto de un hecho presumiblemente constitutivo de un delito, se inicia propiamente lo que es el acta de averiguación previa, la que puede ser:

a. DIRECTA. Que es aquella que se inicia ante la agencia investigadora, presentada sea por el ofendido, por su legítimo representante, o por cualquier particular o policía (judicial o preventiva), respecto a hechos o conductas presumiblemente ilícitas, por afectar bienes jurídicamente tutelados; en forma directa, ante la agencia investigadora, solicitando se esclarezcan los hechos, y que puede hacerse en forma oral o por escrito, en donde se describan los hechos supuestamente delictivos, sin clasificarlos en términos del derecho de petición previsto en el artículo 80. de la Constitución, de manera pacífica y respetuosa, y que

deberá ratificar al ser presentado, cuando sea requerido para ello, conforme lo preceptúa el artículo 276 del código adjetivo penal, y que añade "Cuando la denuncia o querrela no reúna los requisitos citados, el funcionario que la reciba prevendrá al denunciante o querellante para que la modifique, ajustándose a ellos, asimismo se le informará, dejando constancia en el acta, acerca de la trascendencia jurídica del acto que realiza, sobre las penas en que incurrirán los que declaren falsamente ante las autoridades, y sobre las modalidades del procedimiento, según se trate de delito perseguible de oficio o por querrela".

b. **POR REMISION.** Que procede cuando la policía judicial o preventiva son requeridos para detener a un probable delincuente, o en el caso de flagrancia, cuando es detenido el sujeto por los propios policías o por particulares, con motivo de realizar un acto típico perseguible por denuncia, solicitando los servicios de la policía para que lo remita al Ministerio Público y se inicie la averiguación previa correspondiente, y sólo procede en el caso que la denuncia no pueda ser formulada directamente ante el Ministerio Público, en que la policía (judicial) levantará un acta que rendirá ante el Ministerio Público, donde consignará: I. El parte de policía, o en su caso, la denuncia que ante ella se haga, asentando minuciosamente los datos proporcionados por una u otra; II. Las pruebas que suministren las personas que rindan el parte o hagan la denuncia, así como las que se recojan en el lugar de los hechos y que se refieran a la existencia de los elementos del tipo o a la probable responsabilidad de sus autores, cómplices o encubridores, y III. Las medidas que dictaren para completar la investigación"(art. 244 CPP)

c. **PRIMORDIAL.** Es la primer averiguación previa levantada ante el Ministerio Público a través de denuncia o querrela de hecho o conducta presumiblemente delictiva, con objeto de que se investigue o en su caso se castigue al trasgresor.

d. **RELACIONADA.** Este tipo de actas nos recuerda el principio de unidad de la institución del Ministerio Público, en que no obstante que los agentes del mismo, de cualquier agencia investigadora en el Distrito Federal, tienen competencia en toda la superficie del territorio de éste, por razones de índole práctica, se solicita a otras agencias del Ministerio

Público de la localidad, la ejecución de una o varias diligencias que se requieran para la comprobación de los elementos del tipo o la probable responsabilidad de un inculpado, para tal efecto se establece comunicación telefónica, por radio o la red interna de la Procuraduría, proporcionando el número de averiguación previa (acta) primordial y explicando con toda precisión la diligencia solicitada, tomando razón del nombre y cargo de la persona y hora en que se recibió la llamada, para asentarlo en el acta respectiva.

e. CONTINUADA, es la averiguación previa que se cierra al término de un turno de la agencia del Ministerio Público, pero está inconclusa, por faltar diligencias que practicar, y por ello no puede ser objeto de una determinación ministerial, por lo que deberá continuarse y en su caso concluirse por el turno entrante, o en su caso sea remitida a Mesa Investigadora para su prosecución y perfeccionamiento legal.

Pero sea cual fuere el tipo de acta, deberá hacer mención del lugar en que actúa la agencia investigadora, la hora, el día, mes y año, el número de agencia o mesa investigadora que esté actuando y el turno a que corresponda, señalando de qué tipo de acta se trata, sea primordial o relacionada, e indefectiblemente la clave de la averiguación previa, e inmediatamente una narración breve de los hechos que motivaron el levantamiento del acta, síntesis a la que se le llama exordio.

Las actas deben levantarse en papel oficio, insertándose los informes o partes de policía (auxiliar o judicial), las diligencias de ratificación o de reconocimiento de firmas y de todas las determinaciones o certificaciones respectivas, agregando razonados y en su caso fedatados los documentos y papeles que presenten; y en el caso de que se reciban armas u otros objetos relacionados con el delito, se deberán describir con precisión, según marca, modelo, color, características, etc., que faciliten su identificación; si se tratase de dinero, se deberá contar, señalando el número de billetes o monedas y su denominación, otorgando en todo caso un recibo a la persona en cuyo poder se encontraron, y el consecuente asiento en el acta, añadiendo copia o duplicado del recibo.

No se debe de perder de vista lo previsto en el artículo 281 del código adjetivo penal, que señala que las diligencias que se practiquen deberán ser breves y concisas, evitándose vacíos y narraciones superfluas que alarguen los procedimientos y en general estar a lo preceptuado por el artículo 273 del código procesal penal en comento, que señala: "La policía judicial estará bajo la autoridad y mando inmediato del Ministerio Público, lo mismo que la policía preventiva, cuando actúen en averiguación o persecución de los delitos. Tanto el Ministerio Público como la policía se sujetarán a los reglamentos y leyes orgánicas respectivas, en lo que concierne a las diligencias que hayan de practicar antes de iniciarse el procedimiento judicial".

4.4.2. INTERROGATORIOS

4.4.2.1. CONCEPTO

Por interrogatorio, precisa César Augusto Osorio y Nieto en su obra antecitada, se entiende "un conjunto de preguntas que debe realizar en forma técnica y sistemática el funcionario encargado de la averiguación previa a cualquier sujeto que pueda proporcionar información útil para el conocimiento de la verdad de los hechos que se investigan" (203), en tanto que la declaración es una relación de hechos que hace una persona acerca de determinadas personas o circunstancias que se vinculan con lo que se investiga en una averiguación previa determinada y que se asientan en el acta, lo más apegado a lo manifestado por el deponente.

4.4.2.2. DECLARACION DEL DENUNCIANTE O DE LA VICTIMA.

Previo a la declaración se debe identificar a la persona, exhortándola si es menor de 18 años, o protestándola para que se conduzca con verdad, y apercibiéndola de las penas en que incurren los falsos declarantes, pasando luego a tomarle sus generales, como son: domicilio, teléfono, lugar de origen, nacionalidad (y en su caso calidad migratoria), edad, estado civil, religión, grado de instrucción, ocupación e invitándole luego para que declare lo que sepa en relación a los hechos que se investigan, en que el agente deberá encausar y orientar el interrogatorio, pero sin presionar o sugerir al declarante, concluido lo cual, se le lee en voz alta lo declarado para que lo ratifique y firme al margen para constancia legal. Si (203) *Ibídem*, p.12

no supiere o no pudiere leer, una persona que el deponente designe, procederá a leérsela o bien el propio Agente del Ministerio Público que le tomó su declaración, le dará lectura a ésta y en vez de firmar el declarante imprimirá su huella dactilar.

En todo caso, al igual que el imputado, el ofendido debe ser examinado por el médico legista adscrito a la agencia investigadora, para que dictamine con carácter provisional acerca de su estado psicofisiológico y con objeto de determinar si está bien de sus facultades mentales, y en caso de que se determine que está en estado de ebriedad, bajo el influjo de fármacos o en circunstancias que no pueda declarar, si así lo determina el médico responsable, se le podrá interrogar, mas no tomar declaración.

Su declaración puede ser presentada por escrito o dictada de viva voz, en el primer supuesto deberá ratificarla al momento de su presentación o cuando sea requerido para ello, como vimos anteriormente.

4.4.2.3. DECLARACION DE TESTIGOS

En términos del código adjetivo penal esta diligencia procede en el caso de que por revelaciones hechas en las primeras diligencias (denuncia, querrela, informe o parte de policía), o por otras circunstancias, se considere necesario el examen de testigos para el esclarecimiento de un hecho delictuoso o de sus circunstancias, sea de oficio, o bien a solicitud de parte(189 CPP).

César Augusto Osorio y Nieto en su obra precitada define al testigo como "toda persona física que manifiesta ante el órgano de la investigación lo que le consta en relación a la conducta o hechos que se investigan"(204).

Esta diligencia procede en el caso de que por revelaciones hechas en las primeras diligencias (denuncia, querrela, informe o parte de policía), o por otras circunstancias, se considere necesario el examen de testigos para el esclarecimiento de un hecho delictuoso o de sus circunstancias, sea de oficio, o bien a solicitud de parte.

(204) *Ibidem*, p.13

En materia penal no existe tacha de testigos, por lo que cualquier persona, con independencia de edad, sexo, condición social o antecedentes, debe ser admitida como testigo, siempre que pueda aportar algún dato para la averiguación del delito y si fueren varios testigos, la autoridad que esté actuando deberá tomar las providencias para que no se comuniquen entre sí, ni por medio de otro, antes de rendir su declaración, pues solo las partes pueden asistir a esta diligencia, salvo: I. Cuando el testigo sea ciego; II. Cuando sea sordo o mudo, y III. Cuando ignore el idioma castellano, en que podrá hacerse acompañar de otra persona para que firme su declaración o del intérprete que le sea asignado, o bien uno o dos traductores mayores de edad, previa protesta de traducir fielmente las preguntas y respuestas que deban transmitirse (arts. 193 y 203 CPP).

Una vez en presencia del testigo, se le exhortará si es menor de 18 años, o se le protestará, si es mayor de edad, según fórmula prevista en el artículo 280 del código adjetivo penal, como sigue "Protesta usted, bajo su palabra de honor y en nombre de la ley, declarar con verdad en las diligencias en que va a intervenir?" y en caso de que la contestación sea en sentido afirmativo, se le señalarán las penas en que incurrir los falsos declarantes, previstas en el artículo 247 fracción I (hipótesis de declaraciones ante autoridad administrativa), que se sancionan con prisión de dos a seis años y multa de cien a trescientos días, y quien deberá identificarse con credencial idónea, donde aparezca su nombre, fotografía y firma, iniciando su declaración con sus generales, consistentes en nombre, apellidos, en su caso apodo, edad, nacionalidad, domicilio, estado civil, profesión u ocupación y en particular si se halla ligado al inculpado o a la víctima u ofendido por vínculos de parentesco, amistad u otros, o bien si tiene motivos de odio, o rencor contra alguno de ellos, e inmediatamente se le invita para que manifieste lo que sabe y le consta sobre los hechos de la averiguación previa.

En el caso de que se trate de parientes consanguíneos o afines en línea recta, ascendente o descendente o en la colateral hasta el tercero, o se trate de cónyuges, tutores, curadores, pupilo o personas ligadas con el acusado por vínculos de amor, respeto o gratitud, la autoridad de actuaciones les hará saber el derecho que tienen de abstenerse de declarar,

pero si lo quisieren hacer voluntariamente, se les recibirá su declaración, pero haciendo constar esta circunstancia en la diligencia, para efectos de valor probatorio de su dicho(arts. 192 y 193 CPP).

Los testigos deberán declarar de viva voz lo que sepan, sin que les sea permitido leer respuestas que lleven escritas, salvo notas o documentos específicos y a juicio de la autoridad; además de lo declarado, el propio Ministerio Público y el defensor pueden hacerles a los testigos las preguntas que consideren pertinentes, siempre que no sean insidiosas; escribiendo al propio momento de la diligencia, lo que manifesten, redactando las deposiciones con claridad, pero usando en lo posible las palabras empleadas por el testigo, concluido lo cual se le leerá su declaración o bien la puede leer por sí, y en su caso pedir alguna corrección o agregar lo que desee, pero siempre y finalmente la debe ratificar mediante la inserción en la misma de su firma o huella en el margen de cada hoja que contenga su dicho(arts. 207 y 208 CPP).

Todas las circunstancias que puedan limitar la veracidad de lo manifestado por el testigo se deben hacer constar en el acta de averiguación previa y en caso de que sea notoria la falsedad de sus declaraciones, se podrá iniciar averiguación separada y se ordenará se compulsen las contradicciones, para en su caso, integrar el delito de falsedad de declaraciones ante autoridad distinta de la judicial (art. 247, fr. I CPP), sin que con ello se suspenda la diligencia de la averiguación previa que se esté practicando.

Para determinar el valor probatorio de la declaración de cada testigo, el Ministerio Público se sujetará a lo previsto en el artículo 255 del código adjetivo penal, tomando en consideración: I. Que el testigo no sea inhábil por cualquiera de las causas señaladas en el código adjetivo; II. Que por su edad, capacidad e instrucción, tenga el criterio necesario para juzgar el acto; III. Que por su probidad, la independencia de su posición y antecedentes personales, tenga completa imparcialidad; IV. Que el hecho de que se trate sea susceptible de conocerse por medio de los sentidos, y que el testigo lo conozca por sí mismo y no por inducciones ni referencias de otro; V. Que la declaración sea clara y precisa, sin dudas ni

reticencias, ya sobre la sustancia del hecho, ya sobre sus circunstancias esenciales, y VI. Que el testigo no haya sido obligado por fuerza o miedo, ni impulsado por engaño, error o soborno, cabiendo señalar que el apremio no se reputa fuerza.

4.4.2.4. DECLARACION DEL INDICIADO

El indiciado en el proceso penal está rodeado de una serie de garantías como es el caso que en los lugares de detención dependientes del Ministerio Público no existan rejas, sino salas de espera, sujetas solo a las seguridades debidas, donde existirá un aparato telefónico para que pueda el indiciado comunicarse con su familia, su defensor o con quien considere conveniente, excepto que se encuentre en estado de ebriedad, bajo el influjo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas o bien presente una situación mental que denote peligrosidad, o pretenda evadirse, caso en el que será ubicado en áreas de seguridad, como lo señala el artículo 134-Bis del código adjetivo penal; que en todo caso estarán separadas el área asignada a mujeres de la asignada a los varones.

Además, desde que sea detenido un sujeto o se presente voluntariamente ante el Ministerio Público, se deberá asentar la hora, fecha y lugar de la detención, y en su caso el nombre y cargo de quien la haya ordenado, así como el nombre y cargo de quien la haya ejecutado, y si fue autoridad diversa al Ministerio Público, deberá presentar informe circunstanciado y firmado por quien la haya ejecutado.

Desde el momento en que es detenido se le debe hacer saber:

- a. La imputación que obra en su contra y el nombre del denunciante o querellante, y
- b. Los derechos que le consagra el artículo 20 constitucional, y que son los siguientes:

PRIMERO.- Acceder al beneficio de la libertad provisional, si garantiza la reparación del daño y sanciones pecuniarias; no se trate de delito grave, y aún puede obtener la libertad que decreta el Ministerio Público, sea mediante arraigo y sin caución, hasta de tres días, prevista en el artículo 271 del código adjetivo penal, siempre que:

- I. La pena máxima no exceda de cinco años de prisión;
- II. Proteste presentarse ante la autoridad investigadora cuando sea requerido para ello;
- III. No existan datos que pretenda sustraerse a la acción de la justicia;
- IV. Realice convenio con el ofendido o sus causahabientes ante el Ministerio Público de la forma en que reparará el daño, sea
 - que se avengan el indiciado y el ofendido en el monto, o
 - lo determine el Ministerio Público, según estimación de daños, inspección ministerial, testimoniales u otros elementos de prueba.
- V. Si se tratare de delito imprudencial por tránsito de vehículos, siempre que:
 - no haya abandonado al lesionado, ni
 - participado en los hechos en estado de ebriedad, o bajo el influjo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas, y
- VI. Que persona digna de fe, a juicio del agente investigador del Ministerio Público se comprometa bajo protesta a presentar al probable responsable cuando así se resuelva.

SEGUNDO.- No ser compelido a declarar, ni ser incomunicado, intimidado o torturado para obtener su confesión, pues la confesión rendida ante autoridad distinta del Ministerio Público o del juez y sin la asistencia de su defensor, carece de valor probatorio.

TERCERO.- Derecho a ofrecer los testigos y demás pruebas que ofrezca y concederle el tiempo necesario para su desahogo, siempre que los primeros estén presentes en la oficina del Ministerio Público y respecto a las segundas, no se traduzca en retardo para la diligenciación de la averiguación previa, y además, se le faciliten todos los datos que requiera para su defensa y que consten en el expediente, pudiendo consultarlo en compañía de su defensor, en la propia oficina de la agencia investigadora, pero siempre en presencia del personal adscrito a la misma.

CUARTO.- Derecho que tiene en base al artículo 134-Bis del código adjetivo penal de tener una defensa adecuada, sea por sí, por abogado o persona de su confianza; a falta de

ello el Ministerio Público le designará uno de oficio, el que deberá asistir cuando declare y comparecer en todos los actos de desahogo de pruebas que se verifiquen en la agencia investigadora. Defensa que deberá ser adecuada y que en base a la fracción X del artículo 20 constitucional, en ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquier otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

QUINTO.- En el supuesto que el indiciado no hable o entienda suficientemente el idioma castellano (por pertenecer a grupo étnico-indígena o ser extranjero), se le designará traductor, y en caso de ser extranjero, se deberá hacer la comunicación respectiva a la representación diplomática o consular del país que se trate (art. 269, fr. IV CPP)

En base a los cinco puntos anteriores y específicamente a la primer parte del artículo 20, fracción IX de la Constitución que señala "Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigne esta Constitución...", se entiende que son todos aquellos a los que tiene derecho, y como se desprende del penúltimo párrafo del citado artículo constitucional que prevé que "Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; la prevista en la fracción II no estará sujeta a condición alguna". Se entiende que tales beneficios se deben hacer saber desde el momento de su detención, y de ello debe dejarse constancia en el acta de averiguación previa y en el supuesto de que no hable o entienda suficientemente el idioma castellano, el traductor que se le designe desde el primer día de su detención o presentación, deberá informarle de todos sus derechos y asistirlo, como lo señala el artículo 285-Bis del código adjetivo penal.

Una vez enterado de sus derechos, se procederá a pasarlo al médico legista para que dictamine sobre su estado psicofisiológico, o sea para determinar en primer lugar si es mayor o menor de edad, si presenta alguna alteración mental, y en caso de presentarla, si ésta es permanente o transitoria, en el segundo caso, en lo posible determinar la causa (p.e. ebriedad, toxicomanía, golpe, etc.) o en su caso solicitar el permiso del médico responsable (en el caso

de lesionados) para que declare; en cualquier caso en que no esté en completa lucidez, no se le declara, sino que se le interroga; en la práctica, salvo casos urgentes, se espera a su restablecimiento. Además se debe asentar en el informe médico si presenta o no lesiones, en dos momentos, como señalamos: antes de declarar y luego una vez producida su declaración, lo que equivale a un mecanismo legal para evitar todo maltrato de que pudiera ser objeto. Cabe reiterar que a los indiciados no se les protesta, sino que se les exhorta a que se conduzcan con verdad, por lo que se refiere a hechos propios, y cuya declaración se debe producir en todo caso ante su defensor, sea particular o de oficio.

La declaración del indiciado comienza por sus generales, nombre, apellidos, apodo, domicilio, estado civil, instrucción, edad, lugar de origen o nacionalidad, y la declaración sobre la forma en que ocurrieron los hechos.

En el caso de que en su declaración ministerial se produzca la confesión, ésta deberá reunir los requisitos previstos en el artículo 136 del código sustantivo penal, que la define como una declaración voluntaria, hecha por persona no menor de dieciocho años, en pleno uso de sus facultades mentales, rendida ante el Ministerio Público (o ante el juez o tribunal de la causa), y que es admisible en cualquier momento del procedimiento pero siempre y en todo caso antes de pronunciarse sentencia definitiva, sobre hechos propios constitutivos del tipo delictivo, emitida con las formalidades del artículo 20 fracción II constitucional, que precisa que "No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o juez o ante éstos sin la asistencia del defensor, carecerá de todo valor probatorio", que es robustecida por el artículo 249 del código adjetivo penal, que señala además cuatro requisitos para su validez:

- I. Que sea hecha por persona no menor de dieciocho años, en su contra, con pleno conocimiento, y sin coacción ni violencia física o moral,
- II. Que sea de hecho propio,

III. Que sea hecha ante el Ministerio Público, juez o tribunal de la cusa, asistido de su defensor o persona de su confianza, que esté el inculpado debidamente enterado del -- procedimiento, y

IV. Que no vaya acompañada de otras pruebas o presunciones que la hagan inverosímil a juicio del Ministerio Público o del juez.

Pues, además, como lo prevé el propio artículo 289 del código adjetivo penal, en ningún caso, y por ningún motivo podrá la autoridad emplear la incomunicación intimidación o tortura para lograr la declaración del indiciado o para otra finalidad.

4.4.3. INSPECCION MINISTERIAL

4.4.3.1. CONCEPTO.

La inspección ministerial es definida por el procesalista Colín Sánchez en su obra citada con anterioridad, como "un acto procedimental que tiene por objeto la observación, examen y descripción de personas, lugares y efectos de los hechos, para así obtener un conocimiento sobre la realidad de una conducta o hecho o para el descubrimiento del autor"(205).

4.4.3.2. OBJETOS A INSPECCIONAR

En general todo puede ser objeto de inspección como lo señala el autor Osorio y Nieto en su obra antecitada; por lo común lo pueden ser:

a. PERSONAS. Cuando en especial se trate de delitos que lesionan bienes jurídicos tales como: la vida y la integridad corporal (homicidio, lesiones, infanticidio, aborto, y en algunos delitos que protegen la libertad de copular (violación), o la salud (peligro de contagio), etc.

b. LUGARES. Si revisten interés para la averiguación previa. Cuando se trata de lugares públicos no existe problema, pero si se trata de lugares de propiedad privada, habrá que ajustarse a las formalidades previstas para los cateos en el artículo 16 constitucional.

(205) Cfr.: COLIN SANCHEZ, GUILLERMO, op. cit., p. 415

c. COSAS. Los objetos se deberán describir minuciosamente, si es posible, recogerse y sellarse y si no fuere posible, se tomarán las fotografías suficientes, así como planos y demás mecanismos, de manera que no se borren las huellas (p.e. derrapones, daño en propiedad ajena, moretones, etc.)

d. EFECTOS. Cuando lo que se examina son las consecuencias producidas por la conducta o hechos, en personas, lugares o cosas (p.e. lesiones o daño en propiedad ajena).

e. CADAVERES. En el caso de homicidio, se describe el cadáver, la posición que guardaba según puntos cardinales, o de referencia, lesiones externas o visibles que presente y señas particulares del cadáver en particular, sin perjuicio de que se practique la autopsia y con posterioridad se entregue el cadáver a quien lo reclame(206).

f. OTROS. Como se mencionó al inicio de este subíndice, la anterior enumeración es ejemplificativa mas no limitativa, pues el agente del Ministerio Público inspeccionará todo documento, escrito, grabación, etc., que se le presente como relacionada con los hechos que se investiguen(*).

La inspección y el resultado de visitas domiciliarias o de cateos, hacen prueba plena si se practican con los requisitos de ley.

4.4.3.3. MECANISMO

Esta prueba tiene como fundamento legal el artículo 262 del código procesal penal, que fija la obligación de los agentes del Ministerio Público o de sus auxiliares, en este último

(*) El artículo 101 del código adjetivo señala "Cuando para mayor claridad y comprobación de los hechos fuese conveniente levantar el plano del lugar del delito y tomar fotografías, tanto del lugar como de las personas que hubieren sido víctimas del delito, se practicarán estas operaciones y se hará copia o diseño de los efectos o instrumentos del mismo, aprovechando para ello de todos los recursos que ofrezcan las artes. El plano, retrato, copia o diseño se unirán al acta."

(206) Cfr.: OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO, op. cit., p.15

caso, de acuerdo con las instrucciones que reciban de los primeros, una vez que tengan noticia de la comisión de un delito, a proceder de oficio a la averiguación, por lo que si fuere necesario, se trasladarán al lugar de los hechos y si hubiere vestigios o pruebas materiales de su perpetración, lo harán constar en el acta de averiguación previa (como parte de policía judicial), recogiéndolas si fuere posible, como se desprende del artículo 98 del código en comento; si no fuere posible recoger las cosas o se trate de personas, deberán describirse detalladamente respecto a su estado y circunstancias conexas.

Por ello el Ministerio Público (o la Policía Judicial en su caso), procederán a recoger en los primeros momentos de su investigación: armas, instrumentos o cualquier objeto que pueda tener relación con los hechos que se investigan y que se hallen:

- a. En el lugar de los hechos,
- b. En sus inmediaciones,
- c. En poder del inculpado, o
- d. En alguna otra parte conocida.

Procediendo a describir cuidadosa y minuciosamente el lugar, tiempo y ocasión, u otras circunstancias en que los hallaron. Si estuvieran en posesión de una persona determinada, deberán recogerse a cambio de un recibo, que se le entregará y cuyo duplicado obrará en autos.

Esta diligencia está muy relacionada con la peritación, como se desprende de los artículos 99 y 121 del código adjetivo penal, que en general señalan que en aquellos casos en que se requieran conocimientos especiales para la comprobación del delito, se utilizarán asociadas la inspección ministerial (o judicial) y la pericial, sin perjuicio de las demás.

Por lo cual el agente del Ministerio Público que lleve a cabo la diligencia de inspección ocular debe ser auxiliado por un médico forense o por otra clase de perito, según el delito a investigar, además de un técnico en criminalística, un fotógrafo y de un experto en planimetría (para levantamiento de planos), en que al Ministerio Público le corresponde observar y describir el estado del lugar y de las personas o cosas relacionadas con el delito, y al perito, de acuerdo con su especialidad, hacer las apreciaciones correspondientes, pero en todo caso

la inspección ocular se sujetará, como precisa Fernando Arilla Bas en su libro "El Procedimiento Penal en México", al orden siguiente:

- a. Hora, lugar, estado del tiempo, luz, grados calóricos e higrométricos;
- b. Descripción del lugar, orientación cardinal, vías de acceso, estado interno (orden o desorden);
- c. Descripción en sus respectivos casos, de las personas, cadáveres y cosas relacionadas con el delito. Las personas que pudieren expresarse serán examinadas con las formalidades del testimonio.
- d. Búsqueda y protección, con el asesoramiento del técnico en criminalística de las huellas del delito. Cuando no se encuentren huellas, se preguntará a los peritos si el delito no las dejó o si habiéndolas dejado, desaparecieron de manera natural, casual o intencional, las causas de la desaparición y los medios usados para lograrla;
- e. Recoger las armas, instrumentos y objetos de cualquier clase que pudieren tener relación con el delito y que se hallaren en el lugar en que éste se cometió, en sus alrededores, en poder de alguna persona o en otra parte conocida, expresando cuidadosamente el lugar, tiempo y ocasión en que se encontraron;
- f. Aseguramiento de las armas, instrumentos y objetos recogidos, sellándose, siempre que lo permita su naturaleza. Si no pudieran conservarse en su forma primitiva, se hará lo más conveniente para conservarlos lo mejor posible, y
- g. Levantamiento de plano topográfico y obtención de fotografías **(207)**.

En el caso que fuere posible, los instrumentos, armas u objetos se sellarán (si lo permite su naturaleza) y se acordará su retención y conservación, y si no fuere posible, deberán peritarse breve término, haciéndolo constar en el acta de averiguación previa

(207) Cfr. sobre todo esto vease ARILLA BAS, FERNANDO, op. cit., pp.130, 322

Si lo que se retuvo son vehículos, una vez practicada la inspección ministerial, se entregarán a sus propietarios, poseedores y a sus representantes legales en calidad de depósito, por sí fuere necesaria ulterior peritación, siempre que:

I. Se comprometan a mantenerlos en lugar ubicado en el Distrito Federal a disposición del Ministerio Público, conservándolos como hubieran quedado después de los hechos de que se trate, con la obligación de presentarlos a la autoridad cuando se les requiera para la práctica del peritaje correspondiente, que deberá verificarse dentro de los tres días siguientes;

II. Que el indiciado no haya pretendido sustraerse a la acción de la justicia, abandonado al lesionado, en su caso, o consumado el hecho en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o psicotrópicos, y

III. Que la averiguación previa se tramite como consecuencia de un hecho imprudencial, cuya pena no exceda de cinco años de prisión(art. 100 CPP).

Cabe señalar que también intervienen peritos cuando, como ya vimos, no aparezcan huellas del delito, para que dictaminen acerca de si la desaparición de las pruebas materiales ocurrió natural, casual o intencionalmente, así como los medios usados para que dicha desaparición ocurriese, aquí también pueden incluirse testimoniales u otros medios probatorios respecto a la preexistencia de la cosa o prueba material.

Cuando para mayor claridad y comprobación de los hechos fuere conveniente levantar planos del lugar de los hechos y tomar fotografías del lugar como de las personas víctimas del delito, se levantarán planos, omitiendo datos o detalles que a juicio del agente del Ministerio Público, oyendo el parecer del perito en criminalística, resulten innecesarios y resaltando con mayor fidelidad aquéllos idóneos para coadyuvar a la investigación.

Afirma Fernando Arilla Bas en su obra antecitada que el plano se diferencia del croquis en que el plano es una representación gráfica de un lugar mediante proyección de líneas y puntos sobre una superficie horizontal, sujeta a medidas y proporciones (escalas), en tanto que el croquis es una reproducción no sujeta a medidas ni proporción. El plano en general

debe ser llevado a cabo por un experto en planimetría, pero en casos de urgencia o que no revistan gran dificultad, podrá ser levantado directamente por el agente del Ministerio Público (p.e. si el delito se cometió en el interior de una casa-habitación), en cuyo caso puede recurrirse al denominado desdoblamiento de Kenyeres, que consiste en abatir en torno a la superficie representativa del suelo, la que representan las paredes y el techo. Sobre cada una de las superficies mencionadas se proyectan los detalles en ellas contenidos. Pero en todo caso las medidas del lugar inspeccionado deben ser exactas, tomadas sirviéndose de una cinta métrica, tomando como punto de referencia un lugar fijo (p.e. ángulos de una habitación, marcos de puertas, postes, etc.) y nunca partir de un punto móvil que pueda ser desplazado accidental o voluntariamente(208).

Dentro del propio código adjetivo penal se prevén diligencias básicas para algunos tipos de delitos o medios de comisión, como en el caso de homicidio, lesiones, delitos sexuales, o enfermedades que se sospeche que fueron ocasionadas, aborto, infanticidio (derogado), envenenamiento, robo, incendio, falsificación de documentos, entre otros.

4.4.4. RECONSTRUCCION DE HECHOS.

4.4.4.1. CONCEPTO

Señala Sergio García Ramírez en su obra citada al calce, que "La reconstrucción de hechos constituye una de las proyecciones o formas que puede asumir la prueba de inspección" toda vez que en ella "se reproducen situaciones, así sea en sus trazos medulares, como en sus circunstancias o datos secundarios, con el propósito de apreciar fiel y detalladamente el escenario y las condiciones de un crimen"(209).

4.4.4.2. MECANISMO

Este medio probatorio consiste en que bajo la dirección y responsabilidad del Ministerio Público, con posterioridad a la inspección ocular y ajustándose a las reglas que se precisan para la inspección, en términos de las diligencias de averiguación previa, respecto a elementos del tipo, huellas y objetos del delito (Título Segundo, Capítulo I de la Sección Primera del CPP), se constaten los actos mediante su reproducción, de manera que sirvan

(208) *Ibidem*; p. 239

(209) Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, "CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL", op.cit., pp.427-428

para comprobar la veracidad o falsedad de declaraciones y permite a la autoridad de actuaciones representarse de manera plástica la forma y circunstancias de realización de los hechos sujetos a investigación, mediante la reproducción ficticia de los mismos, como lo señala el artículo 144 del ordenamiento adjetivo penal "La inspección podrá tener el carácter de reconstrucción de hechos y tendrá por objeto apreciar las declaraciones que se hayan rendido y los dictámenes periciales que se hayan formulado; se practicará dentro de la averiguación previa únicamente cuando el Ministerio Público que practique las diligencias lo estime necesario...", la que debe practicarse en el lugar de los hechos, si el sitio tuvo influencia en su desarrollo, pues de no ser así, puede practicarse en la misma agencia del Ministerio Público o en otro lugar, pero debe ser siempre posterior a la inspección ocular y una vez que hayan declarado: el ofendido, los testigos y el indiciado; puede repetirse esta diligencia las veces que considere necesario el funcionario que practique las diligencias de averiguación previa (o el juez, en el caso de la instrucción), pero en todo caso deben asistir:

- I. El Ministerio Público (o el juez) que ordena la diligencia, con su secretario o testigos de asistencia;
- II. La persona que promoviere la diligencia;
- III. El inculpado y su defensor;
- IV. Los testigos presenciales, si residieran en el lugar;
- V. Los peritos nombrados, siempre que el juez o las partes lo estimen necesario; y
- VI. Las demás personas que el Ministerio Público crea conveniente y que exprese en el mandamiento respectivo(art. 148 CPP).

Las que deberán ser citadas con la debida oportunidad.

Una vez constituidos en el lugar, la autoridad de actuaciones (sea en el lugar de los hechos u otro):

1. Protestará a los peritos y testigos para que se conduzcan con verdad;
2. Designará a la persona o personas que sustituyan a los agentes del delito que no estén presentes;
3. Dará fe de las circunstancias y pormenores que tengan relación con el delito;

4. Leerá la declaración del inculpado y hará que éste explique prácticamente las circunstancias de lugar, tiempo y forma en que se desarrollaron los hechos;

5. De la misma forma procederá con cada uno de los testigos presentes, concluido lo cual;

6. Los peritos emitirán su opinión en vista de las declaraciones rendidas (y en su caso de las huellas o indicios existentes) atendiendo a indicaciones y preguntas que les haga el Ministerio Público, procurando que sus dictámenes versen sobre puntos precisos(art.150 CPP).

Si la reconstrucción es a petición de parte, ésta deberá precisar cuáles son los hechos o circunstancias que desea esclarecer; también en este caso la diligencia puede ser repetida las veces que sea necesario a juicio del inculpado, de su defensor, o del Ministerio Público durante la averiguación previa(art.151 CPP).

Esta prueba, como vimos, sólo sirve para constatar las declaraciones ministeriales y los dictámenes que obren en autos.

4.4.5. FE MINISTERIAL

4.4.5.1. CONCEPTO.

El autor Osorio y Nieto en su obra antecitada precisa que es la autenticación que hace el Ministerio Público, dentro de la diligencia de inspección ministerial de personas, cosas, lugares, documentos o efectos, relacionados con los hechos que se investigan(210).

4.4.5.2. MECANISMO

El agente del Ministerio Público, acompañado de su Oficial Secretario, da fe de todo lo que se le presente a la vista y esté relacionado con la investigación del delito que se trate, como da fe de tener a la vista en el lugar de los hechos las personas o cosas que hubiere afectado el acto delictuoso (art.265 CPP), o da fe de lesiones, tanto al presentar al lesionado al dictamen médico provisional, pues además de ver al dictamen vio al herido.

(210) CEF. OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO, op. cit., pp.18-19

4.4.6. CONFRONTACION

4.4.6.1. CONCEPTO

Guillermo Colín Sánchez en su obra "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales" la conceptúa como "un acto procedimental que consiste en identificar, en una diligencia especial, a la persona a que se hace alusión en las declaraciones, para así despejar los aspectos imprecisos o dudosos"(211)

4.4.6.2. MECANISMO

En términos del código adjetivo penal esta diligencia procede cuando un declarante desconoce las generales de un sujeto, pero manifiesta poder reconocerlo si se le presentara; o cuando alguien asegure conocer a una persona y existan sospechas fundadas de que no la conoce(art. 218 CPP).

Antes de practicar la confrontación, deberán cuidarse todos los detalles que señala el artículo 219 del código adjetivo penal y que son:

- I. Que la persona a ser confrontada no se disfrace ni se desfigure, ni borre las huellas o señales que puedan servir al que tiene que designarla;
- II. Que aquélla se presente acompañada de otros individuos vestidos con ropas semejantes y aún con las mismas señales que las del confrontado, si fuere posible, y
- III. Que los individuos que acompañan a la persona que va a confrontarse, sean de clase análoga, atendida su educación, modales y circunstancias especiales.

Como es claro, en el caso de sujetos peligrosos, el confrontante puede encontrarse temeroso de ser identificado y en lo futuro ser objeto de represalias, por lo que puede pedir a la autoridad investigadora actuante que tome mayores precauciones que las prevenidas y acordarlas el Ministerio Público, siempre que no perjudiquen a la verdad, o aparezcan inútiles o maliciosas.

Por su parte el sujeto a ser confrontado se le coloca en una fila de entre varios sujetos con trajes y señas similares, y puede elegir el sitio en que quiera ser colocado y pedir (212) Cfr. OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO, op. cit., pp.18-19

que se excluya de la reunión a la persona que parezca sospechosa, lo que podrá autorizar o negar discrecionalmente la autoridad de actuaciones(art.221 CPP).

Al confrontante se le toma protesta de conducirse con verdad, y una vez que están en fila los sujetos a confrontación, se le interrogará: si persiste en su declaración anterior; si conocía con anterioridad a la persona a quien atribuye el hecho, si la conoció en el momento de la ejecución de lo que se averigua, y si después de la ejecución del hecho la ha visto, en qué lugar y por qué causa y con qué motivo (art. 222 CPP), hecho lo cual se le permitirá hacer un reconocimiento detenido de los sujetos de la fila, indicándole que toque con la mano a la persona que reconozca, debiendo manifestar al momento las diferencias o semejanzas que advierta entre su apariencia actual y la que tenía en la época a que su declaración se refiera, si fueran varios confrontantes o confrontados, se realizarán las diligencias en forma separada, repitiéndose cuantas veces fuere necesario.

4.4.7. RAZON

4.4.7.1. CONCEPTO

Afirma el autor Osorio y Nieto en su obra antecitada que la razón es un registro que se hace respecto de un documento que se glosa a los autos del expediente de la averiguación previa (o durante el proceso) en casos específicos (212).

4.4.7.2. MECANISMO

En general tiene como fundamento legal el artículo 272 del código procesal penal, que a la letra dice "Los documentos que durante la tramitación del expediente presentaren las partes, o que deban obrar en el mismo, se agregarán a éste y de ello se asentará razón", y consiste en un mecanismo mediante el cual, previo asiento de hora, día, mes y año, se glosan al expediente tales documentos que presenten las partes para que obren en el procedimiento y produzcan sus efectos en el momento procedimental oportuno.

Una cuestión especial en la razón, prevista en el artículo 282 del código adjetivo en comento, que señala "Cerrada el acta, se tomará razón de ella y el agente del Ministerio (212) COLIN SANCHEZ, GUILLERMO, op. cit., p. 423

Público procederá con arreglo a sus atribuciones", que significa que una vez que se cierre el acta, se registrará la averiguación previa en el Libro de Gobierno, en los demás registros que sea necesario, asentando los datos que la identifiquen.

4.4.8. CONSTANCIA

4.4.8.1. CONCEPTO

Es una manera en que el agente del Ministerio Público, durante la averiguación previa asienta formalmente un hecho relacionado con la averiguación que se integra, sea respecto a lo que se investiga o del procedimiento que se está verificando, según afirma César Augusto Osorio y Nieto(213).

Se trata de asientos específicos respecto a vestigios o pruebas materiales del delito que se encuentre el Ministerio Público y que asiente en el acta (art. 94 CPP); del reconocimiento de lugares (art. 97 CPP); de la ausencia de huellas o vestigios del delito (art. 102 CPP); de declaraciones de testigos sobre el delito que no deje huellas de su perpetración (art. 103 CPP); de señales de escalamiento, horadación o fractura, uso de llaves falsas en delitos de robo (art. 114 CPP); de vínculos de parentesco, tutela, curatela, amor, respeto, gratitud entre inculcados y testigos (art. 192 CPP); circunstancias que influyen en el valor probatorio de las testimoniales (art. 193 CPP); razón del dicho de los testigos (art. 194 CPP); nombre de la persona que reciba cédula de citatorio a testigos, o su dicho en el sentido de que está ausente la persona que se busca, dónde se encuentra, desde qué tiempo, y cuándo espera su regreso (art. 197 CPP); en el caso de que no quiera o no sepa firmar el testigo (art. 211 CPP); de que alguna persona sea sospechosa de veracidad, por razón de edad, parentesco o circunstancias especiales (art. 212 CPP); constancia de la hora, fecha, lugar, nombre y cargo de quien ordene la detención del probable responsable y de quien la ejecute (art. 269 fr. I CPP), entre otras.

4.4.9. LA DETERMINACION

4.4.9.1. CONCEPTO.

Es la resolución que se dicta una vez que se han realizado todas las diligencias conducentes a la integración de la averiguación previa, sea por la ~~el~~ ~~agencia~~ del Ministerio Público o por la Mesa Investigadora, donde se precisa el trámite que corresponde a la averiguación o que decide a nivel de averiguación previa, la situación jurídica planteada en la misma, afirma el citado autor Osorio y Nieto(214).

4.4.9.2. POSIBLES RESOLUCIONES

El Ministerio Público, sea desde los primeros momentos en que inicia la averiguación previa o cuando proceda, puede resolver el envío por incompetencia a otra autoridad investigadora, o bien el ejercicio o no ejercicio de la acción penal.

a. ENVIO A OTRA AGENCIA INVESTIGADORA

Esta resolución debe dictarse desde las primeras diligencias, en el supuesto de que se trate de asuntos de la competencia de:

1. La Procuraduría General de la República.

En el caso de que los hechos que motivaron el inicio de la averiguación previa constituyan posibles delitos del orden federal o bien la Procuraduría General de la República ejerza facultades de atracción previstas en el en el artículo 73, fracción XXI, segundo párrafo constitucional, cuando se trate de delitos del fuero común que tengan conexidad con delitos federales, caso en que se debe enviar el expediente y en su caso los objetos, instrumentos y aún los detenidos y poneros a disposición de la autoridad federal.

2. Agencia Especializada en Asuntos de Menores de Edad (Menores Infractores).

Cuando aparezca como indiciado o autor de una conducta infractora un menor de edad, el expediente de la averiguación previa, igual que los objetos y en su caso el menor (214) Cfr.: OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO, op. cit., p.19

detenido deberán ser enviados a la citada agencia especializada; en el supuesto que hubieren concurrido menores y adultos en el evento antisocial, se hará desglose y se envía copia de lo actuado a dicha agencia especializada, continuando con los mayores de edad dentro del procedimiento ordinario.

3. Dirección de Consignaciones.

Cuando se realicen averiguaciones previas sin detenido, respecto a hechos sucedidos en entidades federativas, para que esta dependencia las envíe a su vez al Estado que corresponda.

4. Envío a Direcciones Generales Investigadoras de:

- Robo de Vehículos (dependiente de su respectiva Coordinación),
- Asuntos Especiales y Relevantes del Procedimiento Penal,
- Asuntos de Menores e Incapaces,
- Delitos Contra la Seguridad de las Personas, las Instituciones y la Administración de Justicia,
- Delitos contra el Honor, Responsabilidad Profesional y Relacionados con Servidores Públicos,
- Delitos Patrimoniales no-Violentos,
- Delitos Patrimoniales no-Violentos, relacionados con Instituciones del Sistema Financiero,
- Delitos Sexuales,
- Homicidios,
- Robo a Bancos y Delincuencia Organizada
- Robo a Negocios y Prestadores de Servicios,
- Robo a Transporte.

5. Envío a otra Delegación Regional o a otra Agencia.

Este caso se da en el supuesto de actas relacionadas, cuando los hechos materia de una investigación suceden en el perímetro de otra Delegación Regional o de otra Agencia

Investigadora del Ministerio Público, caso en que se remitirá el acta primordial (o en su caso la relacionada), los objetos relacionados con el delito y en su caso el o los detenidos, de manera que sea una sola agencia la que concentre toda la información de los hechos y pueda continuar la investigación hasta su conclusión.

b. DETERMINACIÓN DE EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL, CON O SIN DETENIDO.

En el primer caso se elabora pliego de consignación, precisando que se ejerce acción penal y que se pone a disposición del órgano jurisdiccional a un sujeto detenido, la averiguación, la documentación y demás objetos relacionados con el delito, o bien se ponen a disposición los documentos antecitados y se solicita en el pliego de consignación que el juez se sirva girar la orden de aprehensión, en el caso de ser sin detenido.

6.- DETERMINACIÓN DE NO-EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL, que procede cuando:

- a) Los hechos que conozca no sean constitutivos de delito;
- b) Agotadas las diligencias y medios de prueba correspondientes no se acredite la probable responsabilidad del indiciado;
- c) La acción penal se hubiere extinguido en términos de las normas aplicables;
- d) De las diligencias practicadas se acredite plenamente una causa de exclusión del delito;
- e) Resulte imposible la prueba de la existencia de hechos constitutivos de delito, por obstáculo material insuperable (art. 3, fr. X, LOPGJDF).
- f) Por desvenecimiento de datos que acreditaron elementos del tipo o probable responsabilidad.

En este último supuesto, por tratarse de una facultad delegable, se toma a la Coordinación de Agentes del Ministerio Público Auxiliares del Procurador para el debido análisis del expediente y en su caso someter a la aprobación del Procurador o del Subprocurador correspondiente las propuestas de dictamen respecto a la procedencia del no ejercicio de la acción penal y archivo de la averiguación previa (art. 13, fr. I, LLOPGJ).

Las determinaciones de no ejercicio de la acción penal y de reserva no implican de modo alguno que la averiguación previa haya concluido o que no puedan efectuarse más diligencias, pues en el supuesto que aparecieren nuevos elementos, el Ministerio Público, en tanto no haya operado alguna causa extintiva de la acción penal tiene obligación de realizar nuevas diligencias, pues la resolución del no ejercicio de la acción penal es una resolución que no causa ejecutoria y que puede ser impugnada en caso de que sea improcedente, por medio del recurso legal que en su momento el legislador prevea en la legislación secundaria, y la práctica de nuevas diligencias puedan llevar inclusive al ejercicio de la acción penal.

CAPITULO 5

LA ACCION PENAL

5. LA ACCION PENAL

Como vimos en el capítulo anterior, el Ministerio Público debe agotar todas las diligencias que sean necesarias para reunir los requisitos de los artículos 14, 16 y 21 constitucionales en la etapa de preparación del ejercicio de la acción penal y que deben estar contenidos en el expediente de la averiguación previa, lo que da lugar a tres situaciones: que no se reúna ninguno de los dos elementos del tipo, ni la probable responsabilidad; que se reúnan los elementos del tipo, pero todavía no se pueda imputar a un sujeto determinado, o bien que se reúnan ambos extremos, como analizamos previamente. En este último caso se ejercerá la acción penal.

5.1. CONCEPTO

Señala Jorge Alberto Mancilla Ovando en su obra "Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal" que la acción penal ~~tiene~~ como fundamento el artículo 21 constitucional, que le confiere facultad a un órgano del Estado, en forma exclusiva para su ~~ejercicio de donde~~ resulta la existencia del monopolio de la acción penal(215), lo que se reafirma con lo precisado por el autor César Augusto Osorio y Nieto en su libro "La Averiguación Previa" quien la define como "La acción penal es la atribución constitucional exclusiva del Ministerio Público, por la cual pide al órgano jurisdiccional competente aplique la ley a un caso concreto"(216).

La acción penal, en base a lo anterior, sostiene Fernando Arilla Bas, en su obra citada anteriormente, tiene los siguientes caracteres:

a. DE CONDENA. Dado que ésta tiene siempre por objeto la sanción de un sujeto determinado como responsable de hechos delictuosos, añade el jurista García Ramírez, en su obra citada al calce(217).

b. DECLARATIVA. En base a que se endereza a obtener una declaración de responsabilidad penal en la resolución de sentencia definitiva que dicte el órgano jurisdiccional.

(215) Cfr. MANCILLA OVANDO, JORGE ALBERTO, "LAS GARANTIAS INDIVIDUALES Y SU APLICACION EN EL — PROCESO PENAL", Editorial Porrúa, S.A., México, 1995.

(216) OSORIO Y NIETO, AUGUSTO CESAR, op. cit., p.23

(217) Cfr. GARCIA RAMIREZ, SERGIO, "CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL", op. cit., p. 203

c. PUBLICA. Porque sirve a la concreción de la pretensión punitiva estatal, o sea la actualización de la conminación penal sobre el sujeto activo del delito.

d. UNICA. En razón de que abarca todos los delitos perpetrados por el sujeto activo, siempre que no hayan sido juzgados (non bis in idem). Cuando con posterioridad aparecieren nuevos elementos constitutivos de otros delitos serán objeto de averiguación y determinación por separado, sin perjuicio que en el momento procesal oportuno se resuelva por la acumulación, pero de todas formas sólo se podrá ejercer una sola y única acción penal.

e. INDIVISIBLE. Dado que se ejecuta en un solo acto de consignación y respecto de todos los delitos y de todos los sujetos del delito (autores, partícipes, etc.), salvo en los casos en que ocurra una causa personal de exclusión de la pena, o bien proceda la acumulación o escisión de procesos, pero estos son casos de excepción.

f. INTRASCENDENTE. En virtud de que en acatamiento al dogma de la personalidad de las penas consagrado en el artículo 22 Constitucional, que prohíbe la trascendencia de las penas, limitándolas a los sujetos responsables del delito (salvo lo relativo a la reparación del daño).

g. DISCRECIONAL. Toda vez que el Ministerio Público puede o no ejercerla, aún cuando estén reunidos los elementos del artículo 16 constitucional (elementos del tipo y la probable responsabilidad) (Esta discrecional obviamente debe estar regida por el principio de legalidad que inspira a nuestro Estado de Derecho, en oposición al de oportunidad, donde se estima solo la conveniencia o no de su ejercicio). Por ello en base a recientes reformas, se reguló constitucionalmente la posibilidad de impugnar el no ejercicio de la acción penal, pero a la fecha del presente trabajo no ha sido objeto de regulación en la legislación secundaria.

h. RETRACTABLE. Ya que la citada institución tiene la facultad de desistirse de su ejercicio, sin que tal desistimiento prive al ofendido por el delito del derecho de demandar la reparación del daño ante los tribunales civiles(218).

(218) Cfr. ARILJA BAS, FERNANDO, op. cit., pp.20-21

Añade el autor Arilla Bas en su citada obra que existen cuatro presupuestos de los que debe partir toda acción penal, y que son:

a. La causación en el mundo exterior de un hecho que la norma penal singular describe como delito.

b. Que tal hecho haya sido dado a conocer al órgano persecutorio, o sea al Ministerio Público, por medio de alguno de los requisitos de procedibilidad (denuncia, acusación o querrela).

c. Que la denuncia, acusación o querrela se refieran a un hecho que pueda ser sancionado en términos de la legislación penal.

d. Que valorados en su conjunto los datos ministrados por la denuncia o querrela y averiguados por el Ministerio Público, resulte de tal valoración la probable responsabilidad de una persona física perfectamente identificada(219).

Pues toda acción penal nace con la realización en el mundo fáctico del evento típico, que actualiza la norma punitiva y al mismo tiempo el derecho del Estado de aplicar al responsable la conminación penal establecida con carácter general en la ley y se desarrolla en las fases preparatoria, persecutoria y acusativa, por el Ministerio Público.

La acción penal propiamente se inicia mediante el acuerdo de ejercicio de acción penal y su consiguiente consignación, que es el punto de arranque o de partida por el que el Ministerio Público acude ante el órgano jurisdiccional para poner en movimiento la maquinaria judicial, y que transforma al Ministerio Público de autoridad determinadora en parte acusadora procesal. Así lo ha previsto la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sosteniendo el criterio que después de la consignación que el Ministerio Público hace a la autoridad judicial, termina la averiguación previa y el Ministerio Público no debe seguir practicando diligencias, pues se considera inadmisibile que al mismo tiempo se siguieran dos procedimientos: uno ante el juez de la causa y otro ante el Ministerio Público, pues en todo caso las diligencias practicadas por la autoridad investigadora y remitidas al juez con posterioridad a la consignación, no pueden tener valor probatorio alguno, ya que procederían de parte interesada, como lo es el Ministerio Público en la etapa procesal, y que esta institución sólo puede practicarlas (219) *Ibidem*, p. 21

válidamente durante la averiguación previa, como lo afirma García Ramírez en su obra citada al calce(220).

Esta cuestión ha sido súmamente debatida, pues el propio código adjetivo penal señala en la fracción II del artículo 3o. como facultad del Ministerio Público el "Pedir al juez a quien se consigne el asunto la práctica de todas aquellas diligencias que a su juicio sean necesarias para comprobar la existencia del delito y sus modalidades", y en su fracción V añade: "Pedir al juez la práctica de las diligencias necesarias para comprobar la responsabilidad del acusado", arguyendo que tales facultades vulneran la actividad investigadora de los delitos otorgada como atribución exclusiva del Ministerio Público; el autor Arilla Bas en su obra precitada señala al respecto que dichos preceptos no otorgan al juez propiamente facultades investigadoras ni persecutorias, ya que no le conceden iniciativa alguna, limitando su función a la práctica de diligencias que le pida el Ministerio Público(221), como tampoco es verdad que convierta al juez en auxiliar del órgano persecutorio, sino que ambos están al servicio de la justicia que se busca en todo caso; y menos desnaturalizan la función de ambos, pues en este caso ya está actuando el Ministerio Público como parte acusadora en el proceso y por lo mismo, de resultar necesario en la etapa probatoria, puede solicitar se diligencien en su momento oportuno las pruebas que acrediten los elementos del tipo y la probable responsabilidad, con un fin último que ahora ya es propiamente la sentencia definitiva.

5.2. TITULAR DE LA ACCION PENAL

La acción es un mecanismo por el que se pone en movimiento la maquinaria judicial, es el motor que inicia el proceso, a efecto de que el órgano jurisdiccional resuelva el caso concreto controvertido que se somete a su conocimiento.

La titularidad del ejercicio de la acción penal es un problema derivado de la propia evolución de las etapas por las que ha cursado el procedimiento penal, que parte de un sistema inquisitorial, característico de regímenes anteriores a la Revolución Francesa, en que los jueces actuaban por delegación del soberano y combinaban actividades investigatorias, acusatorias y jurisdiccionales, sin que se diera la triangulación procesal y que en materia penal (220) Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, "CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL", op. cit., pp.492-498 (221) Cfr. ARILLA BAS, FERNANDO, op. cit., p.63

se presumía la culpabilidad y no la inocencia, que en síntesis se traducía en un amplísimo poder de los órganos del Estado y limitadas posibilidades a la actividad de los particulares.

El concepto de acción, por ello, ha tenido su origen en doctrinas privatistas provenientes del Derecho Romano, que la identifican con el derecho sustantivo, calificadas como teoría clásica o monolítica, por carecer de variantes, partiendo de la definición que de ella nos da el Maestro Gómez Lara en su obra "Teoría General del Proceso", citando a Celso, como el derecho de perseguir en juicio lo que nos es debido, o lo que nos pertenece(221) y que las teorías llamadas modernas califican como algo distinto y diverso al derecho sustantivo, a lo cual han surgido diversas teorías. Las más importantes son:

a. Las que conciben a la acción como un derecho potestativo, que significa que se requiere la manifestación de voluntad de un particular para la intervención del órgano jurisdiccional, dado que tal órgano no puede actuar de oficio, añade el procesalista Gómez Lara(222), y añade citando a Chiovenda que la acción "es el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la ley por el órgano jurisdiccional"(223).

b. Las que conciben a la acción como una tutela concreta, precisa Hugo Alsina, en su "Tratado Teórico-Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial" considerándola Muther en su histórica polémica con Windscheid, como un derecho público subjetivo, mediante el cual se obtiene la tutela jurídica y se dirige contra el Estado para la obtención de una sentencia favorable, contra el demandado para el cumplimiento de una prestación insatisfecha; por ello, aunque parte del presupuesto de la violación de un derecho privado, se independiza del derecho subjetivo y su regulación corresponde al derecho público(224).

c. La que concibe a la acción como derecho a la jurisdicción, pues es un poder jurídico de acudir a la jurisdicción y existe siempre: con derecho material o sin él; con pretensión o sin ella, pues todo individuo tiene tal poder en tanto individuo, y existe aún cuando no se ejerza efectivamente, señala el procesalista Gómez Lara en su libro en comentario, citando a Couture(225).

(221) Cfr. GÓMEZ LARA, CIPRIANO, op. cit., p.131

(222) Ibidem, p.131

(223) Ibidem, p.134

(224) Cfr. ALSINA, HUGO, "TRATADO DE DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL", Editorial EDIAR, - Buenos Aires, 1963, pp.311-312

(225) Cfr. GÓMEZ LARA, CIPRIANO, op. cit., p.133

La acción, desde el punto de vista penal, es la pretensión punitiva estatal, como derecho concreto al castigo de un delincuente, sin que se limite en el abstracto "jus punendi", que en opinión de Goldschmidt, citado por el jurista García Ramírez en su obra citada al calce, es la exigencia punitiva que corresponde al Estado y que la hace valer en el proceso penal(226); y dado que es el titular del derecho de penar, lo realiza como juez, no como parte. En estas condiciones el Estado o el titular de la acción, se dirigen mediante ésta al titular de la jurisdicción (tribunal), que tiene el poder de condenar al acusado, probable responsable, para satisfacer de esta suerte la exigencia punitiva, cuya titularidad incumbe al Estado(227), y la ejerce a través de uno de sus órganos: el Ministerio Público que en México, y particularmente en el Distrito Federal, funciona bajo la jerarquía del Procurador General de Justicia del Distrito Federal.

La actividad persecutoria de los delitos que le atribuye al Ministerio Público el artículo 21 constitucional y la legislación ~~secundaria~~ así como, la doctrina y la práctica, se la amplían a la investigación de los mismos, para proceder a la acusación, mediante el ejercicio de la acción procesal penal, al través de una resolución fundada y motivada, que revista la forma escrita, denominada consignación, y que tiene por finalidad pedir al juez la aplicación de la ley al caso concreto (la sanción y la reparación del daño).

Se le ha atribuido al Ministerio Público en base al citado artículo 21 constitucional el monopolio de la acción procesal penal, pero tal monopolio se refiere a la acción activa, que como promoción oficial ejerce el Estado a través de éste órgano de gobierno, facultado para promover o deducir dicha acción activa, bajo el sistema acusatorio o publicista que rige el procedimiento penal, pues en base al principio procesal de dualidad de la pertenencia de la acción, reacciona el acusado defendiéndose, y además, como se desprende del propio artículo 21 constitucional, este precepto no establece la facultad exclusiva del Ministerio Público para promover la acción, pues ateniéndose a la letra del artículo 21 de nuestra Carta Magna dicho monopolio no está constituido ni gramatical ni lógicamente en la Constitución, pero sí en las leyes ordinarias (o secundarias), según afirma Humberto Briseño Sierra en su obra "Reflexiones sobre las llamadas Garantías Individuales"(228), que es donde se atribuye al Ministerio Público tal exclusividad, pues el constituyente no fue preciso acerca de este

(226) Cfr. GÓMEZ LARA, CIPRIANO, op. cit., p.133
(227) *Ibidem*
(228) Cfr. BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO, "REFLEXIONES SOBRE LAS LLAMADAS GARANTÍAS INDIVIDUALES EN ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL", Cárdenas Editor, México, 1980, p. 430

extremo, toda vez que sólo la legislación secundaria en el artículo 2o. del código adjetivo penal atribuye al Ministerio Público el ejercicio exclusivo de la acción penal; además, no se puede confundir la monopolización de la pretensión activa con la pretensión pasiva, que en base a críticas hechas por fuerte sector de la doctrina que señala el hecho de no reconocerle el carácter de parte, ni aún la subsidiaridad a la víctima del delito, lo que provocó reformas al artículo 20 constitucional, que ahora consagra garantías a favor de las víctimas u ofendidos por el delito, relativas a la asesoría jurídica, y a obtener la reparación del daño (regulada a su vez por el artículo 9o. del código adjetivo penal) y a poder coadyuvar con el Ministerio Público, a recibir atención médica de urgencia cuando lo requiera y las demás que le señalen las leyes.

Respecto al monopolio de la acción activa del Ministerio Público en correlación con el artículo 21 constitucional la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido: ACCION PENAL.- Su ejercicio corresponde exclusivamente al Ministerio Público; de manera que cuando él no ejerce esa acción, no hay base para el procedimiento; y la sentencia que se dicte sin que tal acción se haya ejercido por el Ministerio Público, importa una violación de las garantías consagradas en el artículo 21 constitucional⁽²²⁹⁾. Cabe señalar que este es el criterio prevaleciente y seguido por la mayoría de los tratadistas actuales.

Otra cuestión debatida son los llamados sistemas de control de la promoción de la acción del Ministerio Público, que implican a la vez determinar si es impugnabile la abstención de la promoción (determinaciones de reserva, archivo, o la simple omisión) y cuál sería el mecanismo impugnativo, a lo que puede decirse, al decir de Silva Silva, que existen tres tendencias:

a. SISTEMA JERARQUICO, que procede si el Ministerio Público se niega a promover la acción, el interesado puede impugnar la resolución negativa ante el superior jerárquico del Ministerio Público, bajo un sistema de autocontrol, dentro de la propia institución, a través del recurso de queja o reconsideración administrativa, (como facultad delegable del Procurador en los Subprocuradores, en que la Coordinación de Agentes del Ministerio Público Auxiliares del Procurador, someterán sea al propio Procurador o al Subprocurador correspondiente, las

⁽²²⁹⁾ Apéndice del Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Segunda Parte, Primera Sala Tesis 6, p.13, citado por Mancilla Ovando, Jorge Alberto, "LAS GARANTIAS INDIVIDUALES Y SU APLICACION EN EL PROCESO PENAL", op. cit., p.91

propuestas de dictamen sobre la procedencia del no ejercicio de la acción penal y archivo de la averiguación previa, y establecer de acuerdo con los lineamientos que emita el Procurador, los criterios para la integración, control y seguimiento de los dictámenes sobre la procedencia del no ejercicio de la acción penal. Lo que significa que el recurso de reconsideración administrativa por el que la persona interesada, dentro de los quince días siguientes de dictada la resolución, podrá acudir ante la Procuraduría General de la República pidiendo se revoque la determinación y disponga la promoción de la acción en términos del artículo 137 del código procesal federal, y Acuerdo A/006/92, sólo está prevista en materia penal federal).

b. SISTEMA DE ACCION SUBSIDIARIA, que sería el caso en que si el Ministerio Público no promueve la acción, lo puede hacer el que se considere ofendido.

c. SISTEMA JURISDICCIONAL, a señala el procesalista Silva Silva en su obra antecitada en que será el Poder Judicial, ajeno o externo al Ministerio Público el que controle tal promoción, resolviendo por la vía judicial si ha de promoverse o no la acción, mediante la vía de amparo respecto a esta posición existen ideas en favor y en contra., y ~~añade el autor~~ - Silva que las ideas en favor de la impugnación por esta última vía afirman que aún suponiendo la exclusividad en el ejercicio de la acción penal, no puede escapar al control constitucional; dado que los intereses individuales no quedan salvaguardados bajo algún juicio de responsabilidad; ello aunado a la idea de que la reparación del daño es pena pública; que no sería el tribunal penal el que ordenara la promoción, sino el tribunal constitucional; dado que al momento de decidir todavía actúa como autoridad (aún no es parte) y el particular no manejaría la acción, sino solo pediría que se ejerza(230).

Además el autor Silva Silva en cita afirma que las ideas en contra señalan que la acción penal le compete exclusivamente y en forma monopólica al Ministerio Público; y que su abstención no lesiona derechos individuales, sino sociales y por ello sólo debe ser a través del sistema jerárquico, y el interés reparatorio del daño puede satisfacerse también por la vía civil (sistema de acción subsidiaria) y en caso de intervenir el órgano jurisdiccional se caería en un sistema inquisitivo, que es diferente al acusatorio que actualmente nos rige; además que el Ministerio Público, al promover la acción no es autoridad sino parte y contra las partes no

(230) Cfr. SILVA SILVA, JORGE ALBERTO, op. cit., pp.270-273

procede el juicio de garantías, sino solo contra autoridades, y además el particular ofendido no debe disponer de la acción, toda vez que es pública(231).

Al efecto el Maestro García Ramírez en su obra citada al calce señala la oposición de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al control a través del juicio de amparo respecto al no-ejercicio de la acción penal, al igual que los adversarios de tal hipótesis, y en lo relativo a la formulación de conclusiones inacusatorias sostiene en síntesis lo siguiente:

- a) El ejercicio de la acción penal compete exclusivamente al Ministerio Público;
- b) La abstención del Ministerio Público en el ejercicio de su función requirente no lesiona derechos individuales, sino sociales y puede dar cauce a un juicio de responsabilidades, pero no al amparo;
- c) Si los tribunales asumiesen el cometido de ordenar el ejercicio de la acción penal se caería en el erradicado sistema de enjuiciamiento inquisitivo;
- d) El interés puramente civil, reparatorio del perjudicado por el delito puede ser satisfecho mediante el procedimiento civil ordinario;
- e) Cuando el Ministerio Público resuelve no ejercitar la acción es parte procesal, y resulta improcedente la interposición del amparo contra quien no realiza actos de autoridad; y
- f) Bajo pretexto de defender derechos privados, el particular interesado, quejoso, pretende intervenir en el manejo de la "acción pública"(232).

Al respecto el jurista Juventivo V. Castro sostiene "Hasta ahora tal parece que la Corte se ha rehusado a ejercer ese control de unidad jurisdiccional que le corresponde, en lo que atañe a los actos del Ministerio Público, pues siempre que se le ha planteado un juicio de garantías llevado por particulares que han visto violar sus derechos, por inacción o excesos de este órgano en sus funciones, la Corte ha declarado invariablemente que la Constitución en su artículo 21 establece en forma exclusiva el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, y que al conceder la protección de la justicia federal a los particulares en este punto, sería tanto como poner en manos de los mismos ofendidos el ejercicio de la acción penal, contrariando el espíritu de dicho artículo constitucional. Tal interpretación es errónea, y ya es tiempo que la Suprema Corte establezca el control de la unidad jurisdiccional en este campo,

(231) Cfr. SILVA SILVA, JORGE ALBERTO, op. cit., pp.270-273

(232) Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, "CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL", op. cit., p.216

para evitar arbitrariedades manifiestas, con el perjuicio consiguiente, por parte de los miembros del Ministerio Público, casi siempre sometidos a autoridades políticas que los presionan en el ejercicio de su alta misión técnica y ética"(233).

5.3. EL NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL

Las recientes reformas al artículo 21 constitucional que fueron aprobadas por la Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión el 20 de diciembre de 1994, al través de las cuales se añaden, modifican y derogan diversos preceptos a la Constitución, fundadas en consideraciones y propuestas formuladas por litigantes, juristas, académicos, universidades y otras instituciones de educación superior, y demás personas interesadas en el tema, respondiendo al reclamo nacional que las mismas han suscitado, y dadas las profundas transformaciones en los ámbitos de la procuración y administración de justicia conllevaron a su debate y aprobación(234).

En general se desprenden de la lectura de este documento las consideraciones tuvieron como fundamento la tendencia histórica de nuestro país hacia el perfeccionamiento de las instituciones nacionales, en particular en los aspectos de la administración de justicia, justicia que es vista desde un doble ángulo: como un derecho inherente a la calidad del ser y por otro, el perfeccionamiento de la organización del Estado, en su administración e impartición(235).

Ello en base a que la idea de justicia no puede entenderse aislada en ningún orden jurídico nacional y menos aún en el que se enmarca nuestro país, pues ésta, al lado de la idea de libertad y de seguridad, que precisan para su objetivación una armonía y equilibrio precisos, a lo que responde un sistema de división de poderes(236) previsto en el artículo 49 constitucional, a su vez dividido en competencias federal, local y municipal.

Respecto a tales valores fundamentales: libertad, justicia y seguridad, en la vida diaria sobrevienen desviaciones, que llegan a limitar y aún a impedir su cabal goce y ejercicio, ocasionando cuestionamientos sobre la funcionalidad institucional.

(233) CASIRO V., JUVENTINO, "EL MINISTERIO PUBLICO EN MEXICO", Editorial Porrúa, S.A., México, 1976, p.106

(234) Cfr. DOC.014/LVI/94, de discusiones de la H. Cámara de Diputados, p. VII

(235) Ibidem, p. IX

(236) Ibidem, pp.IX y X

Por ello los autores de tales reformas en gran parte centraron sus planteamientos en la viabilidad de la impugnación de las resoluciones del Ministerio Público respecto al no-ejercicio y desistimiento de la acción penal, y en particular señalaron que "La impunidad es el incentivo y el estímulo más eficaz para la comisión del delito. Para evitar el incremento en el índice delictivo, hoy la sociedad mexicana toda reclama que el Representante Social de buena fe, cumpla íntegramente con sus funciones, fundamentalmente en la pronta integración de la averiguación previa, con respecto a las garantías individuales y sustentada en las diligencias legalmente necesarias para comprobar los elementos del tipo y la probable responsabilidad. Concluida esta etapa de la indagatoria, el agente del Ministerio Público, en la inmediatez, deberá ejecutar la acción penal"⁽²³⁷⁾, por lo que dicha iniciativa presentada por el titular del Ejecutivo, contiene reformas de la mayor importancia para garantizar que todo denunciante o querellante cuente, por disposición constitucional, con un instrumento jurídico que le permita impugnar los acuerdos de esa autoridad, cuando considere que el no ejercicio de la acción o el desistimiento le causen agravio, mediante los medios impugnativos y según los procedimientos que fije la ley. De esta forma se dio respuesta a un cuestionamiento que, aunque facultaba al denunciante, ofendido o querellante para acudir ante la Procuraduría, cuando en vista de la averiguación previa, el agente del Ministerio Público facultado para hacerlo, determinara que no era de ejercitarse la acción penal por el hecho o hechos denunciados como delitos o por los que se hubiere presentado querrela, a efecto de que fuera el Procurador General del Distrito Federal quien decidiera en definitiva si debía o no ejercitarse la acción penal, no procediendo recurso alguno contra su resolución. No dejaba de considerar ese cuestionamiento que la naturaleza y alcances mismos de la materia penal hacían conveniente y justo que existiera un derecho de impugnación ante una autoridad distinta, para dar las garantías formales y sustantivas de imparcialidad; la presente reforma, además amplía el objeto de impugnación para hacer susceptibles de ella también a las resoluciones del Ministerio Público sobre el desistimiento de la acción penal, y que el medio de impugnación sería por vía jurisdiccional de lo anterior se sobreentiende que el medio impugnativo sería el juicio de amparo.

En base a lo anteriormente expuesto, se afirma que en la medida de lo propuesto se logrará la paulatina confianza de la ciudadanía en las instituciones de procuración de justicia,

(237) *Ibidem*, p.111

al saber que su indagatoria no será archivada o enviada a reserva por un simple acuerdo unilateral de autoridad; sino que la víctima del delito o los ofendidos y los interesados, de acuerdo con los términos que establezca la ley podrán impugnar los acuerdos del Ministerio Público en lo referente al no ejercicio de la acción o al desistimiento de ésta; quedando pendiente la reglamentación en la ley secundaria, que fijará los términos, requisitos y sustanciación del procedimiento impugnativo.

Con fundamento en el artículo 37 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal, y aplicable al caso de la averiguación previa, señala que todo lo que la ley no prohíba o prevenga expresamente podrá el Ministerio Público, en asuntos sujetos a su competencia, realizar los trámites y providencias necesarias para la pronta y eficaz administración de justicia, y que en correlación con el artículo 286-Bis del mismo ordenamiento adjetivo penal, para el ejercicio de la acción penal se deben reunir durante la averiguación previa las siguientes condiciones:

- a. Satisfacer los requisitos de procedibilidad (denuncia, querrela, autorización, etc.)
- b. Acreditar los elementos típicos y la probable responsabilidad del indiciado.
- c. Que no existan causas de exclusión del delito.

Toda vez que si faltare alguno de estas circunstancias no se podrá ejercer acción penal y procedería resolución de reserva o de no ejercicio de la acción penal, que en modo alguno significaría que la averiguación previa haya concluido o no puedan efectuarse más diligencias, pues en el supuesto que aparecieran nuevos elementos en tanto que no haya operado una causa extintiva de la acción penal, se podrán realizar nuevas diligencias investigatorias, toda vez que la resolución de no ejercicio de la acción penal es una determinación que no causa ejecutoria y tales diligencias pueden llevar incluso al ejercicio de la acción penal(238).

En el supuesto de que el agente del Ministerio Público resuelva sobre el no ejercicio de la acción penal y el archivo de la averiguación previa, afirma M. Angel Castillo Soberanes en su obra "El Ministerio Público en México. Problema y Perspectivas", los agentes del Ministerio Público auxiliares del Procurador opinarán sobre la procedencia o improcedencia de autorizar (238) Apéndice de Jurisprudencia 1917-1985, Segunda Parte, Penal, p.109

el no ejercicio de la acción penal y por delegación de atribuciones del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, alguno de los Subprocuradores tiene la facultad, en última instancia de autorizar o negar el no ejercicio de la acción penal(239).

Como hemos citado anteriormente, en base a recientes reformas al artículo 21 de la Constitución se prevé la posibilidad de impugnación respecto a resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal por vía jurisdiccional, pero en la actualidad no se ha reglamentado esta reforma constitucional y solo subsiste el llamado recurso de control interno, que opera contra el ejercicio de la acción penal y que se hace valer ante el propio Ministerio Público para que ratifique, revoque o modifique su propia determinación, para lo cual el querellante cuenta con un plazo de quince días para interponer el citado recurso, el cual, además, solo se encuentra regulado en un acuerdo administrativo del Procurador General de Justicia.

Por lo cual la reforma constitucional, de ser reglamentada abrirá la posibilidad de acudir a un organismo diferente, el judicial, para que analice la procedencia o no de la resolución negativa del ejercicio de la acción penal y permitiría que estas determinaciones dejaran de ser una facultad discrecional y subjetiva del órgano ministerial, permitiendo el control judicial de su actividad, al proceder medios impugnativos que regularan legalmente su actuación, a partir de lo previsto en nuestro ordenamiento supremo. Pero sin embargo ha aparecido jurisprudencia al respecto como se enuncia a continuación:

"ACCION PENAL, DETERMINACION DEL MINISTERIO DE NO EJERCITAR LA. ESTA SUJETA AL CONTROL DE LEGALIDAD. La determinación del Ministerio Público de no ejercitar acción penal, en la actualidad no es legal por sí sola, pues a la fecha se adicionó un párrafo al artículo 21 constitucional en el que se dispone que la ley establecerá los casos en que podrán impugnarse las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio de la acción penal, y acatándose ese párrafo constitucional, el legislador del Estado de Baja California, por Decreto número 202 reformó el artículo 262 del Código de Procedimientos Penales, publicado en el Periódico Oficial número 52 del veinte de octubre de mil novecientos noventa y cinco, para quedar como sigue: "RESOLUCION DE NO EJERCICIO DE LA ACCION PENAL- Cuando en vista de las pruebas recabadas durante la averiguación previa,

(239) Cfr. CASTILLO SOBERANES, -M. ANGEL, "EL MINISTERIO PUBLICO EN MEXICO, PROBLEMA Y PERSPECTIVAS", Criminalia, Editorial Porrúa, S.A., México, Enero-Abril, 1993, p.45

el Ministerio Público determina que no debe ejercitarse la acción penal por los hechos que fueron materia de acusación, el denunciante o querellante ofendido podrá interponer el recurso de revisión ante el Juez Penal competente en los diez días siguientes a la fecha en que se le haya hecho saber personalmente al interesado tal determinación mientras no notifique tal resolución, no correrá el término para interponer el recurso pero si la prescripción de la pretensión punitiva". Luego, como el precepto de referencia sujeta al control de legalidad las resoluciones de no ejercicio de la acción penal del Ministerio Público, éstas podrán ser reclamadas en el amparo indirecto que se promueva contra la sentencia en que el Juez que conoció del recurso de revisión haya considerado legal dicha determinación." (240).

"ACCION PENAL. NO EJERCICIO O DESISTIMIENTO DE LA, POR EL MINISTERIO PUBLICO. AMPARO PROCEDENTE. El artículo 21 constitucional establece la posibilidad de impugnar las determinaciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal, en los términos que establezca la ley; por lo que si el Código de Procedimientos Penales del Estado de Baja California en su artículo 262 prevé la procedencia del recurso de revisión en contra de tales determinaciones en los términos del artículo 352 bis, si el acto reclamado se hace consistir en la resolución dictada en el recurso de revisión que confirmó el no ejercicio de la acción penal, recurso que se ha establecido para el control de la legalidad de los actos del representante social, es claro que el ofendido tiene interés en inconformarse en la vía constitucional contra dicha resolución y en estas condiciones es claro que la demanda de garantías no es notoriamente improcedente, porque, contrariamente a lo estimado por el Juez de Distrito, la ley secundaria si contiene los preceptos legales que determinan el procedimiento a seguir para recurrir tales determinaciones del representante social."(241).

5.4. FUNDAMENTO LEGAL DE LA ACCION PENAL

Como ya hemos visto, la consignación es el acto formal por el que se ejerce la acción penal, una vez que ha quedado integrada la averiguación previa, y en virtud de la cual se pone a disposición del juez penal todo lo actuado, y todo aquello que se relacione con la investigación: cosas, documentos, armas y aún personas, como sería el probable responsable, sin que la ley registre algún tipo de requisito, aparte del hecho de que con las

(240) Tesis Aislada, Tribunales Colegiados, Junio de 1995, p.758

(241) Tesis Aislada, Tribunales Colegiados, Junio de 1996, p. 759

probanzas que obren en autos estén comprobados los elementos del tipo y la probable responsabilidad.

La acción penal está regida en todo caso por el principio de legalidad, pues solo puede ejercitarse cuando se den los presupuestos que fija la propia ley, sin que pueda ser una facultad discrecional del agente del Ministerio Público que la pueda ejercer a capricho, pues el Ministerio Público, como representante de la sociedad, recoge el interés de ella, que en todo caso es que se castigue al responsable, pero que no se aplique sanción alguna a quien no lo merece.

En primer lugar, es importante destacar, como señala Fernando Barrita López en su obra "Averiguación Previa", que todas las normas parten de fuentes reales, que son los hechos que se suceden en el mundo fáctico, prejurídico, y que en base al grado de rechazo social, son recogidas por el legislador para lograr en lo posible la convivencia armónica entre los seres que viven en esa sociedad y en materia penal existen normas que describen o tipifican cierta clase de eventos antisociales que, por el propio hecho de ser antisociales, son rechazados por la mayor parte de los miembros del grupo social, que toma el legislador para elaborar tipos descriptivos, en normas generales, abstractas e impersonales, y que describen abstractamente las conductas que puedan realizarse; y además, por el carácter coactivo del derecho en general, y punitivo del derecho penal en particular, describen las consecuencias que le resultarán al sujeto que concrete el supuesto dado en la norma que tipifica esa determinada conducta, sea que la sanción o punibilidad se prevea en el mismo precepto jurídico o en otro diferente, por lo que la norma preexiste al evento antisocial, bajo la idea de prevención general, o sea que los sujetos al conocer la norma se motiven por ella y se abstengan de cometer las conductas ahí previstas(242).

Pero para la existencia de un delito, señala el antecitado autor Barrita López, debe haberse producido la conducta prevista en el tipo penal, la cual debe encuadrar en todo lo que exija la descripción normativa, lo que significa que los delitos por un lado coinciden con la fuente real (conducta socialmente reprochada) y por el otro coinciden con la descripción que de esa fuente real hace el legislador(243).

(242) Cfr. BARRITA LOPEZ, FERNANDO A., "AVERIGUACION PREVIA", Editorial Porrúa, S.A., México, 1993, p. 23

(243) Iden.

Cabe señalar que la tendencia general no es la de perseguir y sancionar delitos, sino la de prevenirlos, investigando los factores que los propician o condicionan, e instrumentando las medidas idóneas orientadas si no a eliminarlos, al menos limitar en lo posible su comisión, entre estas medidas preventivas está la normatividad penal, pero si a pesar de la prohibición normativa, aunada a la imposición de penas el sujeto no se motiva, se procede a su aplicación efectiva (prevención especial); cabe señalar que las punibilidades previstas en los ordenamientos penales son inmediatamente proporcionales al valor que la propia sociedad atribuye al interés protegido por el tipo legal, al que se le denomina bien jurídico, y en función de su valuación social (vida, libertad, patrimonio) se establecerá el monto de la pena aplicable y contenida en el mismo o en otro precepto legal, y aún pudiendo incrementarla en el caso de calificativas o disminuirla, en el caso de que vulnere en menor medida los sentimientos de la sociedad organizada.

Por ello, el principio de legalidad de la consignación tiene como efecto directo la acción procesal penal, y debe reunir las condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse toda actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera de los gobernados, y por ello reunir el summum de los derechos subjetivos; por ello todo acto de autoridad que afecte el ámbito jurídico de un particular sin tales requisitos, condiciones, elementos o circunstancias previas, no será válido a la luz del derecho, partiendo de las garantías constitucionales, las legales y reglamentarias, como analizaremos a continuación.

5.4.1. FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

Los fundamentos constitucionales de la averiguación previa, bajo el principio de primacía constitucional, son los previstos en los numerales 14, 16 y 21 de nuestra Carta Magna, como sigue:

En primer lugar el artículo 14 constitucional se refiere específicamente a la garantía de la exacta aplicación de la ley, prevista en el tercer párrafo y que señala "En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena

alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata", y que en la aplicación de sanciones se debe estar al segundo párrafo, que señala que "Nadie puede ser privado de la vida, libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio, seguido ante tribunales previamente establecidos; en que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a leyes expedidas con anterioridad al hecho"

Dicha garantía tiene campo de vigencia en materia procesal penal bajo el apotegma "nulla poena, nullum delictum sine lege", que establece la bifurcación de la legalidad sobre dos elementos: los delitos y las penas, por lo cual un hecho cualquiera que no esté reputado por la ley en sentido material como delito no será delictuoso a la luz del derecho, y por lo mismo susceptible de engendrar una penalidad, y que puede ampliarse al hecho de que aún estando tipificada una conducta determinada, si no se prevé su sanción, no se le podrá aplicar pena alguna, como lo afirma Ernest von Beling en su obra "Esquema de Derecho Penal. La Doctrina del Delito-Tipo".(244). En la configuración de cada figura delictiva, sus características se orientan hacia una figura unitaria a la cual se relaciona cada uno de sus elementos, sea mediata o inmediatamente.

Nuestra constitución asimismo prohíbe la aplicación analógica de penas, pero para ello, como se desprende de su texto, implica el requisito de que esté previsto en una norma penal, al decir: "En los juicios del orden criminal....que no esté decretada por ley exactamente aplicable al delito que se trata", o sea que la identidad entre el tipo y la conducta sea de semejanza absoluta, como lo analizamos al detalle en el apartado relativo a garantías individuales(art. 14, tercer párrafo const.).

También prohíbe la retroactividad en perjuicio del inculpaado y la aplicación analógica de penas, pero para ello, como se desprende de su texto, implica tipicidad al decir "...que no esté decretada por ley exactamente aplicable al delito que se trate", o sea que la identidad entre el tipo y la conducta sea de semejanza absoluta, como lo analizamos al detalle en su momento.

(244) Cfr.: BELING, ERNEST VON, "ESQUEMA DE DERECHO PENAL. LA DOCTRINA DEL DELITO-TIPO", Editorial De Palma, Buenos Aires, 1981, p.42

Otro de los artículos fundamentales del ejercicio de la acción penal es el 16 de nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Este artículo es uno de los preceptos que imparten mayor protección a cualquier gobernado, inspirado en el principio de legalidad, que pone a salvo a la persona de todo acto de mera afectación a su esfera jurídica, evitando no solo que no sea arbitrario o contrario a tal principio, sino que no vulnere ningún otro precepto, independientemente de la jerarquía a que éste pertenezca. Además este artículo precisa el requisito de motivación y fundamentación de todo acto autoritario, y señala los requisitos para que procedan actos de molestia; la detención, que puede hacer cualquier persona en casos de flagrancia, la retención a cargo del Ministerio Público, y sólo en casos de urgencia o delitos graves. Añadiendo que todo abuso que se haga de estas excepciones podrá ser objeto de las sanciones que prevé el Código Penal, por lo que el Ministerio Público si en este lapso no consigna al sujeto, debe ponerlo en inmediata libertad, al igual que el juez, el que al recibir la consignación debe ratificar la detención o decretar su libertad bajo las reservas de ley.

Otro artículo constitucional fundatorio de la averiguación previa, y quizá el más importante es el 21 constitucional, toda vez que en su primer párrafo prevé que "La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público el cual se auxiliará con una policía que estará bajo la autoridad y mando inmediato".

En su primera parte este artículo señala la competencia de los órganos jurisdiccionales para imponer las penas previstas en el Código Penal, para los delitos ahí mismo tipificados, a petición que haga el propio Ministerio Público, entendiendo por autoridad judicial aquélla que lo es desde puntos de vista legal, por lo que el órgano del Estado será judicial cuando tenga la facultad de decir el derecho, tanto por formar parte de un órgano estadual que a su vez lo sea del poder judicial, como porque la propia ley le asigne tales facultades jurisdiccionales

Por lo que, como señala el jurista y maestro Burgoa en su obra "Las Garantías Individuales" que por regla general la imposición de las penas está condicionada a dos requisitos:

- a. Que sea llevada a cabo por autoridad judicial (por pertenecer a este poder), o
- b. Porque sea efecto o consecuencia del ejercicio de una función jurisdiccional desplegada por dicha autoridad y traducida en la posibilidad de decir el derecho en el caso concreto que se trate para la resolución del conflicto previo producido por el hecho delictuoso en base a facultades que la propia Constitución y sus leyes reglamentarias le atribuyen(245).

En materia de averiguación se refiere a las facultades persecutorias de los delitos atribuida al Ministerio Público durante la integración de las diligencias de comprobación de los elementos del tipo y la probable responsabilidad, consignados en el artículo 16 constitucional y que constituyen diligencias llevadas a cabo en forma exclusiva por esta institución, con ayuda de sus órganos auxiliares, entre los que la propia Constitución le señala específicamente una Policía, la que estará bajo su autoridad y mando inmediato, y que concluyen con el ejercicio de la acción penal.

Tales funciones investigatorias, persecutorias y acusativas (en el ejercicio de la acción penal), son propias y exclusivas del Ministerio Público, de tal manera que los jueces ante quienes se ejerce la acción penal en principio no pueden allegarse oficiosamente de elementos de prueba de un delito o de la responsabilidad de un acusado, ni iniciar un juicio sin el previo ejercicio de la citada acción por el órgano ministerial, ni continuar el procedimiento si ha habido desistimiento de dicha acción por parte de su titular constitucional.

5.4.2. FUNDAMENTO LEGAL

El Código de Procedimientos Penales establece los fundamentos legales y reglamentarios que explicitan y aún amplían dichas figuras, como se desprende de:

Artículo 1o. Que explicita la función jurisdiccional de aplicar el derecho al caso concreto sometido a su conocimiento, al señalar como atribuciones de los tribunales penales: "Declarar, en la forma y términos que esta ley establece, cuando un hecho ejecutado en las entidades mencionadas (Distrito Federal) es o no delito; II. Declarar la responsabilidad o la irresponsabilidad de las personas acusadas ante ellos, y III. Aplicar las sanciones que señalen las leyes".- "Solo estas declaraciones se tendrán como verdad legal".

(245) Cfr. BURGOA ORIHUELA, IGNACIO, op. cit., pp.640-641

Artículo 2o.- Que atribuye al Ministerio Público el ejercicio exclusivo de la acción penal y señala que tiene por objeto : "I. Pedir la aplicación de las sanciones establecidas en las leyes penales, y II. Pedir la reparación del daño en los términos especificados en el Código Penal"

Artículo 3o. Que precisa las facultades del Ministerio Público, consistentes en : "I. Dirigir a la Policía Judicial en la investigación que ésta haga para comprobar los elementos del tipo, ordenándole la práctica de las diligencias que, a su juicio estime necesarias para cumplir debidamente con su cometido, o practicando él mismo aquellas diligencias; II. Pedir al juez a quien se consigne el asunto, la práctica de todas aquellas diligencias que, a su juicio sean necesarias para comprobar la existencia del delito y de sus modalidades; III. Ordenar, en los casos a que se refiere el artículo 266 (flagrancia y urgencia) de este Código, la retención, y solicitar cuando proceda la orden de aprehensión; IV. Interponer los recursos que señala la ley y seguir los incidentes que la misma admite; V. Pedir al juez la práctica de las diligencias necesarias para comprobar la responsabilidad del acusado; VI. Pedir al juez la aplicación de la sanción que en el caso concreto estime aplicable, y VII. Pedir la libertad del detenido, cuando ésta proceda."

Artículo 10.- Que es el que atribuye la competencia entre jueces penales de primera instancia y los de paz, dependiendo del tipo de sanción aplicable a la conducta, al preceptuar "Los jueces de paz conocerán en materia penal, el procedimiento sumario de los delitos que tengan como sanción apercibimiento, caución de no ofender, multa, independientemente de su monto o prisión, cuyo máximo sea de dos años. En caso de que se trate de varios delitos se estará a la pena del delito mayor", y añade en su segundo párrafo "Fuera de la competencia a que se refiere el párrafo anterior, los jueces penales conocerán tanto de los procedimientos ordinarios como de los sumarios", y "Cuando se trate de varios delitos, el juez de paz será competente para dictar la sentencia que proceda, aunque ésta pueda ser mayor de dos años de prisión, a virtud de las reglas contenidas en los artículos 64 y 65 del Código Penal(que se refieren al caso de concurso y reincidencia)".

Artículo 122.- Cabe señalar que en base a recientes reformas hechas al código adjetivo penal, el precepto en comento lo ubica como fundamento primordial para acreditar los elementos del tipo y la probable responsabilidad, al señalar en su parte inicial: "El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, ~~o~~ base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

La comprobación de los elementos del tipo penal de que se trate puede ser acreditada por cualquier medio probatorio que fije la ley, a lo cual el artículo 124 del código adjetivo penal atribuye al Ministerio Público la acción más amplia para emplear los medios de prueba que estime conducentes según su criterio, aunque no sean de los que define y detalla la ley, siempre que estos medios no sean reprobados por aquélla. Los medios de prueba que reconoce nuestro procedimiento adjetivo penal son: confesión judicial (o ministerial), documentos públicos y privados, dictámenes periciales, inspección ministerial y judicial; declaraciones de testigos y presunciones. Pero el artículo 135 del código adjetivo penal señala que "Se admitirá como prueba en términos del artículo 20 fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente, a juicio del Ministerio Público, juez o tribunal. Cuando el Ministerio Público o la autoridad judicial lo estimen necesario podrán, por algún otro medio de prueba, establecer su identidad".

Para el análisis de este artículo es preciso partir de la precisión de ciertos conceptos. Desde épocas remotas la sociedad ha rechazado ciertos tipos de conductas que afectan fuertemente a valores prevaletentes en una sociedad específica, en un tiempo y espacio determinados; tales conductas socialmente rechazadas son retomadas por el legislador y han dado origen a lo que llamamos el tipo. Por ello "El tipo en la teoría del Derecho designa la totalidad de las condiciones para la producción de una consecuencia jurídica"... "Si se reúnen todas las circunstancias atinentes a la antijuridicidad, incluyendo las causas de justificación se obtiene el tipo total", según lo afirma "Hans-Heinrich Jescheck en su obra "Tratado de Derecho Penal"(246).

(246) Cf. JESCHECK, HANS-HEINRICH, op. cit., p.225

En base a recientes reformas al código adjetivo, la realizada al artículo 122, viene a evitar que jueces y magistrados tomaran elementos de diversas corrientes del pensamiento respecto a la teoría del delito, las aplicaran en forma confusa, y pudieran incurrir en contradicciones en la solución de cuestiones concretas, pues como lo señala el jurista García Ramírez, en su obra "El Nuevo Procedimiento Penal en México", este artículo vino a resolver por mandato legal un asunto debatido por la doctrina: lo que se debe entender por elementos que integran el tipo penal y lo relativo a la probable responsabilidad(247).

Por su parte Roberto Reynoso Dávila en su obra "Teoría del Delito" señala que la tipicidad no se reduce a una mera descripción, a la que se le atribuye un valor indiciario sobre todo en orden a la antijuridicidad (fase indiciaria) supuesto que los tipos no pueden verse como meras abstracciones, no surgen espontáneamente, sino como consecuencia de la valorización que el legislador realiza de determinadas hipótesis que crea o absorbe, pero todo ello con una idea precisa de preservar la integridad de los bienes culturales que considera merecedores de especial tutela del Derecho(248).

I. La existencia de la correspondiente acción u omisión, de la lesión o puesta en peligro del bien jurídico;

La fracción I del artículo 122 del código adjetivo penal prevé que se deben acreditar como elementos del tipo "La existencia de la correspondiente acción u omisión, de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido". Lo cual implica un análisis de lo que es la acción, la omisión, la tentativa y el bien jurídico.

Al efecto el eminente penalista Jescheck señala que el bien jurídico es el punto de partida y pensamiento rector para la formación del tipo penal. Los bienes jurídicos son intereses vitales de la comunidad, protegidos por el Derecho Penal, que mediante normas jurídicas prohíben, bajo amenaza de pena, las conductas que los menoscaben (249).

Existen bienes jurídicos que pertenecen a la persona, a la sociedad en general y aún al propio Estado; tales bienes jurídicos pueden ser destruidos, o bien disminuidos y a partir de estos conceptos se derivan normas que los protegen en base a su jerarquía, al través del

(247) Cfr. GARCÍA RAMÍREZ, SERGIO, "EL NUEVO PROCEDIMIENTO PENAL EN MÉXICO", op. cit., p.248
(248) Cfr. REYNOSO DÁVILA, ROBERTO, "TEORÍA DEL DELITO", Editorial Porrúa, S.A., México, 1985
(249) Cfr. JESCHECK, HANS-HEINRICH, op. cit., p. 231

incremento o disminución de la punibilidad en caso de su vulneración, y además dependiendo de la gravedad de la lesión que se le infiera o del grado de su puesta en peligro

Por acción se entiende un movimiento corporal voluntario dirigido a la producción de un resultado o el peligro de que se produzca, que tiene su esencia, según afirma el autor Hans-Heinrich Jescheck en su Tratado, en el ejercicio de una actividad final, basada en la capacidad del ser humano de prever, dentro de ciertos límites, las consecuencias de su intervención causal, conforme a un plan y mediante sus recursos, dirigir el proceso hacia la meta deseada(251);

El bien jurídico protegido por el tipo delictivo puede ser lesionado por su destrucción, disminución o limitación, al través de conductas activas u omisivas, como vimos anteriormente, no hay delito sin conducta y la conducta implica voluntad libre tendiente a la obtención de un resultado.

Por lo que la conducta se estructura, según Eugenio Raul Zaffaroni en su obra "Manual de Derecho Penal", en: a) aspecto interno (proposición de un fin con selección de los medios para su obtención) y b) aspecto externo (consistente en la puesta en marcha de la causalidad en dirección a la producción del resultado(251); y resultado que puede ser formal (sin materialización, como sería el caso de falsedad de declaraciones), o formal (con materialización, o modificación del mundo exterior, como efecto de la actividad delictuosa, como sería el caso de lesiones u homicidio.

Además, los tipos activos que individualizan una conducta prohibida los tipos omisivos describen la conducta debida, por ello Eugenio Cuello Calón en su obra "Derecho Penal. Parte General" define la omisión como "la inactividad voluntaria cuando existe el deber jurídico de obrar(252)". La omisión, en lo que se refiere a su autor, se clasifica en:

a) Omisión propia o tipos de omisión propia: que señala Johannes Wessels en su obra "Derecho Penal. Parte General", son aquellos en que cualquier persona puede ser el autor, si se encuentra en la situación típica, también se les conoce como tipos de omisión simple, o

(250) Ibidem, p. 198

(251) Cfr. ZAFFARONI, EUGENIO RAUL, "MANUAL DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL", Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1990, p. 362

(252) Cfr. CUELLO CALÓN, EUGENIO, "DERECHO PENAL. PARTE GENERAL", T.I, Editora Nacional, México 1961, p. 208

como señala Wessels: son los hechos punibles que se agotan en la infracción de una norma preceptiva por la simple omisión de una actividad exigida por la ley, señalando que de esta forma con su comisión se viola una norma preceptiva(253) (p.e. omisión de auxilio).

b) Omisión impropia o tipos de omisión impropia, afirma el penalista Zaffaroni en su obra antecitada, son aquellos en que el autor solo puede ser quien tiene la posición de garante(254). De esta forma con su comisión se viola tanto una norma preceptiva como una prohibiva, como sería el caso de muerte por omisión de auxilio, y particularmente el previsto en el segundo párrafo del artículo 7 del código sustantivo penal que señala: "En los delitos de resultado material también será atribuible el resultado típico producido al que omita impedirlo, si éste tenía el deber jurídico de evitarlo. En estos casos se considerará que el resultado es consecuencia de una conducta omisiva, cuando se determine que el que omite impedirlo tenía el deber de actuar para ello, derivado de una ley, de un contrato o de su propio actuar precedente".

Si el bien jurídico sólo ha sido expuesto a peligro, cabe la figura de la tentativa, prescrita en el artículo 12 del Código Penal, al disponer que: "Existe tentativa punible, cuando la resolución de cometer un delito se exterioriza, realizando en parte o totalmente los actos ejecutivos que deberían producir el resultado, u omitiendo los que deberían evitarlo, si aquél, se consuma por causas ajenas a la voluntad del agente"; para efectos de su punición, se toma en cuenta lo previsto para la individuación de la pena, y la mayor o menor aproximación al momento consumativo del delito.

Dicho bien jurídico puede ser lesionado por su destrucción, disminución o limitación, al través de conductas activas u omisivas, como vimos anteriormente, no hay delito sin conducta, y la conducta implica voluntad libre tendiente a la obtención de un resultado.

Señala el antecitado penalista Zaffaroni que la ausencia de conducta surge en los casos en que participa el hombre sin voluntad, como es el caso de fuerza física irresistible y algunos estados de inconsciencia(255).

(253) Cfr. WESSLS, JOHANNES, "DERECHO PENAL. PARTE GENERAL", Editorial de Palma, Buenos Aires, 1960, p. 208

(254) Cfr. ZAFFARONI, EUGENIO RAUL, op. cit., p. 484

(255) Ibidem, pp.380-381

También existe ausencia de conducta por involuntabilidad, en tanto incapacidad psíquica de conducta, o sea que el estado en que se encuentra el sujeto no puede calificarse que sea psíquicamente capaz de voluntad, tales como estados de inconsciencia, añadiendo que se refiere en este caso a la suma de las facultades del ser humano como memoria, atención, senso-percepción, juicio crítico, etc., y en forma total, por ello no procede en perturbación de conciencia, sino en el caso de que la conciencia no existe porque está transitoria o totalmente suprimida (p.e. crisis epilépticas, idiota profundo, estado comatoso o altos estados febriles), añade el penalista Zaffaroni en su Tratado(256).

Respecto a los delitos propios de omisión afirma Johannes Wessels en su obra precitada señala que se funda en un deber general de auxilio, basado en la solidaridad que se debe cumplir dentro de los límites de lo necesario, de lo exigible y de las posibilidades individuales, por lo que la exigibilidad solo puede afirmarse si la pretación de auxilio es posible, sin peligro propio relevante y sin que resulten lesionados otros deberes importantes; misma regla que podría aplicarse a la omisión impropia, en que podría haber la renuncia al juicio de reproche de culpabilidad por no exigibilidad de conducta acorde con las normas(257).

Por lo que se refiere a la tentativa, hay que remitirse al iter criminis, o sean las fases recorridas por el delito, desde su ideación hasta su agotamiento, o sea desde la fase interna hasta su exteriorización, que se clasifican en subjetivas y objetivas.

1.- Fase interna o subjetiva.

En esta etapa es cuando surge en la mente del sujeto la idea de cometer un delito, y su representación de las posibilidades de lograrlo con éxito y las dificultades que se le pueden presentar. Aquí caben dos posibilidades: que sea rechazada en forma definitiva y olvidada, o bien surja nuevamente, iniciándose la deliberación y selección de los medios idóneos para su realización. La fase subjetiva no tiene trascendencia penal, pues no habiéndose materializado la idea criminal en actos o palabras, no llega a lesionarse el interés jurídicamente protegido.

2.- Fase externa u objetiva.

(256) Ibidem, p. 382-386

(257) Cfr. WESSELS, JOHANNES, op. cit., p. 223

Se presenta cuando la resolución criminal se exterioriza a través de la realización de actos materiales o preparatorios que a su vez pueden o no constituir conductas delictivas (p.e. comprar arsénico, sin administrarlo aún a persona alguna) o bien ya propiamente criminales, si se acredita un principio de exteriorización de la tentativa.

De esta forma la tentativa se clasifica en:

a) Tentativa acabada en que se presenta la ejecución completa de la conducta realizada por el activo encaminada hacia el resultado delictivo, pero que no acontece por causas ajenas a su voluntad.

b) Tentativa inacabada, que es aquella consistente en la realización de uno o varios actos tendientes a la verificación del delito, con ejecución incompleta, por lo que el resultado como consecuencia de tal comisión no se produce.

Por ello, señala Francesco Carrara en su obra "Programa de Derecho Criminal" que actos inidóneos no pueden imputarse como delito al individuo que se supone ha realizado una tentativa. Si la inidoneidad existió en los primeros momentos de la acción, cesa para él toda imputación como tentativa, porque todos ellos carecieron de peligro..."(258), y será atípica la tentativa en caso de no existir daño o peligro de daño al bien jurídicamente protegido.

II. La forma de intervención de los sujetos activos,

La fracción II del artículo 122 del código sustantivo penal señala como elementos del tipo "La forma de intervención de los sujetos activos". Al efecto cabe señalar que este artículo nos remite al concepto de autoría, partiendo del concepto que autor es todo sujeto que normativamente puede ser sujeto activo de un tipo legal, y que enumera el artículo 13 del Código Penal, que regula a quienes dicho ordenamiento considera como autores o partícipes del delito.

Para para el penalista Jescheck en su Tratado, es autor "quien realiza por sí mismo todos los elementos típicos de la acción punible". Sin embargo, el concepto de autoría no se limita a la autoría individual por propia mano, sino que abarca también el caso en que el autor (258) Cfr. CARRARA, FRANCESCO, "PROGRAMA DE DERECHO CRIMINAL. PARTE GENERAL", Editorial Temis, Bogotá, 1956, p. 249

se sirve de otro como "instrumento". Por eso se castiga igualmente como autor a "quien realiza el delito a través de otro" (autoría mediata). Existe, además, la posibilidad de que varias personas colaboren conjuntamente como autores de un hecho (coautoría)(259)

En su el artículo 13 del código sustantivo penal primera fracción señala como tales a quienes acuerden o preparen su realización. Esta fracción es oscura, pues el simple acuerdo o preparación (p.e. reunión, adquisición de objetos, etc.), no puede ser punible hasta en tanto no se exterioricen en forma antijurídica.

Mariano Jiménez Huerta en su obra "Derecho Penal Mexicano" señala que en manera alguna debe considerarse que concebir, resolver o decidir la realización de un delito es ya, lisa y llanamente, una conducta típica, ello es un error, pues el solo pensamiento criminal no delinque, partiendo de la máxima romana "cogitationes poenam nemo patitur", pero lo que se capta en el dispositivo es aquella clase de participación criminal que consiste en idear, resolver, decidir y comunicar a otro su propósito criminal, actividad psicológica que ya no es meramente cogitativa, sino de causación física, que induce a que otra persona la ejecute y lo logra. Lo que implica participación intelectual y psíquica en un determinado delito, o sea acuerdo e inducción y la parte final de preparar la realización es para ampliar la base típica a aquellos individuos que han participado en la causación del ilícito o han cooperado con su conducta tendiente a preluar su posterior ejecución por obra del autor primario(260).

La fracción II (del art. 13 CPP) se refiere a la autoría material, al señalar "Los que lo realicen por sí", o sea aquellos que realicen físicamente el evento delictivo. Este precepto puede referirse tanto a conductas activas como a omisivas.

La fracción III (del art. 13 CPP) se refiere a la coautoría, al señalar "Los que lo realicen conjuntamente", o sea aquellos sujetos que en unión de otros realizan la conducta prevista en el tipo penal y suponiendo la autoría en todos los concurrentes a la realización del evento típico. Esta figura no es aplicable a delitos imprudenciales, toda vez que es imprevisible que se concrete el acuerdo común, por lo que siempre se deberá referir a delitos intencionales.

(259) Cfr. JESCHECK, HANS-HEINRICH, op. cit., pp. 585-586

(260) Cfr. JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO, T. I., op. cit., pp. 388-399

Señala Raul Carrancá y Trujillo en su obra "Derecho Penal Mexicano" que coautor "es la persona que sola o conjuntamente con otra u otras ejecuta el delito totalmente de propia mano"(261) y añade Jiménez Huerta en su obra antecitada que "Todos los que realizan íntegramente la acción principal típica son sujetos activos primarios, toda vez que su intervención personal es subsumible dentro del tipo"(262), por lo que es en un delito en el que concurren varios autores y cada uno realiza la totalidad de la conducta típica, como lo afirma el antecitado penalista Zaffaroni(263). Lo que significa que la fracción II se refiere al autor material individual que realiza el acto ilícito por sí, si varios realizan la misma conducta son coautores. Así lo sostiene el citado autor Jescheck en su Tratado, al fijar el componente subjetivo, a través de la resolución común de realizar el hecho, pues no basta un consentimiento unilateral, sino que deben actuar todos en cooperación constante y querida. El consentimiento puede ser aún tácito y mediante actos concluyentes, sin que sea preciso que los coautores se conozcan entre sí con tal que cada uno sea consciente de que junto a él coopera otro u otros y éste o éstos tengan la misma conciencia(264).

La fracción IV (del art. 15 CP) se refiere a la autoría mediata, al prever "Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro", o sea que es quien acude a otro para que éste sea la mano ejecutora. El autor mediato es aquél que está próximo a la persona empleada para cometer el delito, en tiempo lugar o grado. Puede suceder mediante el empleo de una persona inimputable... o hipnotizada, como lo afirma Eduardo López Betancourt en su obra "Teoría del Delito"(265), sobre la cual se tenga un control psíquico o a través de inducirlo a error o aprovechándose del error en que se encuentra para llevar a cabo su designio en que el autor material es solo un medio para su logro. La autoría mediata es la que realiza un sujeto que se vale de un tercero que actúa sin dolo o justificadamente, por estar determinado por algún motivo; en que el determinador tiene el dominio del hecho del que actúa sin dolo, señala Eugenio Raul Zaffaroni(266), toda vez que se da el caso del sujeto-instrumento que actúa atípicamente cuando alguien mata o se lesiona a si mismo bajo la influencia prepotente de otro. Aquí el mediador no puede realizar personalmente la acción típica ejecutiva, puesto que el tipo requiere la muerte o lesión de otra persona. En este caso el dominio del "hombre de

(261) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL, "DERECHO PENAL MEXICANO", Editorial Porrúa, S.A., México, 1966 p.674

(262) JIMENEZ HUERTA, MARIANO, op. cit., p. 382

(263) Cfr. ZAFFARONI, EUGENIO RAUL, op. cit., p. 611

(264) Cfr. JESCHECK, HANS-HEINRICH, op. cit., p. 618

(265) Cfr. LOPEZ BETANCOURT, EDUARDO, "TEORIA DEL DELITO", Editorial Porrúa, S.A., México, 1994, p.42

(266) Cfr. ZAFFARONI, EUGENIO RAUL, op. cit., pp.608-609

atrás" consiste en que domina el instrumento por el error, la coacción o la falta de comprensión o fuerza de voluntad, afirma Hans-Heinrich Jescheck en su citado Tratado(267).

La fracción V (del art. 1.º del CPP) se refiere a la instigación al señalar "Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo", con la característica de que "debe tener conocimiento de las circunstancias y del hecho delictivo al que induce, afirma Eduardo López Betancourt en su obra antecitada(268), pues aquí se utiliza la palabra determinación indicando con precisión lo que debe hacer, y además implica una actitud consciente e intencional, pero aquí entra en juego el poder de convencimiento que pueda tener el instigador y la facultad de autodeterminarse del posible autor material.

La Suprema Corte de Justicia ha sustentado jurisprudencia que señala "La instigación de un delito no es sancionable dentro de nuestro sistema punitivo, en tanto no se traduzca en la ejecución material del delito en cualquiera de sus grados. En este último caso puede surgir la incriminación correspondiente conforme a las prevenciones del artículo 13 del Código Penal; pero cuando no se lesiona bien jurídico alguno la instigación estéril en sus resultados no es sancionable y por esta consideración es imposible hablar de autoría intelectual en un delito que no se exterioriza materialmente(269).

La fracción VI (art. 1.º del CPP) se refiere a la complicidad, que es quien lleva a cabo acciones secundarias encaminadas a la realización del hecho delictivo; se distingue de la coautoría en que el cómplice sólo coadyuva para la realización del ilícito, sin cometerlo materialmente, o sea es aquél que toma parte en el delito de otro, ayudando o favoreciendo su comisión, como se desprende de la lectura de la afirmación de citado maestro Reynoso Dávila (270) y lo previsto en dicha fracción que señala "Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión", lo que además excluye su realización culposa.

Afirma el penalista Jiménez Huerta en su obra precitada que el Código Penal, refiriéndose a la versión original del artículo 13 en análisis, siguió el criterio de Carrara al distinguir el auxilio en próximo y remoto, según la mayor o menor influencia que se ejerció en la consumación del delito, así distingue entre conductas preparatorias psíquicas o físicas. En

(267) Cfr. JESCHECK, HANS-HEINRICH, op. cit. p.606

(268) Cfr. LÓPEZ BETANCOURT, EDUARDO, op. cit., p. 41

(269) Semanario Judicial, T. LVIII, p. 236

(270) Cfr. REYNOSO DAVILA, ROBERTO, op. cit., p. 320

las primeras entran todas aquellas de naturaleza intelectual que anteceden a la ejecución del delito y tienen por fin proporcionar datos, exponer ideas o planes, o prometer ayudas posteriores que contribuyan o faciliten la ejecución. Cuando tales promesas alientan o refuerzan el designio criminal del sujeto activo primario, consisten en el ofrecimiento de asistencia o ayuda para después de la ejecución del delito, con objeto de facilitar al autor la impunidad, la huida o el "subsequens", donde la asistencia o promesa de ayuda posterior fue el factor determinante del ilícito(271).

Los "auxiliadores subsequens" (fr. VII, art. 13 C.P.) señala el penalista mexicano Carranca y Trujillo, en su obra citada con anterioridad, son aquellos que antes de haber ejecutado el delito prometen auxilio para después de su ejecución y aunque sus actos son subsecuentes al delito, la promesa de auxilio es previa, sin la cual quizá no lo habría realizado. Por ello esta figura pertenece a la participación por complicidad y no al encubrimiento, toda vez que el encubridor no puede ser partícipe del delito, ya que no tiene nexo causal con el ilícito, sino que su conducta es posterior a la ejecución del mismo, siendo del todo ajena a ella. Por ello el encubrimiento constituye un delito "por sí" y no un grado de participación(272).

Por su parte Eugenio Raul Zaffaroni en su citado Manual clasifica la complicidad en primaria y secundaria, al afirmar que:

a) Son cómplices primarios:

- los que prestan una cooperación necesaria sin tener los caracteres típicos del autor en los delitos propia,

- los que presten una cooperación necesaria, pero sin realizar el hecho típico en los delitos de propia mano,

- los que hacen un aporte necesario, pero no toman parte en la ejecución, porque el aporte tiene lugar solo en la preparatoria y no en la ejecutiva;

b) Son cómplices secundarios:

- los que prestan cualquier otro tipo de cooperación al autor (p.e. facilitarle el arma homicida),

- los que presten ayuda en razón de promesas anteriores (p.e. ocultamiento de persona o cosa, en razón de promesa previa)(273).

(271) Cfr. JIMENEZ HUEZTA, MARIANO, op. cit., pp.390-391

(272) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL, RAUL CARRANCA Y RIVAS, "CODIGO PENAL ANOTADO", Editorial - - Porrúa, S.A., México, 1990, p.66

(273) Cfr. ZAFFARONI, EUGENIO RAUL, op. cit., p. 620

Por último la fracción VIII(art. 13 CP) se refiere a la llamada complicidad correspectiva, al prever "Los que con acuerdo previo intervengan con otros en su consumación, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo".

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, respecto a esta figura sostiene "RESPONSABILIDAD CORRESPECTIVA. Existe responsabilidad correspectiva cuando por ignorarse concretamente quiénes lesionan, el homicidio resultante es imputable a cada uno de los agresores, debiendo sancionarse a todos con la misma penalidad..."(274).

La jurisprudencia en general prevé que "En rigor técnico, cualquier grado de participación se constituye sobre la base de un acuerdo previo entre los sujetos que participan en el delito para llevar a cabo su ejecución y consumación, estableciéndose entre ellos no una mera relación material, sino psíquica, que es precisamente la que funda la aplicación de las penas. No basta pues, que en el hecho se haya participado en orden puramente causal por cuanto se haya constituido una condición del resultado, sino que es indispensable, además para hablar con propiedad de codeinuencia, participación o concurso de agentes en el delito, que exista un querer común consciente. El concurso de agentes en el delito requiere no solo de la participación material en la acción típica, bien realizando la propia acción en unión de otras personas o auxiliando en alguna forma a su realización, sino además la existencia de un propósito común consciente ejecutado en forma voluntaria, con lo que se integran los elementos del dolo y se liga el acto del partícipe, cualquiera que sea su calidad, con el del autor material(275).

Además, este artículo en comento(13 CP), en su penúltimo y último párrafos señala que a los autores o partícipes en las fracciones I, II, III, IV y V, responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad, en tanto que para las fracciones VI, VII y VIII, establece una punibilidad tasada de tres cuartas partes de la pena correspondiente al delito de que se trate incluyendo sus modalidades.

(275) Apéndice de Jurisprudencia 1917-85, Segunda Parte, Penal, p. 500

(276) Seminario Judicial, Segunda Epoca, Segunda Parte, Vol. 14, p. 35

III. La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Las conductas activas u omisivas, además, pueden ser dolosas o culposas afirma Johannes Wessels en su citada obra, y añade que al efecto cabe subrayar que la acción humana es es ejercicio de la actividad finalista, no solo "causal", basada en que el hombre, sobre la base de su conocimiento causal puede prever en determinada escala las consecuencias posibles de una actividad, proponerse objetivos y dirigir su voluntad a la obtención de ellos, sobre la base de su conocimiento causal previo(276).

El dolo y la culpa se preceptúan en el artículo 8o. del código sustantivo penal, y el dolo en correlación con el artículo 9o. que señala "Obra dolosamente el que, conociendo los elementos del tipo penal o previendo como posible el resultado típico, quiere o acepta la realización del hecho descrito por la ley...".

El dolo puede ser clasificado en términos generales en:

a) Dolo directo: afirma el eminente penalista Jescheck que esta clase de dolo significa que el autor sabe con seguridad que concurren determinados elementos del tipo o concurrirán durante la acción y en particular que prevé como cierta la producción del resultado típico(277). Al señalar la ley "...conociendo los elementos del tipo penal...quiere...la realización del hecho descrito por la ley...(art.9 CP).

b) Dolo eventual: añade el citado autor Jescheck significa que el autor considera seriamente como posible la realización del tipo legal y se conforma con ella, donde el injusto del dolo eventual es menor que el dolo directo, porque el resultado no fue propuesto ni tenido como seguro, sino que se abandona al acaso de las cosas(278). Al señalar la ley "...previendo como posible el resultado típico... acepta la realización del hecho descrito por la ley..."(art.9 CP)

El concepto de dolo eventual marca la frontera entre el dolo y la culpa, toda vez que más allá del dolo eventual está la intención directa, al otro lado, la culpa consciente, según el antecitado ~~maestro~~ Reynoso Dávila(279).

(276) Cfr. WESSELS, JOHANNES, "LA TEORIA DE LA ACCION FINALISTA", Editorial De Palma, Buenos Aires, 1951, pp.18-19

(277) Cfr. JESCHECK, HANS-HEINRICH, op. cit., p.269

(278) Ibidem, p.269

(279) Cfr. REYNOSO DAVILA, ROBERTO, op. cit., p. 221

Partiendo del punto que el dolo es el querer el resultado típico y que todo querer presupone un conocer, ello da lugar a dos aspectos que comprende el dolo:

- a) Aspecto cognoscitivo (relativo al conocimiento)
- b) Aspecto conativo (relativo al querer o voluntad)

El dolo implica, al decir de Eugenio Raul Zaffaroni, un conocimiento, una intención, una voluntad de realización de la conducta típica y una previsión en forma directa o indirecta de la producción del resultado prohibido por la ley. El aspecto cognoscitivo requiere, siempre, de un conocimiento efectivo y cierto grado de actualización, que es lo que se llama "conocimiento paralelo en la esfera del profano", toda vez que no se requiere que el activo tenga conocimiento técnico de la ley, y que haya previsto el curso causal y la producción del resultado típico, ya que sin tal previsión jamás podrá haber dolo, pero sin que tal previsión de la causalidad o de la forma en que se produzca el resultado lo sea en sus más mínimos detalles(280).

Como aspecto negativo del dolo el doctrinario Zaffaroni en su obra precitada señala el error de tipo: este error opera cuando habiendo una tipicidad objetiva, falta o es falso el conocimiento de los elementos requeridos por el tipo objetivo (p.e. tomar un abrigo creyéndolo propio), por desaparecer la finalidad típica o sea la voluntad de realizar el tipo subjetivo, y por ende la conducta es atípica, habiendo tipicidad objetiva, pero no la subjetiva, porque falta el dolo(281).

La culpa surge, señala Eugenio Cuello Calón, cuando obrando sin intención y sin la diligencia debida se causa un resultado dañoso, previsible y penado por la ley(282), por lo que consiste en un delito de negligencia, o sea la posibilidad de prever la producción de un resultado y no poner en juego los conocimientos suficientes en una persona normal para no producir el resultado prohibido, cuyo núcleo es un deber de cuidado.

Así el Código Penal, en su artículo 9o. segundo párrafo, señala "Obra culposamente el que produce el resultado típico, que no previó siendo previsible, o previó confiando en que no

(280) Cfr. ZAFFARONI, EUGENIO RAUL, op. cit., pp.428-433

(281) Ibidem, p. 433

(282) Cfr. CUELLO CALÓN, EUGENIO "DERECHO PENAL. PARTE GENERAL", T.II, Editorial Bosch, Barcelona, 1980, p. 466

se produciría, en virtud de la violación de un deber de cuidado, que debía y podía observar según las circunstancias y condiciones personales".

Por lo que sus elementos son:

- a. La falta de previsión de un deber de cuidado, según sus circunstancias y condiciones personales.
- b. La realización de la conducta
- c. La producción del daño, y
- d. La relación de causalidad entre la conducta y el daño.

En base a lo preceptuado se distinguen dos clases de culpa:

a. Culpa inconsciente o sin representación, que es cuando se produce el resultado típico que no previó el agente siendo previsible, o sea que no se representó la posibilidad de que pudiera ocurrir, pero tampoco dio cumplimiento al deber de cuidado que le imponían sus circunstancias y condiciones personales (p.e. transitar a velocidad excesiva por una avenida). Al señalar la ley "...el que produce un resultado típico, que no previó, siendo previsible..."(art. 9 CP).

b. Culpa consciente o con representación.

Este tipo de culpa se da cuando se produce el resultado típico que sí era previsto y previsible, pero se confió en que no se produciría (p.e. conducir a alta velocidad frente a una escuela en horas de clase, en que se representa y prevé la posibilidad de que haya estudiantes cruzando la calle y a pesar de ello confía que podrá evitarlos por las buenas condiciones mecánicas de su vehículo y su pericia o destreza en la conducción). Al prever la ley "...el que produce un resultado típico, ...(si) previó confiando que no se produciría(art.9 CP)

La clasificación de la gravedad de la culpa queda al prudente arbitrio del órgano que deba resolver, tomando en cuenta:

1. La mayor o menor facilidad de prever y evitar el daño que resultó.

II. El deber de cuidado del inculpado que le es exigible por las circunstancias y condiciones personales que el oficio o actividad que desempeñe le impongan,

III. Si el inculpado ha delinquirido anteriormente en circunstancias semejantes,

IV. Si contó con el tiempo necesario para obrar con la reflexión y cuidados necesarios, y

V. El estado del equipo, vías y demás condiciones de funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de empresas transportadoras, y en general, por conductores de vehículos*(art. 60 CP).

No todos los delitos admiten la realización culposa; el propio Código Penal en su artículo 60 limita los tipos que la admiten, como es el caso de la evasión de presos (art. 150), ataques a las vías de comunicación telegráfica o telefónica (alámbrica o inalámbrica), el servicio de producción o transmisión de alumbrado, gas o energía eléctrica (art. 164 fracción VI), poner en movimiento locomotoras, carros, camiones o vehículos similares, abandonándolos, con posibilidad de causar daño (art. 169), peligro de contagio (art. 199-bis), lesiones que dejan cicatriz en cara perpetuamente notable (art. 290), lesiones que perturban el funcionamiento de un órgano (art. 291); lesiones que ponen en peligro la vida (art. 293), homicidio simple (art. 307), homicidio en relación al parentesco o relación (art. 323), daño en propiedad ajena (arts. 397 y 399).

La *actio libera in causa* admite la realización dolosa o culposa de la conducta al señalar en el código sustantivo (art. 15 fracción VII) "...a no ser que el agente hubiere proyectado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible". El antecitado doctrinario Wessels al efecto afirma "Aunque exista inimputabilidad en el momento del hecho, se tendrá en cuenta un castigo con arreglo a los criterios de la *"actio libera in causa"*. Si el autor plenamente responsable pone en movimiento (dolosa o culposamente) la cadena causal respecto de un hecho determinado que luego ejecuta al perder la imputabilidad plena(283).

El autor Wessels además añade que como los delitos culposos presuponen por su misma naturaleza la evitabilidad de la realización del tipo, al autor culposo se lo castiga porque no ha evitado el resultado desaprobado, a pesar de que tenía objetivamente la obligación y (283) Cfr. WESSELS, JOHANNES, op. cit., p.114

subjetivamente la posibilidad de evitarlo. La inevitabilidad objetiva, solo hace desaparecer el reproche de culpabilidad; la inevitabilidad objetiva excluye de plano el tipo de imputación del resultado y luego añade que la no exigibilidad de otra conducta puede actuar como exculpante mas ampliamente en actos culposos que en dolosos(284).

El propio precepto en análisis prevé las llamadas tipicidades contingentes, al señalar "Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere"

a) Las calidades del sujeto activo y del pasivo

Respecto al sujeto activo señala Reinhart Maurach en su "Tratado de Derecho Penal", existen delitos genéricos por lo que cualquier persona puede serlo, pero si el tipo exige determinada calidad del sujeto activo, da lugar a los llamados delitos exclusivos(285), dado que sólo los puede cometer la persona que revista determinadas condiciones como: el tener la calidad de garante, un parentesco específico, la calidad de funcionario público, etc. Por lo tanto existirá atipicidad si en los delitos exclusivos, que sólo pueden ser cometidos por personas determinadas en el propio tipo, no se reúne la calidad específica que ahí se exige para el sujeto activo.

Por lo que se refiere al sujeto pasivo, titular del bien jurídico protegido, que es aquél quien sufre directamente la conducta, igual, existen delitos genéricos en que cualquier persona puede ser víctima de ellos y otros, en que sólo determinadas personas pueden ser víctimas.

La atipicidad se dará por falta de bien jurídico, por falta de pluralidad específica (p.e. genocidio), por falta de calidad específica, o por haber dado su consentimiento, como sería el caso de la cirugía estética.

b) El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión;

El penalista Jescheck en su Tratado afirma que según la relación entre acción y objeto de la acción, se distingue entre delitos de resultado material y delitos de mera actividad.

(284) *Ibidem*, pp.201-204

(285) Cfr. MAURACH, REINHART, "TRATADO DE DERECHO PENAL", T.I., citado por Jiménez Huerta, Mariano, T.I., op. cit., p.98

a. Los delitos de resultado presuponen en su tipo la producción en el objeto de la acción de un efecto diferenciado y separado en el tiempo y el espacio (p.e. homicidio doloso o imprudente).

b) En los delitos de mera actividad, el tipo del injusto se agota, por el contrario, en una acción del autor, no precisándose un resultado en el sentido de un efecto externo diferenciable espacio-temporalmente.

Por lo que se refiere al resultado típico ha de distinguirse del menoscabo del bien jurídico protegido, toda vez que el resultado significa lesión o puesta en peligro del objeto de la acción, con separación espacio-temporal respecto de la misma, mientras que la vulneración del bien jurídico atañe a la relación entre la acción típica y la pretensión de respeto del valor protegido por el precepto penal; y añade que también los delitos de actividad encierran consecuentemente una lesión del bien jurídico, y así de acuerdo con la intensidad del menoscabo del objeto de la acción se distingue entre delitos de acción y delitos de peligro (concreto), en los delitos de lesión el tipo requiere un daño del objeto protegido de la acción, mientras que en los delitos de peligro basta, como resultado de la acción, el riesgo de lesión. Por peligro debe entenderse un anormal estado antijurídico en el que para un juicio conforme a la experiencia, la producción de un daño aparece como probable según las concretas circunstancias existentes y la posibilidad del mismo resulta obvia(286).

En los delitos de resultado material, tal resultado consiste en una modificación del mundo físico, prevista por el tipo penal, en una relación de causa a efecto. En los delitos de omisión con resultado material se remiten a la calidad de garante que tiene el activo respecto al pasivo, por lo que se le atribuye al primero la lesión en su esfera jurídica sufrida por el segundo, el autor Wessels señala que cuando la ley penal presupone al lado de la acción la producción de un resultado, el tipo objetivo de lo injusto solo se realiza si existe, entre acción y resultado, una relación causal y se debe imputar al causante el resultado concreto(287).

Causa adecuada señala, Eugenio Raul Zaffaroni en su Manual, es entonces la conducta humana, que es conditio sine qua non de un resultado y además es imagen rectora

(286) Cfr. JESCHECK, HANS-HEINRICH, op. cit., pp. 237-238

(287) Cfr. ZAFFARONI, EUGENIO RAUL, op. cit., p.421

de una figura típica, que puede causar un daño a un bien jurídico, o bien ponerlo en peligro. La respuesta afirmativa o negativa será según el procedimiento de que mentalmente nos imaginemos que la conducta no existió y en tal caso tampoco hubiese existido el resultado, es que la conducta es causal del resultado; inversamente, si en la hipótesis en que imaginamos que la conducta no haya existido, el resultado también se hubiese producido resultaría que la conducta no es causa del resultado(288), el resultado no es atribuible a la acción u omisión, luego no existe nexo causal que vincule la conducta con el resultado.

Johannes Wessels afirma en su obra precitada que para la imputación objetiva(en hechos dolosos y culposos), es decisivo establecer:

- a) Si el agente ha cocausado por lo menos con su acción u omisión, el resultado típico (comprobación de la relación causal);
- b) Si el resultado era objetivamente previsible y evitable; y
- c) Si sobre la base de un curso causal típicamente adecuado, se ha producido en perjuicio precisamente ese peligro que el autor ha creado mediante la trasgresión o un exceso del riesgo permitido.

Y añade que por eso la imputabilidad objetiva debe negarse especialmente cuando falta la producción del riesgo y si se dan consecuencias perjudiciales totalmente inusitadas o atípicas; también debe negarse si se trata de sucesos situados en tan considerable medida fuera de la experiencia de la vida que no sería sensato contar con ellos. Se aplicará el mismo criterio si el perjuicio se produce fuera del ámbito de protección de la norma(289).

En los delitos de omisión impropia con resultado material, no se requiere nexo de causación, sino nexo de evitación; señala Edmund Mezger en su obra "Derecho Penal. Parte General" que ello se remite a un no hacer, cuando se tiene la obligación de hacer: impedir la producción de un resultado, que puede fundarse en un precepto jurídico (p.e. abandono de personas), de una especial aceptación (p.e. contrato para custodia de un ciego), o del propio actuar precedente (p.e. cuidado de hijos ajenos) En estos supuestos será atípica la conducta si el resultado lesivo no se produce o bien el que omite la conducta no tiene el deber jurídico de obrar, a contrario sensu, será atípica por no provenir de una disposición legal, un contrato o su propio actuar precedente(290).

(288) Ibidem, p. 421

(289) Cfr. WESSELS, JOHANNES, op. cit., pp.60-61

(290) Cfr. MEZGER, EDMUND, "DERECHO PENAL. PARTE GENERAL", Cárdenas, Editor y Distribuidor, - México, 1990, pp.120-124

c) el objeto material;

Los bienes no deben entenderse como objetos asequibles a la percepción sensorial, sino que son valores ideales del orden social en los que descansa la seguridad, el bienestar y la dignidad de la colectividad. Difieren del objeto real sobre el que recae la acción: el objeto de la acción o su puesta en peligro. El objeto de la acción (o del ataque) puede presentarse en distintas formas: como unidad psíquico-corporal (cuerpo o vida de una persona), como valor social (honor del ofendido), como valor económico (patrimonio) o como situación real (aptitud del uso de un objeto). Hans-Heinrich Jescheck en su Tratado señala que el desvalor del hecho radica en el menoscabo real del objeto de la acción. La lesión al bien jurídico protegido consiste en el desprecio del específico interés de la vida de la comunidad, que solamente encarna en el objeto de la acción. En los delitos de resultado presuponen en su tipo la producción en el objeto de la acción de un efecto diferenciado y separado en el tiempo y en el espacio(291).

El eminente penalista mexicano Carranca y Trujillo clasifica al objeto del delito en:

- a) Objeto material, que es la persona o cosa sobre la que recae el delito, que pueden ser los sujetos pasivos o bien las cosas inanimadas, y aún inmateriales, y
- b) Objeto jurídico es el bien o el interés jurídico objeto de la acción incriminable, como lo es la vida, la integridad corporal, la libertad sexual, la reputación, la propiedad privada, etc.(292).

La ausencia de adecuación en cuanto al objeto señala el ilustre penalista Márquez Piñero, se da cuando se exige en él determinada condición (a veces valorativa), expresamente recogida en el tipo (p.e. cosa mueble ajena en el robo -art. 367 CP-)(293).

Otro supuesto de atipicidad, señala el autor Jescheck en su Tratado, opera en la tentativa inidónea, que "es cuando la acción del autor dirigida a la realización de un tipo penal, no puede llegar a la consumación, sea por razones fácticas o jurídicas, como es el caso de la idoneidad del objeto, que es cuando el objeto de la acción previsto por el autor no se encuentra en el lugar de los hechos(294).

(291) Cfr. JESCHECK, op. cit., pp.335-336

(292) Cfr. CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL, op. cit., p. 270

(293) Cfr. MÁRQUEZ PIÑERO, RAFAEL, "DERECHO PENAL. PARTE GENERAL", Editorial Trillas, México, 1990, p. 228

(294) Cfr. JESCHECK, HANS-HEINRICH, op. cit., p.490

d) los medios utilizados;

Si el tipo exige determinados medios, afirma el penalista mexicano Porte Petit en su obra "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal", se originan los "delitos legalmente determinados" o "limitados", en que para que pueda darse la tipicidad deben concurrir los medios elegidos típicamente(295).

En atención a los tipos los medios pueden ser:

- a. De formulación libre, que son los que pueden cometerse por cualquier medio
- b. De formulación casuística, en este último caso podríamos citar como ejemplo el daño en propiedad ajena por medio de explosión, incendio o inundación; o bien por calumnia, por los medios de comunicación, o del veneno, etc., según lo exija el tipo normativo.

Ejemplos en nuestra legislación vigente sería el caso de violencia física o moral en el delito de violación (art.265 CP), el engaño en el de estupro (art. 262 CP), violencia o fuerza física en el despojo (art.315, fr.II CP), relaciones sexuales en el contagio venéreo (art. 199-Bis CP).

La atipicidad se dará en el caso de los tipos de formulación casuística en que el medio empleado no fuere el requerido en la descripción legal.

e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión;

Eugenio Raul Zaffaroni en su Tratado señala que existen ciertos tipos que individualizan acciones que pueden cometerse en cualquier contexto circunstancial, en tanto que hay otros que requieren de circunstancias específicas, y que pueden ser de:

- a. Lugar, como en el caso de abigeato, que sólo puede cometerse en el campo.
- b. Tiempo, como sería de traición a la patria en tiempo de guerra.
- c. Modo, como sería el caso de ensañamiento.
- d. Ocasión, como sería el caso de hurto calamitoso(296), cometido en razón de

confusión producida por catástrofe.

(295) Cfr. PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO, "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL", op. cit., p. 345

(296) Cfr. ZAFFARONI, EUGENIO RAUL, op. cit., p.422

Hay tipos que individualizan acciones que pueden cometerse en cualquier contexto, en tanto que hay otros que son específicamente circunstanciados como los que se refieren a:

a) Lugar o referencia espacial. A veces el tipo hace referencia expresa en relación a las circunstancias tópicas que requiere su realización, como en el caso del hogar conyugal en el delito de adulterio (art.273 CP); de lugar cerrado para que opere la agravación de la pena, o estando la víctima en vehículo particular o de transporte público (art. 381, frs.I y VII), o en lugar destinado para la guarda o reparación de vehículos (art.381, frs. V y XI CP), a lo que señala Edmund Mezger en su obra antecitada que la ejecución del acto en otro lugar no cae bajo el tipo(297).

b) Momento o referencia temporal. En cuanto al tiempo, se refiere cuando a veces el tipo hace expresa referencia a circunstancias temporales (p.e. traición a la patria en tiempo de guerra -art.123,fr.XV-) "...y por lo tanto no caerá bajo el tipo, la ejecución en tiempo distinto al que señala la ley", señala Celestino Porte Petit en su obra antecitada(298).

c) Tocante al modo, añade el mismo autor Porte Petit, en general toda acción puede realizarse por cualquier medio adecuado, aunque ciertos tipos delictivos requieren, según la ley modos de acción específicos (p.e. por medio del engaño, por medio de violencia física o moral. De aquí que Mezger exprese que por delitos con medios legalmente determinados debemos entender aquellos tipos de delitos en que la tipicidad de la acción se produce no mediante cualquiera realización del resultado último, sino sólo cuando mediante éste se ha conseguido en la forma en que la ley expresamente determina(299).

d) La referencia de ocasión, es la circunstancia de oportunidad requerida en el tipo, que es aprovechada por el sujeto activo para cometer el ilícito o producir el resultado (p.e. el caso de hurto cometido en razón de catástrofe (art.382,fr.VIII-), en que igual que en los anteriores para que se dé la tipicidad de la acción, ésta debe producirse en forma legalmente prevista.

(297) Cfr. MEZGER, EDMUND, "TRATADO DE DERECHO PENAL", citado por Celestino Porte Petit en — "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal", op. cit., p.345

(298) Cfr. Porte Petit Candaudap, Celestino, "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal", op. cit., pp.342-347

(299) Ibidem, pp.346-347

La atipicidad en estos casos se dará si no se reúnen los requisitos típicamente previstos, en el caso de lugar, por ejemplo no se configurará el tipo de adulterio, si no es precisamente en el hogar conyugal, o sea por no darse en la circunstancia legalmente prevista; en el caso de la referencia temporal, la conducta será atípica si no se produce precisamente en el tiempo previsto en el tipo; por lo que se refiere a los tipos referidos a medios, no habrá violación si no se presenta la violencia física o moral, no habrá fraude si no se configura el elemento engaño; y en la referencia de ocasión, no se dará la figura agravada de hurto en razón de catástrofe.

f) los elementos normativos;

Los elementos normativos son aquéllos que solo pueden pensarse bajo el supuesto lógico de una norma y que están incluidos en el tipo penal diferenciándolos de los elementos descriptivos, y que al decir de Jurgen Baumann en su obra "Derecho Penal" son descriptivas las características de cosa mueble, sustraer, y normativa la característica de cosa ajena, a propósito de la cual el intérprete de la ley debe recurrir al ordenamiento de la propiedad del Derecho Civil(300). El deslinde entre características descriptiva y normativa es sutil, pues también la característica normativa contiene una cierta descripción y también la parte descriptiva no es simplemente descriptiva.

Por ello el ilustre penalista Márquez Piñero en su libro antecitado señala que la ley, al establecer los tipos legales, suele limitarse a exponer una simple descripción objetiva, lo que significa que el tipo legal detalla con la mayor objetividad posible la conducta antijurídica que recoge (301), sin embargo tiene que recurrir a elementos descriptivos, valorativos y aún a prever circunstancias anímicas(subjetivas).

Los elementos descriptivos, señala el penalista Jescheck en su Tratado son conceptos tomados del lenguaje diario y describen objetos del mundo real, susceptibles de constatación fáctica(302),y añade que los elementos normativos del tipo, por el contrario, se refieren a premisas que sólo pueden ser pensadas o imaginadas bajo el presupuesto lógico de una norma, donde se incluyen: conceptos jurídicos propios, conceptos referidos a valor y conceptos referidos a sentido, bajo la premisa que en los elementos normativos hay, por lo

(300) Cfr. BAUMANN, JURGEN, "DERECHO PENAL", Editorial De Palma, Buenos Aires, 1973, pp.78-79

(301) Cfr. MARQUEZ PIÑERO, RAFAEL, op. cit., p.321

(302) Cfr. JESCHECK, HANS-HEINRICH, op. cit., pp.243-244

general, algo de realidad aprehensible por los sentidos, de modo que contienen asimismo una relación con el mundo de los hechos(303).

Al respecto el antecitado autor Wessels añade que las características normativas del injusto (que necesitan ser llenadas de valor) cuando se trata de circunstancias de hecho que sólo pueden pensarse dentro del presupuesto lógico de una norma y que el juez puede comprobar recurriendo exclusivamente a un juicio complementario de valor (p.e. el carácter de "ajeno" de la cosa, o la "intención de apoderamiento")(304).

Además afirma Wessels que la "antijuridicidad" del hecho es, de por sí, una característica general del delito, y no una "característica del tipo". Si en una disposición penal se presenta la palabra "antijuridicidad", debe hacerse la distinción siguiente:

a) Si este concepto aparece como atributo de una circunstancia de hecho, se trata de una característica genuina del tipo a la cual el dolo debe extenderse.

b) En cambio, cuando el concepto "antijurídico" ha de referirse a la valoración del hecho total, estamos frente tan sólo a una remisión superflua a la característica general delictiva de "antijuridicidad", junto con la advertencia que el legislador hace al juez de reflexionar acerca de la presencia de causas de justificación especialmente evidentes(305).

Atendiendo a lo expresado por la obra del penalista Márquez Piñero, cabe decir que los verdaderos elementos normativos (contenidos en los tipos legales) son aquéllos que, por tener desvalor jurídico, destacan específicamente la antijuridicidad. Cada vez que el tipo penal contenga una especial alusión a la antijuridicidad de la conducta descrita en él, incluirá una específica referencia al mundo normativo, en el que la antijuridicidad se basa. Así, en el Código Penal pueden señalarse, a guisa de ejemplo, los siguientes: abrir o interceptar indebidamente comunicación escrita(art.173 CP); rehusar, sin causa legítima la prestación de un servicio de interés público(art. 178 CP); entre otros(306).

(303) Idem -

(304) Cfr. WESSELS, JOHANNES, op. cit., p.43

(305) Idem

(306) Cfr. MARQUEZ PIÑERO, RAFAEL, op. cit., p. 215

Aunque cabe señalar, citando a Johannes Wessels, que no es siempre posible trazar un límite firme entre características descriptivas y normativas, pues casi siempre las características descriptivas contienen cierta "trama normativa"(307). Al decir del autor Jescheck en su Tratado, mediante el concepto de "valoración paralela en la esfera del profano" los elementos normativos del tipo reciben un trato especial en la teoría del dolo y en la del error, que significa que debe haber "en el pensamiento de la persona individual una estimación del elemento del tipo con igual orientación" que la valoración hecha por el legislador(308).

Poniendo como ejemplo añade el autor Jescheck en comentario, el caso del abogado que defiende a ambas partes, "contra su deber", en el mismo pleito, debe haber conocido la contraposición de intereses entre mandantes. En el perjurio, el autor debe saber que jura ante "una autoridad competente para la toma de juramento", en que se presupone la existencia de dolo y en el caso del error señala que "La calificación jurídica constituye un error de subsunción que, sin embargo debe ser considerado como error de prohibición, según sucede si se objeta que el desinflar maliciosamente los neumáticos de un vehículo de motor no configura ningún "daño" en sentido legal(309). En general la atipicidad se dará si no se reúnen todos los elementos normativos legalmente previstos.

g) los elementos subjetivos específicos

Los elementos subjetivos específicos son aquellos que no se agotan con el dolo (intención y voluntad), sino que requieren algo más, que pueda significar la atenuación o agravación de la conducta, como sería el caso de robo de uso(art.380 CP), aborto por móviles de honor, y que Eugenio Raul Zaffaroni los define en su Tratado como tipos asimétricos, toda vez que exceden al dolo, y que pueden ser:

a. Ultraintencionales, si la dirección de la voluntad va más allá del mero querer la realización del tipo objetivo (310), como sería el caso de cohecho, en que el sujeto lo que quiere es la obtención de determinados favores del funcionario público a través de la dádiva.

(307) Cfr. WESSELS, JOHANNES, op. cit., p.42

(308) Cfr. JESCHECK, HANS-HEINRICH, op. cit., pp.265-267

(309) Ibidem, p.266

(310) Cfr. ZAFFARONI, EUGENIO RAUL, op. cit., p.447

b. Particulares disposiciones íntimas del sujeto **pasivo**, o de tendencia interna peculiar del sujeto, que no se exterioriza en forma completa, que son los llamados momentos especiales de ánimo, como sería el curanderismo (en su modalidad de usurpación de funciones, o equiparación al fraude), que podría revestir el carácter además de la habitualidad(311).

Este caso presenta problemática para su investigación, toda vez que debe ser exigido en el tipo sea para su agravación o atenuación, según las circunstancias, por ejemplo podemos analizarlo desde el supuesto del delito de robo, como sería el caso del robo de uso o temporal (art.380 CP), pues el elemento subjetivo en este tipo delictivo es el ánimo de apropiación.

h) las demás circunstancias que la ley prevea

Este subinciso deja abierta la puerta para la adecuada interpretación y aplicación de cada conducta típica, pero siempre bajo la égida del apotegma "nullum crimen sine tipo", si los elementos típicos requeridos rebasan los previstos en cualquiera de los supuestos contenidos en el último párrafo del artículo l22 en comento. Lo que significa que la anterior enumeración hecha en base al citado precepto es sólo enumerativa mas no limitativa, toda vez, como señala el penalista Jiménez Huerta en su obra citada, el concepto tipo penal ministra las bases sustanciales y formales sobre las que descansa el delito, toda vez que en primer término concretizar a los fines penales, la antijuridicidad, concepción que dinámicamente realiza el legislador durante el proceso formativo de la ley y estáticamente queda plasmada en ella como garantía para los ciudadanos y como norte y guía para el juez(312).

5.4.2.1.Las calificativas, las atenuantes y las equiparaciones

Define Luis Jiménez de Asúa en su obra "Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito" a las circunstancias atenuantes y agravantes como "las que modifican las consecuencias de la responsabilidad sin suprimir ésta"(313).

Por su parte el procesalista Colín Sánchez en su obra "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales" señala que "Las calificativas son situaciones que se encuentran

(311) Idem

(312) Cfr. JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO, T.I, op. cit., p.32

(313) Cfr. JIMÉNEZ DE ASUA, LUIS, "PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL. LA LEY Y EL DELITO",op.cit.
p. 443

previstas en el Código Penal y que modifican la punibilidad señalada para los tipos penales básicos, dando lugar a tipos especiales, que pueden ser privilegiados o agravados, en los privilegiados se disminuye la pena, en los agravados se impone una pena mayor”(314).

Luis Jiménez de Asúa en su obra antecitada afirma que rigen tres criterios para determinar la punibilidad: gravedad objetiva del delito, motivos determinantes y la personalidad del delincuente, en particular para la elaboración del tipo penal, aunque en general la valoración mayor o menor que se haga del elemento objetivo o subjetivo de la infracción dependerá primordialmente de las funciones de la pena, sea prevención general o especial, en que a la primera le interesa el bien jurídico atacado que se intenta salvaguardar, en tanto que la segunda atiende a la peligrosidad del delincuente (315).

Por su parte el maestro Reynoso Dávila en su obra “Teoría del Delito” señala que la medición de la pena tiende hacia una valoración creciente a la gravedad del delito según la culpabilidad, por ello la punibilidad se mide precisamente no solo por la dañosidad social, sino también por la reprochabilidad de la voluntad del autor(316).

La principal justificación de la punibilidad tiene como fin inmediato la prevención general, en opinión del citado Penalista Hans-Heinrich Jescheck en su Tratado, para el mantenimiento del orden jurídico como condición básica para la convivencia de las personas y tiene por naturaleza ser un juicio de desvalor público y ético-social sobre el autor, por la infracción jurídica que ha cometido culpablemente (317).

La agravación del tipo fundamental puede atender a:

a. La forma de su comisión, como por ejemplo robo a casa habitación (art.38I-Bis CP), robo en vehículo de transporte público (art. 38I, fr. VII CP), robo con violencia (art.372 CP).

b. Los móviles bajos o brutales, como sería el caso de violación de menores(art. 266 CP), por su propio progenitor o con motivo del ejercicio del cargo, empleo o profesión (art. 266-Bis frs. II y III CP).

(314) Cfr. COLIN SANCHEZ, GUILLERMO, op. cit., p.93

(315) Cfr. JIMENEZ DE ASUA, LUIS, "PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL.LA LEY Y EL DELITO", op.cit., p.445

(316) Cfr. REYNOSO DAVILA, ROBERTO, op. cit., p.274

(317) Cfr. JESCHECK, HANS-HEINRICH, op. cit., pp.56-57

c. Por la intensidad del peligro, como en el caso de daño en propiedad ajena a edificio o vivienda habitada, mediante incendio inundación o explosión (art. 397 fr. I CP), o el tipo agravado de homicidio en razón de parentesco o relación (art.323 CP).

d. Agravantes específicas, que se tipifican respecto a delitos de homicidio y lesiones, y que son: premeditación, alevosía, ventaja y traición(arts. 315, 316, 317, 318, 319 y 320 CP)

Existe premeditación, siempre que el reo cause intencionalmente una lesión después de haber reflexionado sobre el delito que se va a cometer (art.315 segundo párrafo CP), y también se presume cuando las lesiones o el homicidio se cometan por inundación, incendio, minas, bombas o explosivos; por medio de venenos o cualquier otra sustancia nociva a la salud, contagio venéreo, asfixia o enervantes o por retribución dada o prometida; por tormento, motivos depravados o brutal ferocidad. Afirma Celestino Porte Petit en su obra "Dogmática sobre los Delitos contra la Vida y la Integridad Personal" que por premeditación debe entenderse "la meditación antes de obrar; el deseo formado antes de ejecutar la acción en que se comete el delito, mediando un término más o menos largo y adecuado para reflexionar maduramente, y difiere de la intencionalidad respecto al lapso que media entre la voluntad criminal que en este último suele ser súmamente breve, en tanto que la premeditación corresponde a una actitud de meditación con frialdad respecto al acto que se va a ejecutar". Es una modalidad de la acción en que el intervalo precede a la ejecución y no a la resolución o se sea requiere que el agente medite reflexivamente y persista en su designio deliberado de causar un daño(318).

Lo cual se confirma con la siguiente jurisprudencia "Para que exista la calificativa de premeditación es necesario que de parte del delincuente haya una reflexión previa, es decir, un proceso mental integrado por la concepción y preparación del delito, debiendo mediar entre estos términos tiempo bastante para adquirir un conocimiento suficiente del hecho y de sus circunstancias; dicho proceso mental, subjetivo por naturaleza, escapa en si mismo a su comprobación directa en el proceso, pero es susceptible de comprobación por sus manifestaciones exteriores perceptibles por los sentidos"(319).

(318) Cfr. PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO, "DOGMATICA SOBRE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA INTEGRIDAD PERSONAL", Editorial Porrúa, S.A., México, 1978, pp.227-228

(319) Apéndice de Jurisprudencia, Sexta Sala, Junio 24, 1941.

"La premeditación está integrada por dos elementos: un intervalo entre la resolución de ejecutar un delito y su realización, y en este transcurso de tiempo el reflexivo discernimiento por parte del agente activo..."(320).

La ventaja consiste en la superioridad fáctica del ofensor respecto del ofendido y éste no se encuentre armado; la superioridad del ofensor por las armas que emplee, su mayor destreza en su manejo, o el número de los que lo acompañan, el ofensor se valga de algún medio que debilite la defensa del ofendido y cuando el ofendido se halle inerme o caído y el ofensor armado o de pie (art. 316 CP). El mismo autor Jiménez Huerta en su obra antecitada afirma que esta circunstancia agravatoria del homicidio es genuina del ordenamiento jurídico de México, y que idiomáticamente significa "superioridad de una persona respecto de otra", y hace referencia a una forma de ser o de estar de los sujetos activo y pasivo que implica la inexistencia del riesgo que para el sujeto activo encierra la ejecución del delito, o invulnerabilidad en que actúa el agente, sinónimo de riesgo debilitado o disminuido. La ventaja se concretiza en el estado de invulnerabilidad en que se haya el sujeto activo, y la alevosía se concretiza en el empleo de medios o modos insidiosos de ataque; o dicho de otra manera, la alevosía inficiona la dinámica ejecutiva del delito, la de ventaja afecta la estática del mismo y se traduce en una desvaloración que se finca en la situación en que se hallan agresor y víctima(321).

Lo anterior se sustenta en la siguiente jurisprudencia de la Suprema Corte "Para que exista es necesario que el reo haya sabido que la víctima estaba inerme"(322), pero "no basta la circunstancia de que los pacientes del delito tuvieran conocimiento de esta circunstancia..."(323)

"El conocimiento por parte del acusado de que la víctima estaba inerme es comprobable por cualquiera de los medios de prueba que la ley autoriza, pues no hay razón para establecer ninguno en especial(324)."

La alevosía es el sorprender de improviso o intencionalmente a alguien, o empleando la asechanza u otro medio que le impida defenderse o evitar el mal que se le quiera hacer

(320) S.C., T.LXI, p. 978

(321) Cfr. JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO, T.II, op. cit., pp.130-135

(322) Semanario Judicial, Apéndice al T. LXIV, p. 485

(323) Apéndice de Jurisprudencia, Sexta Sala, Junio, 1941

(324) Semanario Judicial, T.LXV, pp.469-473

(art. 318 CP). Será alevosía señala Carrara, citado por Jiménez Huerta en su obra: "Siempre que los medios elegidos para realizar un homicidio sean de tal índole que aminoren la potencia de la defensa privada, se acrecienta la gravedad del hecho antijurídico, pues se ofenden más intensamente los ideales valorativos de la colectividad (325). Y añade Jiménez Huerta que obra alevosamente quien para matar a su víctima la ataca en un momento en que no se da cuenta de que corre peligro de ser agredida. Los medios usados para matar que aumentan la gravedad del hecho enjuiciado, son aquellos que, como expresaba Carrara, presentan la característica de hacer más difícil a la víctima precaverse, prevenirse o defenderse del agresor. Este carácter se resume en la insidia. La insidia, en un sentido amplio, se manifiesta en un ocultamiento que puede ser material moral(326).

La jurisprudencia sostiene que "Alevosía es un ataque imprevisto e inesperado; y es alevoso el delito cuando hay un acontecimiento rápido e inesperado, no precedido de disgustos, sin que obste que el ofendido vaya acompañado de otras personas ni lleve armas, si dada la forma de la agresión no tiene tiempo de usarlas o bien no puede rechazar el ataque por hallarse desprevenido...(327)"

"No basta que el ofendido haya estado imposibilitado para su defensa, sino que es necesario que el agente se haya propuesto intencionalmente delinquir en las condiciones a que alude el artículo 318 del C.P.; es decir, se requiere que de antemano haya meditado sobre el hecho y adoptado la resolución de obrar en esa forma atacando de improviso...(328)"

"Presenta la calificativa de alevosía dos formas: la primera se caracteriza por la sorpresa de la agresión imprevista; la segunda por las acechanzas como medio para impedir la defensa; puede decirse que una y otra tienen como base la premeditación, pero su característica de hacer imposible que el agredido se defienda. Tiene, pues, una condición subjetiva: la del agente del delito consistente en su intención de cometerlo evitando toda posibilidad de sorpresa. No solo la caracteriza a la primera forma de la alevosía la sorpresa en la previsión del ataque, la asechanza; esta coincide con el "guet apens" de la técnica francesa y es la maniobra por la que se atrae a la presunta víctima a un lugar o se le reduce a condiciones en que la sorpresa de la agresión elimina toda posibilidad de defensa(329).

(325) Cfr. CARRARA, FRANCESCO, citado por Mariano Jiménez Huerta, T.I., op.cit., pp.121-122

(326) Cfr. JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO, T.II, op. cit., pp.121-122

(327) Semanario Judicial, T.XXXIV, p. 2867

(328) Semanario Judicial, T.XLVII, pp.2030 y 3092

(329) Apéndice de Jurisprudencia, T.XX, p.694

La figura de la traición se da cuando además de la alevosía se emplea la perfidia, violando la fe o seguridad que expresamente había prometido a la víctima o la tácita que éste debía prometerse de aquél por sus relaciones de parentesco, gratitud, amistad o cualquier otra que inspire confianza (art. 319 CP). Señala el penalista Jiménez Huerta en su obra citada que "La calificativa de traición que el artículo 329 del Código Penal estructura formalmente con vida propia, en pureza, no es conceptualmente más que una alevosía específicamente espiritada por concurrir en ella la perfidia, esto es, la deslealtad o el quebrantamiento de la fe debida". "Es aquel ocultamiento moral lo que trasciende a la consideración penalística", lo que significa "una circunstancia de naturaleza eminentemente personal la que integra su exterioridad: quebrantamiento de la lealtad o de la fe debida"(330).

La jurisprudencia señala "La relación de confianza que se quebranta por el delincuente cuando obra con traición, es la que existe directamente entre los agentes del delito, y nunca la establecida con un tercero, aunque se trate de la concubina del inculpado, madre del pasivo, que al ser muerto tenía dieciocho meses de edad. Por otra parte, se requiere para que opere la calificativa de traición, tener capacidad el pasivo para entender y mantener el nexo inspirador de confianza, el que no es posible concebir cuando la víctima tenía tan corta edad "(331)"

"No se configura la calificativa de traición en los delitos de homicidio y lesiones cuando el conocimiento que entre sí tienen los protagonistas de los hechos, deviene de un trato ocasional, habida cuenta que los lazos de lealtad, fidelidad y seguridad que dan vida jurídica a la calificativa de que se trata, tienen su apoyo en relaciones preexistentes basadas en un trato constante y estrecho"(332).

Por otra parte la jurisprudencia sostiene que "Las calificativas de premeditación, alevosía, ventaja y traición se fundan en un elemento psicológico común: la reflexión, que es característica de la premeditación. La reflexión como acto psíquico puede obedecer a objetivos diversos que constituyen la alevosía, la ventaja y la traición, las que se manifiestan exteriormente a través de circunstancias objetivas que la ley tipifica. La reflexión es el proceso psicológico normal por el que la inteligencia juzga de los sentimientos y móviles que impulsan

(330) Cfr. JIMÉNEZ HUERTA, MARIANO, T.I., op. cit., p.128

(331) Semanario Judicial, Séptima Época, Segunda Parte, Vol. 14, p. 45

(332) Semanario Judicial, Segunda Parte, Vol. 16, p.35

a delinquir y de los fines que el agente se propone alcanzar, de tal suerte que la premeditación no es circunstancia calificativa en todos los delitos, sino únicamente en los delitos de sangre, los que ordinariamente corresponden a estados de turbación psicológica que no excluyen la reflexión..."(333)

"No puede estimarse que opere la calificativa de premeditación aún cuando el acusado haya ido a procurarse proyectiles momentos antes de los hechos, si está demostrado que se encontraba bastante tomado y que discutía neciamente con todas las personas..."(334)

"Las circunstancias calificativas del delito requieren ser comprobadas plenamente para que el juzgador pueda tomarlas en consideración al dictar su fallo(335)."

Además de estas agravantes, que operan únicamente en delitos de homicidio y lesiones, existen otras como el caso en que por el número de sujetos intervinientes, se disminuya la defensa de la víctima, como es el caso de la violación tumultuaria (art.266-Bis CP) y la reincidencia, que denota una inclinación viciosa del sujeto (artículo 20 CP), entre otras previstas en cada tipo específico, sea que lo agraven, como vimos anteriormente o que atenuen su punibilidad, como sucede en los siguientes supuestos:

- a. La escasa temibilidad, que surge en el aborto por móviles de honor (art. 332), el robo de uso (art. 380 CP).
- b. Por impresión violenta, como sería el caso de homicidio por ~~exacción~~ impresión violenta(art. 310 CP).
- c. Arrepentimiento eficaz, como sería el caso del desistimiento de la tentativa (art.12 tercer párrafo CP)
- d. Por razón de vejez (art. 55 CP)

Por lo que se refiere a las equiparaciones, la norma penal, en tanto enlace lógico de supuesto a consecuencia, dado el carácter coactivo del derecho y, en particular, de la norma penal, donde en ocasiones en un precepto se describe la conducta y en otro se produce la sanción, se podrían utilizar como ejemplos: las equiparaciones al delito de violación (art. 266 CP), o al delito de fraude (art. 289 CP).

(333) Apéndice de Jurisprudencia, T.XX, p.80

(334) S.C., Primera Sala, 2393/50/1a.

(335) S.C. Jurisprudencia def., Séptima Época, Segunda Parte No. 45

En materia de calificativas la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido las siguientes ejecutorias: "DELITO, CALIFICATIVA DEL. Por calificativa se entiende aquella circunstancias que no alterando los elementos configurativos del delito se agrega al ilícito típico y agrava la pena establecida para el mismo (336).

"CALIFICATIVA. LEY MAS FAVORABLE AL REO. La calificativa no constituye una conducta autónoma sino que está estrechamente vinculada con la acción reputada delictuosa; y al operar, sólo permite agravar la pena que corresponde, pues los dispositivos que contemplan las diversas hipótesis en que se surte la calificativa del delito, remiten a las sanciones previstas en el respectivo artículo que la tipifica..." (337)

"AUTO DE FORMAL PRISION, AUN CUANDO PARA EL ANALISIS DE PROCEDENCIA DE LA LIBERTAD PROVISIONAL SE DEBEN ATENDER LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO; NO DEBEN INCLUIRSE EN EL DICTADO DEL. Si bien es cierto que el artículo 20, fracción I, de la Constitución General de la República señala que las calificativas o modificativas que para el delito materia del ejercicio de la acción penal se invoquen por el Ministerio Público debe considerarlas el juzgador al resolver sobre la procedencia de la libertad provisional, también lo es que el artículo 19 de este mismo ordenamiento, que rige el dictado del auto de formal prisión, sólo exige como requisitos para la validez de esa determinación que los datos que arroje la averiguación previa sean bastantes para acreditar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad penal del inculcado en su comisión; lo anterior aunado a que la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia número 37 publicada a fojas 301 del último apéndice al Semanario Judicial de la Federación, ha establecido lo siguiente: "CALIFICATIVAS PRUEBAS DE LAS. Las circunstancias calificativas del delito requieren ser comprobadas plenamente para que el juzgador pueda tomarlas en consideración al dictar su fallo"; lleva a concluir que en estricto acatamiento a esos preceptos constitucionales y al criterio jurisprudencial antes señalado, el análisis de las circunstancias modificativas o calificativas del delito no se debe realizar al momento de decretar la formal prisión del indiciado, sino hasta la sentencia que se dicte en cuanto al fondo del asunto." (338).

(336) Amparo en rev. 257/90, Manuel Tamalatzí Sánchez, Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Cir.

(337) A.P. 69/82, Guillermo Morales Castillo, Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito Unanimidad. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel.

(338) Amparo en rev. 44/86, Juan Cárdenas Vargas; 10/88 Ricardo Ronquillo Guevara; 29/88 Leonardo Bernal Villavicencio; 318/88 Alejandro Cruz Carrillo; 342/88 Héctor Cobela Montiel.

La tesis arriba citada señala en su propio texto, al calce, que quedó sin efecto por la jurisprudencia J/1a4/89, establecida el resolverse denuncia de contradicción 5/88. El criterio que prevalece es el de la decisión de la instancia de alzada y que es el siguiente: "AUTO DE FORMAL PRISION, NO DEBEN INCLUIRSE LAS MODIFICATIVAS O CALIFICATIVAS DEL DELITO EN EL. Atento a lo dispuesto por el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el auto de formal procesamiento sólo se precisará la materia de la causa a seguir, al determinar el órgano jurisdiccional los hechos delictivos que motivaron el ejercicio de la acción penal y subsumirlos, provisionalmente dentro de una o varias disposiciones legales que tipifiquen tales hechos, sobre la base de que existan datos de la probable responsabilidad del acusado en su comisión. Por ello el juzgador al dictar un auto de formal prisión, debe limitar su actividad al estudio del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, sin analizar modalidades o circunstancias modificativas o calificativas del delito, ya que estos extremos deben ser objeto del proceso penal correspondiente y de la sentencia definitiva (339).

5.4.2.1. Causas que excluyen el delito

El artículo 122 del código adjetivo penal, en su penúltimo párrafo señala a la letra "Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado deberá constatar (el Ministerio Público) si no existe acreditada en favor de aquél (del inculpado) alguna causa de licitud..."

El penalista Jescheck en su Tratado señala que la tipicidad de una acción significa que el hecho presenta aquellos elementos del injusto que sirven de fundamento a una determinada forma de delito, por lo que el punto de arranque de las causas de justificación está en el hecho de que la vida a menudo nos enseña que a pesar que ciertas acciones están prohibidas en sí, por una pena, bajo ciertas condiciones pueden realizarse o aún, con frecuencia deben realizarse. La explicación que para la exclusión de la antijuridicidad de acciones típicas viene dada por cuanto el ordenamiento jurídico no solo consta de prohibiciones, sino que contiene también autorizaciones, que bajo determinadas condiciones marginan la prohibición. Autorizaciones que aparecen en forma de proposiciones permisivas, como tipos de justificación, contraponiéndose al tipo de injusto(340).

(339) Contradicción de Tesis 5/88, Ministra Victoria Adato Green, Tesis de Jurisprudencia 4/89 Aprobada Primera Sala.

(340) Cfr. JESCHECK, HANS-HEINRICH, op. cit., p. 289-290

De esta forma afirma Hans-Heinrich Jescheck, es una acción que no obstante presentar elementos que responden al supuesto normal de una determinada clase de delito, puede haber otros factores que posiblemente excluyan el juicio de antijuridicidad, porque de la esencia del injusto se deduzca que el hecho sea aprobado por el ordenamiento jurídico en su conjunto(341).

Por ello el juicio definitivo de antijuridicidad descansa en dos ratiocinios:

- a) El examen de tipicidad de la acción, y de otro,
- b) El examen de si interviene una causa de justificación.

De esta forma si después del análisis de la primera cuestión con respuesta afirmativa, señala el antecitado autor Jescheck, y además la tiene la segunda, queda marginada la antijuridicidad; pues aún siendo típica la acción, y que ésta y el resultado no desaparezcan, son aprobados por el Derecho(342).

Desde un punto de vista lógico, añade Jescheck, los tipos penales contienen reglas que son rotas por las causas de justificación que operan como excepciones, toda vez que deben concurrir especiales presupuestos para que la causa de justificación actúe y por ello la tipicidad de la acción se contempla como "indicio de antijuridicidad", pues la realización del tipo del injusto determina la antijuridicidad del hecho concreto, en tanto no intervenga excepcionalmente una causa de justificación(343).

Por lo anterior, es preciso analizar las excluyentes del delito.

5.4.3.1. Falta de voluntad del agente

La primera fracción del artículo en comento señala que "El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente". Por lo que el autor Jescheck en su Tratado afirma que siendo el derecho un orden regulador de conductas humanas, surge el principio "nullum crimen sine conducta", o sea que no existe delito sin previa conducta, en que la conducta significa un querer activo, consistente en la voluntad del activo de producir el resultado deseado, partiendo de la proposición de un fin, la selección de los medios para su obtención y

(341) Ibidem, p. 290

(342) Ibidem, p. 291

(343) Idem

su exteriorización, consistente en la puesta en marcha de la causalidad en dirección a la producción del resultado(344).

Añade el penalista mexicano Carrancá y Trujillo en su obra "Derecho Penal Mexicano. Parte General" que "Quien en virtud de la violencia física que sufre en su organismo ejecuta un hecho tipificado por la ley como delito no es causa psíquica sino sólo física; no ha querido el resultado, que no puede serle imputado ni a título de dolo ni de culpa, *non agit, sed agitur*, por cuanto no es él mismo el que obra, sino que obra quien ejercita sobre él una fuerza física"(345). y añade que la redacción previa de este precepto señalaba "obrar el acusado por una fuerza física exterior irresistible", que suponía que lo que el legislador quiso dar a entender es "que la resistencia del sujeto haya de quedar de tal modo superada por la fuerza física exterior que sea incapaz de autodeterminarse y de manifestarse con autonomía"(346). Por lo que existirá fuerza física irresistible en los supuestos que opera sobre el agente una fuerza de tal entidad que le hace intervenir como una mera masa mecánica, dicha fuerza puede provenir de la naturaleza o por la acción de un tercero, por lo que tal fuerza tendrá origen en una causa externa.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido "De acuerdo a la doctrina y la jurisprudencia, deben entenderse que el sujeto actuó en virtud de una fuerza física exterior irresistible, cuando sobre él se ejerce directamente una fuerza superior a las propias a la cual se ve sometido, por cuya circunstancia su acto es voluntario. Lo que quiere decir que la integración de esta figura requiere que la fuerza sea material, física, sea producida por hecho externo y que quien la sufre no puede resistirla y se vea obligado a ceder ante ella". "Por fuerza física exterior irresistible, debe entenderse cierta violencia hecha al cuerpo del agente, que da por resultado que éste ejecute, irremediamente, lo que no ha querido ejecutar"(347).

Esta ausencia de conducta se presenta, al decir de Castellanos Tena por :

- a) Vis absoluta o fuerza física superior exterior e irresistible no proveniente del hombre,
- b) Vis maior o fuerza física irresistible proveniente del hombre,
- c) Los movimientos reflejos(348).

(344) *Ibidem*, p. 179

(345) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL, op. cit., pp.495-496

(346) *Idem*

(347) *Semanario Judicial*, T.XCLIII, p.2018; LXXXIV, p.175

(348) Cfr. CASTELLANOS TENA, FERNANDO, "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL", Editorial Porrúa, S.A., México, 1986, pp.163-164

El autor Zaffaroni en su Tratado afirma que la involuntabilidad consiste en la incapacidad psíquica de conducta causada por un estado de inconsciencia que le impide psíquicamente tener capacidad de voluntad, podría decirse que hay inconsciencia cuando en el hecho no intervienen los centros altos del cerebro o lo hacen en forma altamente discontinua o incoherente(349).

5.4.3.2. Falta de algún elemento del tipo penal

La fracción segunda del artículo en análisis señala que el delito se excluye cuando "Falte alguno de los elementos del tipo penal del delito que se trate".

Así el artículo 122 señala a la letra "El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción...Dichos elementos son los siguientes:

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

Asimismo deberán acreditarse, si el tipo lo requiere: a) Las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) resultado y su atribubilidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea".

La Suprema Corte de Justicia establece que es "bien sabido es que el injusto descrito concretamente por la ley en sus diversos artículos y a cuya realización va ligada la sanción penal, de donde se sigue que una acción por el solo hecho de ser típica no es necesariamente antijurídica, pues cuando hay ausencia de alguno de los presupuestos es inconcuso que el tipo penal no llegue a configurarse(350)."

(349) Cfr.: ZAFFARONI, EUGENIO RAUL, op. cit., p.382

(350) *Semanario Judicial*, T.CAD, p.2884; XVI, p.257, Sexta Epoca, Segunda Parte.

5.4.3.3. Consentimiento del titular del bien jurídico.

La fracción III del artículo 15 del código sustantivo penal prevé como excluyente del delito el hecho que "Se actúe con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre que se llenen los siguientes requisitos:

- a. Que el bien jurídico sea disponible,
- b. Que el titular del bien tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo, y
- c. Que el consentimiento sea expreso o tácito, sin que medie algún vicio; o bien que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir que, de haberse consultado al titular, éste hubiese otorgado el mismo".

Como he sentado al través de este trabajo, nuestro sistema legal se encuentra bajo un régimen de entrelazamiento de normas jurídicas provenientes de diversas materias del derecho. Al efecto el maestro Reynoso Dávila en su obra citada afirma: "El consentimiento no necesita haber sido declarado. Es suficiente que exista en el ofendido como dirección de su voluntad. La teoría de la dirección de la voluntad es negada por la teoría de la voluntad, pero al hacerlo mezcla en la discusión, en forma clara puntos de vista relativos al negocio civil y no al consentimiento como causa de justificación en materia penal. Esta última consiste en excluir en el caso concreto el interés lesionado y tal exclusión es independiente de la declaración externa de la voluntad(351).

El consentimiento para esta excluyente específica sólo puede ser otorgado por el titular del bien jurídico afectado y que se satisfagan requisitos de que:

- a. El bien jurídico sea disponible, o sea que pueda ser objeto de apropiación. Al respecto afirma el autor Jescheck en su Tratado que ello pone en duda la doctrina que ha prevalecido en torno al bien jurídico como valor objetivo de la comunidad(352). y añade que quienes afirman lo contrario, parten del pasaje del Digesto que señala "nulla iniuria est quae in violentum fiat" (Dig. 47, 10 de iniur. I & 5), partiendo de la idea de que en Derecho Romano el consentimiento poseía fuerza justificante (en lesión de derechos de la personalidad, incluyendo integridad física y la vida), porque cada ciudadano podría disponer libremente de su propia esfera vital(353). Esta posición se entiende como una renuncia de derechos, pero en

(351) Cfr. REYNOSO DAVILA, ROBERTO, op. cit., p. 102

(352) Cfr. JESCHECK, HANS-HEINRICH, op. cit., p.337

(353) Ibidem, p. 338

la medida que el ordenamiento jurídico le confiere la decisión sobre la conservación de sus bienes(354) y dicho comentario sólo concierne a bienes jurídicos individuales y únicamente merece atención cuando el consentidor es el propio titular del bien jurídico protegido, y siempre y cuando el bien sea disponible, como no lo es la propia vida (o su puesta en peligro), los derechos de familia y todas aquellas cuestiones que la propia ley considere indisponibles por contrariar a la ley o a las buenas costumbres.

b. Que el titular del bien jurídico tenga la capacidad jurídica para disponer libremente del mismo.

c. Que el consentimiento sea expreso o tácito, sin que medie algún vicio, como lo prevé el artículo 1812 de la ley sustantiva civil, que regula cuáles son los vicios del consentimiento, como son error, violencia y dolo, y en el artículo 1815 del ordenamiento sustantivo civil se precisa la diferencia entre el dolo y la mala fe. El primero consiste (en materia civil) en la sugestión o artificio empleado para inducir a error o mantener en él y la mala fe es la disimulación del error de uno de los contratantes una vez conocido por el cocontratante.

La violencia puede ser física o moral. Se entiende por violencia física la fuerza material que se hace a una persona para constreñir su voluntad, la moral implica amagos o amenazas a una persona de un mal grave, presente o inmediato, capaz de intimidarla.

Ahora bien, el precepto penal en análisis, para ser excluyente de delito añade "O bien que el hecho se realice en circunstancias tales que permitan fundadamente presumir de haberse consultado al titular, éste hubiera otorgado el mismo". Al efecto el Maestro Reynoso Dávila en su obra citada señala la posibilidad de que no haya antijuridicidad en el consentimiento presunto, como sería el caso en que el poseedor del bien jurídico atacado seguramente habría dado su autorización si estando de viaje un vecino irrumpiera en su casa para reparar la tubería de agua descompuesta. Pero también señala que los derechos personales en general no son disponibles, salvo el raro caso de costumbres o especiales razones morales (p.e. homicidio consentido, sancionado en México, no así en otros países, pero en nuestro país no se sanciona el suicidio) y señala que algunos otros autores remiten (354) Cfr. JESCHECK, HANS-HEDRICH, op. cit., p. 339

esta figura a operaciones quirúrgicas u otras intervenciones médicas en ejercicio lícito de una profesión autorizada por la ley(355).

De esta forma la ausencia de tipicidad en esta excluyente del delito se dará por falta de titularidad del otorgante respecto al bien jurídico otorgado; si el bien es indisponible, o que sea otorgado bajo vicios del consentimiento, lo que ocasionaría la nulidad del acto jurídico y la consecuente configuración típica.

5.4.3.4. La legítima defensa

Otra excluyente del delito es la llamada legítima defensa, prevista en la fracción IV del artículo 15 del Código Penal, que reza "Se repela una agresión real, actual o inminente, sin derecho, en protección de bienes jurídicos propios o ajenos, siempre que exista necesidad de la defensa y racionalidad de los medios empleados iii mediante provocación dolosa suficiente e inmediata por parte del agredido o de la persona a quien se defiende.

Se presumirá como defensa legítima, salvo prueba en contrario, el hecho de causar daño a quien por cualquier medio trate de penetrar, sin derecho al hogar del agente, al de su familia, a sus dependencias, o a los de cualquier persona que tenga la obligación de defender, al sitio donde se encuentren bienes propios o ajenos respecto de los que exista la misma obligación; o bien, lo encuentre en alguno de aquéllos lugares en circunstancias tales que revelen la probabilidad de la agresión."

Afirma Luis Jiménez de Asúa en su obra "Principios de Derecho Penal. La Ley y el Delito" que tradicionalmente a la legítima defensa se le ha considerado como sistema de autotutela, toda vez que no se recurre al órgano competente para demandar justicia, dada la urgencia del caso. Esta figura consiste propiamente en una repulsa de la agresión ilegítima, actual o inminente, por el atacado o tercera persona, contra el agresor, pero sin traspasar la necesidad de la defensa o dentro de la racional proporción de los medios para impedir la repelería(356). Los elementos de la legítima defensa son:

a. Repeler una agresión (conducta activa)

(355) Cfr. REINOSO DAVILA, ROBERTO, op: cit., pp.102 y 109

(356) Cfr. JIMÉNEZ DE ASÚA, LUIS, "PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL. LA LEY Y EL DELITO", op. cit., p. 289

- b. Que sea real, actual o inminente (no imaginaria o a futuro)
- c. Que sea sin derecho (ilegal).
- d. En protección de bienes jurídicos propios o ajenos.
- e. Que exista racional proporción entre los medios empleados para impedir la o repelerla.
- f. Que no medie provocación dolosa suficiente e inmediata al defensor o a quien se defiende.
- g. La calidad de garante que en su caso tenga el activo (como el caso del vigilante)

La legítima defensa al decir del citado autor Jiménez de Asúa tiene su base en la defensa de intereses preponderantes, puesto que es preferible el bien jurídico del agredido que el interés bastardo del agresor⁽³⁵⁷⁾, a ello se ha opuesto la jerarquía de los intereses en juego por los partidarios de la naturaleza subsidiaria de tales intereses, o sea en la medida que haya otro medio jurídico de proveer a la defensa de los mismos, donde entra el elemento de racionalidad de los medios.

El jurista Mancilla Ovando señala que los actos que hacen inexistente la legítima defensa, es cuando dolosamente se provoca la agresión, en que efectivamente no existe repulsa legítima. Esto es debido a que la agresión del atacante es un acto de defensa a una provocación: ~~previa~~ tampoco opera la legítima la defensa en el caso de que el sujeto activo pueda prever la agresión y evitarla, pues si la acepta está actuando conscientemente en una contienda de obra y la riña excluye la legítima defensa porque sus participantes realizan conductas que son delito tipificado en la ley y ninguno de ellos ejercita derechos de defensa que le eximan de responsabilidad⁽³⁵⁸⁾.

Así lo ha sostenido la Suprema Corte de Justicia al señalar: "LEGITIMA DEFENSA, EXCLUYENTE DE. Si el acusado privó de la vida al ofendido, pero si tal hizo fue a virtud de que éste lo acometió con arma blanca, sin motivo justificado y tal conducta es típica mas no reprochable al sujeto activo a titulo de dolo, supuesto que el rechazo de la agresión está cubierto con la legítima defensa, en la que es bien sabido que la objetividad de la violencia por parte del que se defiende no es agresión, sino rechazo, es legítima la defensa, si el inculpado no estaba en posibilidad de evitar la agresión, y aún en el supuesto de que así fuere la sola

(357) *Idem*

(358) Cfr. MANCILLA OVANDO, JORGE ALBERTO, "TEORIA LEGALISTA DEL DELITO", Editorial Porrúa, S.A., México, 1994, p.136

posibilidad no invalida la defensa legítima, pues para esto se requiere, además, que la agresión se haya previsto y, por otra parte, que el agente hubiera tenido conciencia subjetiva y objetiva de superioridad frente a la víctima, al portar un arma superior en su potencia destructora a la del occiso, condición que no se da cuando tal circunstancia sólo constituye un accidente no procurado por el homicida”(359).

Ahora bien, en el segundo párrafo surge una característica especial respecto a la calidad de garante que puede tener el defensor respecto a su hogar, y en especial en relación a aquellos bienes a los cuales tenga la obligación de defender (caso de los vigilantes).

5.4.3.5. Estado de necesidad

Esta excluyente de responsabilidad penal prevista en la fracción V del artículo 15 del Código Penal en comento, señala que “Se obre por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno, de un peligro real, actual o inminente, no ocasionado dolosamente por el agente, lesionando otro bien de menor o igual valor que el salvaguardado, siempre que el peligro no sea evitable por otros medios y que el agente no tuviere el deber jurídico de afrontarlo”.

Al efecto Luis Jiménez de Asúa en su antecitada obra la define como “una situación de peligro actual de los intereses protegidos por el Derecho, en el cual no queda otro remedio que la violación de intereses de otro jurídicamente protegidos”(360).

El eminente penalista Eugenio Raul Zaffaroni en su citado Manual señala que se ha estimado por algunos doctrinarios que la legítima defensa es una especie del estado de necesidad, en tanto que otros sostienen la postura de un “derecho de necesidad”, cuyas especies son la legítima defensa y el estado de necesidad(361).

La diferencia la precisa Luis Jiménez de Asúa en su citada obra citando a Carrara, al señalar que la legítima defensa es una reacción o contraataque, en tanto que el estado de necesidad es una acción o sea un simple ataque(362). Por su parte Eugenio Raul Zaffaroni sostiene que la primera surge del conflicto entre el interés ilegítimo del agresor (sin derecho), y el estado de necesidad; el conflicto surge entre intereses legítimos y legalmente (359) A.D. 5561/1961, Primera Sala, Boletín de 1963, Eduardo León Ordoñez, citado por Jorge - Alberto Mancilla Ovando, “Teoría Legalista del Delito”, op. cit., p. 134 (360) Cfr. JIMÉNEZ DE ASUA, LUIS, “PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL. LA LEY Y EL DELITO”, op.cit., p.302 (361) Cfr. ZAFFARONI, EUGENIO RAUL, op. cit., p. 529 (362) Cfr. JIMÉNEZ DE ASUA, LUIS, “PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL. LA LEY Y EL DELITO”, op.cit., p.303

protegidos(363), como es el caso de robo de famélico, en que entran en colisión el derecho a la vida del hambriento y el derecho de propiedad del despojado.

Cabe precisar que el estado de necesidad es una conducta, activa u omisiva, que en razón del acaecimiento de orden natural o humano, el agente se encuentra forzado a ejecutar la acción u omisión típicas para escapar él mismo o hacer escapar a otro de un peligro grave, inminente e inevitable de otro modo.

Afirma el penalista mexicano Carrancá y Trujillo en su libro precitado que es una colisión de intereses protegidos jurídicamente, que consiste en un ataque a un bien jurídico para salvaguardar otro que está en peligro no ocasionado dolosamente por el agente.. La opinión dominante lo clasifica como causa de justificación, por cuanto la acción carece de antijuridicidad o sea es lícita. Lo que da fundamento al derecho de necesidad, como causa de justificación es cuando se trata de bienes que reconozcan desigual valoración, donde debe prevalecer el de más alta jerarquía respecto del de menor jerarquía jurídico-valorativa; y será causa de inculpabilidad cuando los bienes jurídicos en conflicto son de igual jerarquía(364).

Sus elementos son:

- a. Obrar por la necesidad de salvaguardar un bien jurídico propio o ajeno (o sea conducta en general activa),
- b. Que el peligro sea real, actual o inminente, que sea cierto, verdadero y muy próxima la consumación
- c. Que no haya sido ocasionado dolosamente,
- d. La lesión de un bien de menor o igual valor que el salvaguardado,
- e. Siempre que el peligro no sea evitable por otros medios.
- f. Que el agente no tenga el deber jurídico de afrontarlo. Aquí vuelve a aparecer la calidad de garante, como es el caso de bomberos, que tienen la obligación de salvar vidas, por su cargo, aún antes de las suyas.

No operará la excluyente si el peligro es imaginario o es mediato (no inminente), y por lo mismo evitable por otros medios menos lesivos; asimismo si el peligro se ocasiona intencionalmente, como sería el aborto terapéutico practicado por intento frustrado de aborto;

(363) Cfr. ZAFFARONI, EUGENIO RAUL, op. cit., p. 529

(364) Cfr. CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL, op. cit., p. 572

si los bienes no son de igual jerarquía y el sujeto sea garante, como es el caso por ejemplo de los bomberos, y en particular en supuesto del ejercicio abusivo de esta justificante(art. 16 CP) caso éste último en que se incurrirá en culpa.

5.5.4.6. Cumplimiento de un deber jurídico o ejercicio de un derecho.

Esta exigente está prevista en la fracción VI, que a la letra prescribe "La acción o la omisión se realicen en cumplimiento de un deber jurídico o ejercicio de un derecho, siempre que exista necesidad racional del medio empleado para cumplir el deber o ejercer el derecho, y que este último no se realice con el sólo propósito de perjudicar a otro".

El penalista mexicano Porte Petit en su obra "Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal" señala que el ejercicio de un derecho consiste en ejercicio de la facultad concedida a un sujeto por la norma permisiva o contra norma para la satisfacción de un interés más valioso, o sea que en determinadas circunstancias la realización del hecho que debiera considerarse ilícito resulta en cambio justificado; en base a que el legislador limita la protección legal a un determinado interés que puede ser sacrificado o limitado, por lo que no hay lesión al bien jurídico tutelado por la ley penal, por la sencilla razón que otra disposición legal permite o faculta su ejercicio(365).

Hay cumplimiento de un deber cuando alguien debe comportarse como se comporta, porque una norma jurídica o una orden obligatoria de la autoridad pública se lo impone o bien en razón de su oficio, por su situación objetiva de subordinado, como lo señala el maestro Porte Petit en su obra antecitada(366).

En base a lo anterior se desprende que esta excluyente elimina la antijuridicidad, toda vez que está amparada por una norma, pero en correlación con otras disposiciones de la propia materia penal, o bien de otras ramas del Derecho, como es el caso de las normas civiles, mercantiles, deportivas, sanitarias, administrativas, etc.

Sus elementos son:

a. Una conducta (activa u omisiva) consistente en el ataque a un bien jurídico ajeno, para la defensa de un bien jurídico propio o ajeno.

(365) Cfr. PORTE PETIT CANAUDAP, CELESTINO, "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO - PENAL", op. cit., pp.461-462

(366) Ibidem, p.475

- b. Realizada en cumplimiento de un deber jurídico o en ejercicio de un derecho,
- c. Que exista necesidad racional del medio empleado, y
- d. Que no se realice con el solo propósito de perjudicar a otro.

Ejemplos de ejercicio de un derecho es lo relativo al derecho de retención en los casos que lo prevea la norma; las funciones de administradores o funcionarios, en sus respectivas atribuciones, las competencias deportivas (box, lucha), las lesiones causadas por intervenciones quirúrgicas necesarias, la actividad policiaca (p.e. la detención, o la ejecución de la orden de aprehensión).

La obediencia jerárquica siempre presupone una relación de supra a subordinación, y el consecuente deber del inferior de acatar la orden y el cumplimiento de dicha orden constituye una conducta típica (p.e. cumplimiento de una orden de aprehensión, que si no es cumplida conforme a derecho, constituye privación ilegal de la libertad), la existencia de la facultad legal del superior para dictar la orden y la correlativa del inferior para cumplirla.

Luis Jiménez de Asúa en su "Tratado de Derecho Penal" prevé cuatro hipótesis:

- a) Ejecución de la ley o actos ordenados por ella, que a veces se traduce en la práctica de órdenes de actos legítimos de autoridad,
- b) Cumplimiento de un deber, que no solo abarca el impuesto por el servicio, sino aquél al que está obligado el individuo,
- c) Ejercicio de un derecho que comprende casos muy variados, en particular las vías de hecho, como es el caso del derecho de retención, el derecho de corrección y el disciplinario, y
- d) Ejercicio profesional, en especial la defensa en juicio del abogado, el ejercicio de la medicina y el uso de armas por el que tiene derecho a llevarlas y emplearlas(367).

En general se trata del ejercicio de un derecho previsto o por la Ley, y el cumplimiento de un deber asimismo previsto legalmente respecto a la autoridad ordenadora y la ejecutora, o en el caso de los profesionistas liberales, pero ajustándose a los límites normativos, pues el abuso será castigado como delito culposo (art. 16 CP), sin perjuicio del ejercicio de alguna otra acción prevista en normatividades tanto penales como de otras materias, en cuyo caso el

(367) Cfr. JIMÉNEZ DE ASUA, LUIS, "TRATADO DE DERECHO PENAL", T.IV, Editorial Lozada, Buenos Aires, 1953, pp.513-514

delito subsistirá si no está debidamente regulado el ejercicio del deber o se abusara del cumplimiento de un derecho.

5.4.3.7. Trastorno mental o desarrollo mental retardado

Otra excluyente delictiva es la incapacidad de culpabilidad prevista en la fracción VIII del artículo 15 del código sustantivo penal, que prevé que solo es excluyente cuando "Al momento de realizar el hecho típico, el agente no tenga la capacidad de comprender el carácter ilícito de aquél o de conducirse de acuerdo con esa comprensión, en virtud de padecer trastorno mental o desarrollo intelectual retardado..."

Para que una conducta sea inculpinable, además de ser típica y antijurídica debe ser culpable y sólo puede ser culpable el sujeto que sea imputable, afirma el penalista mexicano antecitado Carranca y Trujillo, y añade que imputar es poner algo en la cuenta de alguien, lo que no puede darse sin ese alguien, por lo que para el Derecho Penal solo es alguien aquél que por sus condiciones psíquicas es sujeto de voluntariedad, luego será imputable aquél que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas abstracta e indeterminadamente por la ley(368).

En su citada obra el penalista Zaffaroni señala que la imputabilidad es una característica de la conducta que depende de un estado del sujeto, y por ello la capacidad psíquica de culpabilidad debe ser medida respecto de cada delito, toda vez que hay estados patológicos que en general operan en cualquier delito; pero hay otros padecimientos, como la oligofrenia, que en un grado superficial (debilidad mental) pueden generar una incapacidad psíquica para delitos que exigen un pensamiento abstracto más o menos desarrollado para que comprendan la intijuridicidad (p.e. delitos de astucia(369)).

Añade Eugenio Raul Zaffaroni que la perturbación de la conciencia puede operar por dos causas:

- a) Insuficiencia de las facultades, o
- b) Alteración de las facultades

(368) Cfr. CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL, op. cit., pp.430-431

(369) Cfr. ZAFFARONI, EUGENIO RAUL, op. cit., p.570

Y sus efectos son:

- a) Incapacidad de comprender la antijuridicidad de la conducta, o
- b) De dirigir las acciones conforme a esa comprensión(371).

De esta forma afirma Hans-Heinrich Jescheck en su Tratado, que la doctrina vigente habla de "capacidad de culpabilidad", como el primero de los elementos en que descansa el juicio de reproche de culpabilidad. La capacidad de culpabilidad debe concurrir para que se diferencie en la actitud interna frente al Derecho, de donde ha surgido la decisión de cometer el hecho (ilícito) que pueda resultar en definitiva censurable; tal capacidad sólo la tiene quien ha llegado a una determinada edad y no padece perturbaciones psíquicas, o sea, que tiene el mínimo de capacidad de autodeterminación que el ordenamiento jurídico requiere para la responsabilidad jurídico penal(372).

En principio, afirma Jescheck, la capacidad que se toma en cuenta para el juicio de culpabilidad, debe ser la normal en un sujeto cualquiera, que la comunidad jurídica espera del individuo en circunstancias normales. De ahí que el juzgador deba preguntarse si en las circunstancias dadas hubiera podido actuar de otra manera, tomando en cuenta su edad, sexo, profesión, características corporales, facultades psíquicas y experiencia vital para la concreción del módulo de la culpabilidad (373).

El jurista Mancilla Ovando señala que para que opere esta eximente basada en el estado de inconsciencia o desarrollo mental retardado se requieren pruebas periciales para acreditar su existencia, por el carácter biopsicológico de los padecimientos que le dan origen(374)

Así lo ha sostenido la Suprema Corte de Justicia de la Nación al resolver: "INCONSCIENCIA. PRUEBA DE LA EXCLUYENTE DE. La comprobación de la excluyente de responsabilidad penal consistente en obrar en estado de inconsciencia, requiere por su naturaleza eminentemente psicológica, de pruebas técnicas especiales que hacen necesario el examen de peritos"(375).

Por su parte el penalista Jescheck en su Tratado afirma que para que haya incapacidad de culpabilidad se deben analizar factores biológicos y psicológicos. Dentro de

(371) *Ibidem*, p. 571

(372) Cfr. JESCHECK, HANS-HEINRICH, op. cit., p. 391

(373) *Ibidem*, p. 396

(374) Cfr. MANCILLA OVANDO, JORGE ALBERTO, "TEORÍA LEGALISTA DEL DELITO", op. cit., p.115

(375) Apéndice del Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, Segunda Parte I, Primera Sala, citada por Jorge Alberto Mancilla Ovando, "Teoría Legalista del Delito", op. cit. p.115

ellos ubica el trastorno profundo de la conciencia la oligofrenia y otras graves anomalías psíquicas, y que por esa causa el sujeto sea incapaz de comprender lo ilícito del hecho o de actuar conforme a esa comprensión por lo que el juzgador debe constatar: Que exista la perturbación y que tal perturbación menoscabe considerablemente una de las dos facultades decisivas en la formación de la voluntad del hombre. Asimismo incluye dentro de lo que se denomina "perturbación profunda de la conciencia" aquellas perturbaciones no morbosas como el alcohol, el agotamiento o la excesiva fatiga, siempre y cuando exista un menoscabo grave de la conciencia de sí mismo y del mundo circundante y sean profundas, o sea que hayan alcanzado un grado más allá del margen normal (p.e. embriaguez letárgica)(376).

La fracción en comento prevé en la segunda parte del primer párrafo la posibilidad de acciones libres en su causa, al señalar "...a no ser que el agente hubiere proyectado su trastorno mental dolosa o culposamente, en cuyo caso responderá por el resultado típico, siempre y cuando lo haya previsto o le fuere previsible", Eugenio Raul Zaffaroni en su Manual afirma que es cuando se coloca en estado o situación de inimputabilidad y, en tal estado comete el injusto, toda vez que no lo comete libre "in acto", pero sí libre "in causa"(377), o sea que si fue libre en la determinación de la causa que produjo el acto, en que ya no estaba con tal autodeterminación; sus elementos son:

- a. Determinación dolosa o culposa de caer en estado de incapacidad de culpabilidad.
- b. Caer en tal estado y
- c. Cometer el ilícito previsto o previsible.

Al efecto la Suprema Corte de Justicia de la Nación sostiene "TRASTORNO MENTAL TRANSITORIO, CAUSA DE INIMPUTABILIDAD. Doctrinalmente la inimputabilidad es un presupuesto de la culpabilidad, considerándose aquella como la capacidad de entender y querer, pues se requiere que el individuo conozca la ilicitud de su acto y lo realice voluntariamente. La culpabilidad, en suma, exige que el sujeto tenga la capacidad de determinarse en función de lo que conoce. (La norma) establece como una causa de inimputabilidad el trastorno transitorio de la personalidad, producido accidental e involuntariamente. De ello deriva que, aún aceptando la versión del acusado, respecto a que en compañía del ahora occiso compraron cemento y lo inhalaron en bolsas de polietileno, drogándose, solo se demuestra que llegó a tal estado en forma voluntaria, por lo que resulta

(376) Cfr. JESCHECK, HANS-HEINRICH, op. cit., pp.395-396

(377) Cfr. ZAFFARONI, EUGENIO RAUL, op. cit., p.474

inoperante la causa de inimputabilidad aludida, cuya aplicación tiene como resupuesto necesario, que el trastorno transitorio sea accidental o involuntario"(378).

Por lo que se refiere al grado de culpabilidad, como se desprende de lo preceptuado, se estará al supuesto de que si existió dolo o culpa en la causa, responderá del resultado típico si pudiera haberle sido previsible, pero aún así si su imputabilidad estuviera considerablemente disminuida es una atenuante, pues se concede al juzgador el arbitrio de aplicar hasta dos terceras partes de la pena y/o medida de seguridad, según el grado de imputabilidad que sufre al momento de su comisión. O sea que opera la atenuante solo si la capacidad de culpabilidad está disminuida a tal grado que no cuente con un verdadero conocimiento y voluntad de determinación.

3.4.3.8. El error

Esta excluyente se prevé en la fracción VIII del artículo 15 del Código Penal en comento, que señala que en el supuesto que "Se realice la acción o la omisión bajo un error invencible: a) sobre alguno de los elementos esenciales que integran el tipo penal, o b) Respecto de la ilicitud de la conducta, ya sea porque el sujeto desconozca la existencia de la ley o el alcance de la misma, o porque crea que está justificada su conducta. Si los errores a que se refieren los incisos anteriores son vencibles, se estará a lo previsto por el artículo 66 de este código".

La palabra error es considerada en todo caso como una falsa apreciación de la realidad, y no se debe confundir con la ignorancia, que es el desconocimiento de un objeto determinado del conocimiento.

Señala Johannes Wessels en su obra precitada que cuando las representaciones del autor relativas al carácter de injusto del hecho son erróneas, se debe distinguir entre:

a) Error de tipo (error facti), que opera cuando alguien no conoce, al cometer el delito, una circunstancia que pertenece al tipo legal.

(379) Informe 1986, Segunda Parte, Penal, p.32

b) Error de prohibición (error iuris), es un error sobre la antijuricidad (la prohibición jurídica) del hecho (en que el autor sabe lo que hace típicamente, pero cree erróneamente que está permitido)(379).

En el error de tipo se parte, según afirma Hans-Heinrich Jescheck en su Tratado, del supuesto que el dolo es el conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo y faltando ese conocimiento, sea en todo o en parte, el dolo queda excluido. Si el error de tipo se debe a imprudencia, a su autor le será atribuida tal imprudencia, en tanto existe el correspondiente tipo de esa clase. El momento que importa para el juicio sobre la imprudencia es el de la realización del hecho(380).

El error de prohibición añade Hans-Heinrich Jescheck, en su Tratado, parte del supuesto del conocimiento de la antijuricidad como elemento de la culpabilidad, y el error sobre la antijuricidad atañe a la prohibición de la acción típica, en que el autor sabe lo que hace pero supone erróneamente que está permitido, o aún conociéndola, la estima sin vigencia, o la considera inaplicable por interpretación equivocada. El error de prohibición puede ser vencible o invencible. El invencible no le puede ser reprochado al autor, ya que no se encuentra en situación de conocer el injusto del hecho, pues no revela ninguna censurable actitud interna frente al Derecho. Por el contrario, el error vencible de prohibición se plantea la posibilidad de si cabe formular reproche de culpabilidad que conlleve a una atenuación facultativa de la pena del delito doloso (381).

Los efectos de esos errores no son los mismos:

a. Si el error fuere de tipo e invencible, se excluye el dolo y la culpa, y consecuentemente se excluye la tipicidad.

b. Si el error fuere de tipo y vencible sólo se excluye el dolo y, subsistirá el tipo culposo, si el hecho de que se trata admite dicha forma de realización,

c. Si el error fuere de prohibición e invencible, excluye el delito por eliminación de la culpabilidad.

d. Si el error de prohibición fuere vencible, la culpabilidad se atenúa, por tanto se atenúa la sanción que será hasta de una tercera parte del delito de que se trate (art. 66 CP)

(379) Cfr. WESSELS, JOHANNES, op. cit., p.129

(380) Cfr. JESCHECK, HANS-HEINRICH, op. cit., p. 278

(381) Ibidem, pp.413-414

Además Hans-Heinrich Jescheck señala que el tratamiento del error de tipo descansa en un sencillo principio fundamental: "Puesto que el dolo requiere el conocimiento de todos los elementos del tipo objetivo y en el error de tipo falta este conocimiento en todo o en parte, dicho error excluye el dolo, cuando falta el conocimiento de los elementos de un delito cualificado solo cabe aplicar el tipo básico" y añade "si el error de tipo se debe a imprudencia, el autor es condenado por ~~comisión imprudente~~ del hecho, en tanto exista el correspondiente tipo de esa clase. El momento que importa para el juicio sobre la imprudencia es el de la realización del hecho"(382).

5.4.3.9. No exigibilidad de otra conducta

La excluyente prevista en la fracción IX del artículo 15 del Código Penal en comentario es novedosa en nuestra legislación penal distrital. Dicha fracción establece que no hay delito cuando "Atentas las circunstancias que concurren en la realización de una conducta ilícita, no sea racionalmente exigible al agente una conducta diversa a la que realizó, en virtud de no haberse podido determinar a actuar conforme a derecho...".

Afirma Edmund Mezger en su libro "Derecho Penal. Parte General" que "No procede culpablemente el autor si se admite conforme a derecho que en las circunstancias del caso particular no se le puede exigir otra forma de actuar"(383).

Por su parte Reynoso Dávila señala que esta figura hace referencia a condiciones de nobleza o emotividad, pero no de Derecho, por las cuales resulta humano, excusable y no punible que la persona obre en un sentido determinado, aún cuando haya violado una prohibición legal o cometido un acto que no puede ser aprobado propiamente ni reconocido como acorde con los fines del Derecho y con el orden social (384)

Y añade el citado penalista Mezger que constituye una "causa de exclusión de la culpabilidad. Pero incluso allí no se ha puesto en duda, en lo más mínimo, que no entrarían las valoraciones individuales del autor particular, sino sólo las valoraciones objetivas del ordenamiento jurídico y de la Ley(385).

(382) Ibidem, p.278

(383) Cfr. MEZGER, EDMUND, op. cit., p. 272

(384) Cfr. REYNOSO DAVILA, ROBERTO, op. cit., p. 259

(385) Cfr. MEZGER, EDMUND, op. cit., p. 273

Johannes Wessels en su libro citado precisa que en algunos casos determinados esta figura es un principio regulador de gran significación como es el caso de los delitos culposos y omisivos en los que interesa delimitar con precisión el alcance de los deberes de cuidado y acción, por lo que puede admitirse en situaciones excepcionales esta causa legal de exculpación, toda vez que el ordenamiento jurídico no puede reprochar culpabilidad si el autor adopta su decisión sin cargo de conciencia y si su acción, determinada por un fin de salvación representa en las circunstancias dadas el único medio para impedir un mal mayor respecto de bienes jurídicos del más alto valor(385).

Sus elementos son:

- a) Una conducta ilícita,
- b) No exigibilidad de una conducta diversa al agente, y
- c) Imposibilidad para poderse determinar y actuar conforme a derecho, según las particulares circunstancias de realización del evento ilícito.

Roberto Reynoso Dávila en su libro "Teoría del Delito" afirma que esta eximente supralegal fue extraída del campo de la inimputabilidad haciendo de ella una panacea que por motivos o cuestiones emotivas del autor de un delito, paralice la represión y deje el orden y la seguridad públicos pendientes de eventualidades y aún caprichos individuales así como el variado criterio y sensiblería de los jueces. Esta figura tuvo su origen en dos casos de gran resonancia: el de la cabalgadura que no obedece a riendas (por estar colocadas en cola de caballos) y el caso de justificación de ausencia del trabajador por el nacimiento de hijo propio (por lo que en caso de que naciera en día inhábil, se corría por parteras el día de nacimiento para que cayera en día hábil y el trabajador pudiera gozar un día de asueto justificadamente(386).

5.4.3.10. El caso fortuito

Esta última excluyente prevista en la fracción X señala que el evento típico se produzca por caso fortuito; que al decir del penalista mexicano Carrancá y Trujillo en su libro citado, antes se preveía como el hecho de "causar daño por mero accidente, sin intención ni imprudencia alguna, ejecutando un hecho ilícito con todas las previsiones debidas"(387).

(385) Cfr.: WESSELS, JOHANNES, op. cit., pp.126-127

(386) Cfr. REYNOSO DAVILA, ROBERTO, op. cit., pp. 257-259

(387) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL, op. cit., p.646

Para Francesco Carrara citado por Carrancá y Trujillo, el no haber podido prever distingue el caso de la culpa, es decir se diferencia en razón de la previsibilidad por parte del sujeto (388). Además, el antecitado autor Carrancá y Trujillo señala como otra causa de imposible previsibilidad a la fuerza mayor que debe entenderse no solamente como "el efecto material que no puede imputarse al hombre, no solo lo que acontece fuera de una cosa, sino también lo que sucediendo por efecto de nuestra voluntad, está más allá de los límites de aquella previsibilidad que es humanamente posible"(389).

Raúl F. Cárdenas en su libro "Derecho Penal Mexicano" señala que "caso comúnmente significa el acontecimiento causal, es decir, fuera de lo normal; por consiguiente excepcional y por tanto imprevisible que el agente no puede evitar. El adjetivo "fortuito" quiere reforzar la significación de la indeterminabilidad y accidentalidad de su realización y citando a Raúl López Gallo, señala diferencias y semejanzas entre el constreñimiento, la fuerza mayor y el caso fortuito:

Se asemejan las tres figuras en que se trata de fuerza física externa, inevitable e irresistible, de naturaleza objetiva, y la imposibilidad de elección en el actuar, produciendo ausencia de conducta.

Sus diferencias son de origen y de grado:

1. De origen, que consisten en:

- a) En el constreñimiento físico, la energía física externa es siempre humana.
- b) En la fuerza mayor, la energía física externa es natural o subhumana (proveniente de animales o de incapaces).

c) En el caso fortuito, la fuerza física externa puede ser de cualquier índole:

I.- El constreñimiento físico y la fuerza mayor pueden, en el caso concreto haber sido previstos o no; su inevitabilidad proviene de su magnitud. El caso fortuito es imprevisible por definición.

II.- La causalidad en el caso fortuito y la fuerza mayor, es fatal; en el constreñimiento físico, en cambio, la causación es teleológica. Por esta razón, un incapaz no puede ser sujeto activo del constreñimiento; en este caso su energía equivale a fuerza mayor.

(388) Cfr. CARRARA, FRANCESCO, citado por Raúl Carranca y Trujillo, op. cit., p. 405
(389) Cfr. CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL, op. cit., p.464

III.- Puede existir o no una conducta previa, en la fuerza mayor o en el constreñimiento físico; en el caso fortuito la conducta previa es indispensable.

2.- Las de grado consisten en:

a) Tanto en el constreñimiento físico, como en la fuerza mayor, la energía es inevitable e irresistible de suyo.

b) En el caso fortuito, la energía externa es de por sí vencible y evitable, pero se torna irresistible e inevitable a causa de su sorpresividad(390).

Por su parte la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido: "FUERZA FISICA EXTERIOR IRRESISTIBLE, EXCLUYENTE DE RESPONSABILIDAD DE. La excluyente de responsabilidad de fuerza física exterior irresistible, requiere que se ejerza violencia en la persona del acusado y que éste involuntariamente solo sirva de instrumento en la producción del daño" (391).

"CASO FORTUITO. EXCLUYENTE DE. La excluyente de caso fortuito se configura legalmente cuando a pesar de que la conducta del agente activo es lícita, cuidadosa y precavida, surge el resultado típico, imprevisible por la concurrencia de una causa ajena a la actuación no encaminada a producir el hecho"(392).

5.4.4. La probable responsabilidad

El penúltimo y último párrafos del artículo 122 del código adjetivo penal señalan "Para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada en favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable responsabilidad".- "Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley".

Afirma Johannes Wessels en su obra "Derecho Penal. Parte General" que el fundamento del principio de culpabilidad y de responsabilidad es la capacidad del hombre para decidirse libre y correctamente entre el derecho y la justicia. Solamente si existe libertad de decisión tiene sentido reprochar al autor culpabilidad, toda vez que el derecho penal debe darse por satisfecho con el reconocimiento de que el principio de la responsabilidad del (390) Cfr. CAPDENAS, RAUL F., "DERECHO PENAL MEXICANO", Editorial Jus, México, 1962, pp.136-137 (391) Apéndice de Jurisprudencia 1917-1985, Segunda Parte, Penal, p.260 (392) Apéndice de Jurisprudencia 1917-1985, Segunda Parte, Penal, p.109

hombre moralmente maduro y psíquicamente sano constituye una realidad irrefutable de nuestra existencia social(393).

Sergio García Ramírez en su libro "El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano" afirma que la presunta(probable) responsabilidad del inculpado se deberá tener por comprobada cuando, al través de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en la conducta o hecho constitutivos del delito demostrado, por lo que del precepto penal comentado (art.122 último párrafo CPP) requiere dos extremos: uno positivo y otro negativo:

a) En el aspecto positivo: para resolver sobre la probable responsabilidad del inculpado es preciso que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad, donde se advierte que el legislador prácticamente está haciendo sinónimos entre "probable responsabilidad" y "probable culpabilidad".

b) En el aspecto negativo: es necesario "constatar si no existe acreditada en favor del inculpado alguna causa de licitud", entendiéndolo a excluyentes por licitud o justificación al género de eximentes de responsabilidad, lo que se acreditará por cualquier medio probatorio que señale la ley, y a lo cual artículo diverso, como ya vimos, permite al Ministerio Público (y a los tribunales) el empleo de medios de investigación diferentes de los que menciona la ley, siempre que no sen contrarios a derecho(394).

Osorio y Nieto señala que por probable responsabilidad se entiende la posibilidad razonable de que una persona determinada haya cometido un delito y existirá cuando del cuadro procedimental se deriven elementos fundados para considerar que un individuo es probable sujeto activo del evento delictivo, se requieren para la existencia de la probable responsabilidad indicios de responsabilidad, no la prueba plena, toda vez que tal certeza es materia de la sentencia(395).

5.4.5. FUNDAMENTACION LEGAL INTERNA DE LA PROCURADURIA

De la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal existen preceptos que se refieren a su competencia y facultades, como son:

Artículo 1o. Que prevé que dicha Ley tiene por objeto "organizar la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, para el despacho de los asuntos que al Ministerio

(393) Cfr. WESSELS, JOHANNES, op. cit., p. 109

(394) Cfr. GARCIA RAMIREZ, SERGIO, "EL NUEVO PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO", op.cit., pp.158-159

(395) Cfr. OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO, op. cit., p.26

Público atribuyen la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, este ordenamiento y demás disposiciones aplicables”, precepto que está en íntima correlación con el siguiente artículo.

Artículo 2o. Que señala que “La institución del Ministerio Público en el Distrito Federal estará a cargo del Procurador General de Justicia dle Distrito Federal, y tendrá las siguientes atribuciones que ejercerá por conducto de su titular o de sus agentes y auxiliares, conforme a lo establecido en esta Ley y demás disposiciones aplicables...”. y que en su fracción I le señala como facultad la de “Perseguir los delitos del orden común cometidos en el Distrito Federal;..”.

Artículo 4o.- Este precepto está en íntima correlación con el anterior, fijándole atribuciones específicas en materia de consignación y durante el proceso, cuyas fracciones I, III y VIII son de especial relevancia al preceptuar: “I. Ejercer la acción penal ante el órgano jurisdiccional competente por los delitos del orden común, cuando exista denuncia o querrela, estén acreditados los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad de quien o quienes en él hubieran intervenido, solicitando las órdenes de aprehensión, de comparecencia o de presentación, en su caso; ...III.- Poner a disposición de la autoridad judicial a las personas detenidas y aprehendidas, dentro de los plazos establecidos en la ley; y VIII.- En general, promover lo conducente al desarrollo de los procesos y realizar las demás atribuciones que le señalen las normas aplicables.

Del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, tienen especial relevancia los artículos 6o. y 19 fracción VI, que a la letra señalan: “El trámite y resolución de los asuntos de la competencia de la Procuraduría corresponde originalmente al Procurador, quien para la mejor distribución y desarrollo del trabajo y el despacho de los asuntos, se auxiliará de las unidades administrativas de la Procuraduría en los términos previstos en este Reglamento y además, para delegar otras facultades en los servidores públicos de las unidades administrativas de la dependencia, sin perjuicio de la posibilidad de su ejercicio directo, esta delegación se hará mediante acuerdos que se publicarán en el Diario Oficial de la Federación(art.6o. RLOPGJDF), Y “Al frente de las Direcciones Generales “A”, “B” y “C” de Consignaciones habrá un Director General, quien ejercerá por sí o a través de los agentes del Ministerio Público que le estén adscritos, las

siguientes atribuciones:...“Ejercitar la acción penal ante los tribunales competentes por los delitos del orden común y poner a disposición de éstos a los detenidos que hubiere, así como los objetos, instrumentos o productos relacionados con los hechos delictivos en los casos que corresponda;...”

5.5. CAUSAS QUE EXTINGUEN LA ACCION PENAL

Bajo el rubro de “Extinción de Responsabilidad Penal el código adjetivo penal vigente para el Distrito Federal, contiene causas extintivas de la acción penal, esto a circunstancias que inhiben legalmente al Ministerio Público para que ejercite su facultad acusatoria ante la autoridad judicial, y que son:

5.5.1. Muerte del delincuente.

En artículo 91 del Código Penal señala que la muerte del delincuente extingue la acción penal, excepto en lo que se refiere a: a) La reparación del daño, b) El decomiso de los instrumentos con que se cometió el delito y las cosas que sean objeto u efecto de él. Este precepto tiene su origen en el principio de que la pena no puede trascender más allá del sujeto activo del delito (el art. 22 constitucional prohíbe las penas trascendentales), y además el Ministerio Público no puede detener o ejercer acción penal contra un muerto, pero si solicitar la reparación del daño, toda vez que tiene el carácter de representante social dicha institución y la consecuencia jurídica de la conducta, o sea la pena es pública, y será en este caso exigible a tercero y se tramitará vía incidental dentro de la sucesión, sin perjuicio que el Ministerio Público pueda exigir la garantía de su cumplimiento en términos de responsabilidad civil (art. 34 CP en correlación con el art. 2, fr.II CPP), y dada la institucionalidad del Ministerio Público, será en lógica consecuencia que sea el Ministerio Público que conozca del delito, el que lo turne, a aquél que conozca de la sucesión, constituyendo un pasivo que debe ser tomado en cuenta al determinar el patrimonio del de cujus.

El hecho de la muerte del delincuente simultánea o con posterioridad al hecho no es impedimento para exigir dicha reparación.

Podría decirse que esta disposición en cierto grado contradice el principio de no trascendencia de la pena, pero se ha establecido en beneficio de la sociedad y como protección al patrimonio de las personas víctimas del hecho delictivo.

Para efectos de esta reparación, el Ministerio Público tiene la obligación de pedirla y precisar los hechos y circunstancias que originaron el daño, fijando con precisión la cuantía de éste y los conceptos por los que proceda, según lo dispone el artículo 2 fracción I del código adjetivo penal, pero el juez, tomando en cuenta la situación del obligado podrá fijar plazos para su cumplimiento si se otorgó la debida garantía, hasta por el término de un año (art. 39 CP)

Además, por su parte el artículo 10 del código sustantivo penal, señala que la responsabilidad penal no pasa de la persona y bienes de los delincuentes, excepto en los casos especificados por la ley.

5.5.2. Amnistía

La amnistía consiste en el perdón de delitos políticos, para lo cual se faculta al Congreso de la Unión en el artículo 73 fracción XXII "Para conceder amnistías por delitos cuyo conocimiento pertenezca a los tribunales de la Federación", por lo cual la amnistía sólo puede ser decretada a través de una ley que otorgue dicho beneficio a un número indeterminado de sujetos que caigan en el supuesto específico.

Como se desprende del artículo 92 del Código Penal, la amnistía extingue la acción penal en términos de la ley que la decreta, y si no se expresare, se entiende que abarca a todos los que estén amparados por ella.

También es una forma en que por ley específica se retira la inhabilitación para ejercer profesión, derechos civiles o políticos, o para desempeñar determinado cargo o empleo.

5.5.3. Perdón del ofendido

El artículo 93 del Código Penal, en su primer párrafo señala que el perdón otorgado por el ofendido o por el legitimado para otorgarlo extinguen la acción penal, bajo los requisitos que:

- a. El delito sea perseguible por querrela
- b. Se otorgue ante el Ministerio Público antes de que éste ejercite acción penal, y
- c. Que una vez otorgado no puede revocarse.

Este precepto nos recuerda uno de los requisitos del perdón: su irrevocabilidad, pues una vez que se ha otorgado, no puede volver a ejercitarse nuevamente la acción penal, pues contradeciría el principio de "non bis in idem", que significa que no se puede juzgar dos veces por la misma conducta y que garantiza el artículo 23 constitucional.

En el segundo párrafo del artículo en comento asimila al perdón otorgado a los delitos perseguibles por declaratoria de perjuicio o algún otro equivalente a la querrela, donde se incluye la autorización, que es la forma de incoar un proceso contra altos funcionarios públicos por conductas delictivas cometidas en ejercicio de sus funciones o con motivo de ellas, y aún deja abierta la posibilidad de excitativa para delitos de ofensa contra la personalidad del Estado, cometidos por autoridades extranjeras, como lo señala la fracción II del artículo 262 del código procesal penal, lo cual demuestra la idea expuesta en apartados anteriores que cada vez se abre más la posibilidad para que los delitos sean perseguibles a petición de parte.

Además, para que proceda el perdón basta que quien esté debidamente autorizado para ello declare que el interés afectado ha sido satisfecho.

El tercer párrafo del artículo en comento hace referencia a la característica de la divisibilidad de la querrela, lo que significa que aún y cuando existan varios imputados, el perdón otorgado a uno solo de ellos no abarca a los demás, lo que nos remite a la divisibilidad del perdón de que habla la doctrina, la excepción a ello lo señala el cuarto párrafo de dicho artículo, que señala que el perdón otorgado a uno solo de los inculpados beneficia a todos si se acredita la satisfacción de sus intereses o derechos, y aún abarca hasta el encubridor.

Pero además, un último, y quizá el más importante requisito es que lo acepte el ofendido, pues si el ofendido no acepta el perdón, éste no surtirá efectos, lo cual ha operado en casos en que el imputado se considera inocente y no desea quedar agradecido al que le otorga el perdón, y mucho menos que su reputación quede en entredicho, en particular si se

trata de funcionarios públicos, cuyo currículum quedaría empañado por el inicio de un procedimiento contra ellos, por lo cual en muchas ocasiones han preferido no aceptar el perdón y que se les siga proceso donde se acredite su inocencia, para que no signifique un impedimento en el desempeño de su carrera profesional.

El perdón puede ser expreso, si ya se presentó la querrela y se deberá otorgar ante el Ministerio Público del conocimiento, o bien puede ser tácito en el supuesto que el ofendido no ocurra ante el órgano investigador a presentar la querrela respectiva.

5.5.4. Prescripción

Como señala Raúl Carrancá y Trujillo en su libro "Derecho Penal Mexicano" que "La extinción penal por causa de prescripción atiende solo al transcurso del tiempo y puede afectar al derecho de acción o al de ejecución, cuando se refiere a la acción se denomina 'prescripción del delito o de la acción' y cuando a la pena 'prescripción de la pena'", y añade "Los fundamentos a que atiende modernamente la prescripción son: que si se trata de la acción penal puede considerarse contrario al interés social mantener indefinidamente una imputación delictuosa, que las pruebas se debilitan con el transcurso del tiempo, que la sustracción a la justicia efectuada por el delincuente es de por sí suficiente sufrimiento y que, por último, el daño mediato y la razón política de la pena dejan de existir..."(396).

Las características que tiene la prescripción en nuestro sistema jurídico son:

- **Atiende al mero transcurso del tiempo**, que coloca un velo de olvido en la mente de las personas, y puede interrumpirse, según el artículo 110 del Código Penal, por las actuaciones que se practiquen en la averiguación del delito y del o de los delincuentes, aunque por ignorarse quiénes sean éstos, no se practiquen las diligencias contra persona determinada. Pero podrá volverse a computar el plazo para que opere la prescripción si se dejare de actuar, o sea que empezará a correr de nuevo desde el día siguiente al de la última diligencia.

- **La prescripción puede interrumpirse**. Como se desprende del tercer párrafo del artículo 110 del código sustantivo penal que precisa "La prescripción de las acciones se (396) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL, op. cit., p.863

interrumpirá también por el requerimiento de auxilio en la investigación del delito o del delincuente, por las diligencias que se practiquen para obtener la extradición internacional y por el requerimiento de entrega del inculpado que formalmente haga el Ministerio Público de una entidad federativa al de otra, donde aquél se refugie, se localice o se encuentre detenido por el mismo o por otro delito."

- **La prescripción opera de oficio**, conforme lo señala el último párrafo del artículo 101 del código sustantivo penal en comento que prevé "La prescripción producirá su efecto, aunque no la alegue como excepción el acusado. Los jueces la suplirán de oficio en todo caso, tan luego como tengan conocimiento de ella, sea cual fuera el estado del proceso".

- **Continuidad de los plazos de prescripción**, toda vez que los plazos de prescripción se cuentan según el transcurso material del tiempo, por días naturales, según el calendario ordinario y no el que señala los días hábiles, y tampoco por horas.

- **El cálculo tiene como base el delito y sus modalidades**, lo que significa que no sólo se calcula la punibilidad para el delito básico, sino los motivos que puedan aumentar o disminuir la sanción, para el cómputo de la prescripción.

El punto de partida para su cómputo es el tipo de sanción:

I. Si la sanción es privativa de libertad, la acción penal prescribirá en un plazo igual al término medio aritmético de la pena privativa de libertad que señala la ley para para delito que se trate, pero en ningún caso será menor de tres años"(art. 105 CP)

II. Si el delito solo mereciere multa, la acción penal prescribe en un año (art.104 primera parte CP).

III. Si el delito mereciere además de multa pena privativa de libertad o alternativa, se computará para efectos de la prescripción la pena privativa de libertad, al igual que si ésta incluyere alguna pena accesoria (art. 104 CP),

IV. Si el delito solo mereciere destitución, suspensión o privación de un derecho o inhabilitación, la prescripción será de dos años, salvo disposición en contra (art.106 CP).

V. Si el delito fuere perseguible a petición de parte (querrela, autorización, excitativa, etc.), prescribirá en un año y se computará desde el día que las personas autorizadas

legalmente para interponerla tengan conocimiento del delito o del delincuente y en tres años si faltare cualquiera de estos dos últimos supuestos (art. 107 CP).

Pero una vez llenado el requisito de procedibilidad dentro del plazo antes citado, la prescripción correrá en términos de los delitos perseguibles por denuncia.

VI. En el caso de concurso de delitos, la acción penal prescribe cuando prescriba el delito que merezca la pena mayor (art. 108 CP)

5.5.5. Cumplimiento de pena o medida de seguridad

Bajo el principio de non bis in idem, previsto como garantía en el artículo 23 constitucional, no se podrá incoar acción penal respecto a un delito juzgado y cumplida la pena impuesta, sustituida o conmutada, en términos de la sentencia ejecutoriada, según lo prevé el artículo 116 del Código Penal, lo mismo podría decirse del artículo 118 del código sustantivo penal que decreta que "Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene". Por lo que una vez dictada sentencia en un proceso, y ésta cause ejecutoria y apareciere que existe otro delito en relación con la misma persona y por los mismos hechos considerados en el primer proceso, concluirá el procedimiento mediante resolución que dicte de oficio el Ministerio Público que esté conociendo por segunda vez del mismo delito.

5.5.6. Vigencia y aplicación de ley más favorable

El artículo 117 del Código Penal señala "La ley que suprime el tipo penal o lo modifique extingue, en su caso la acción penal... conforme a lo dispuesto por el artículo 56", el que a su vez señala que "Cuando entre la comisión de un delito y la extinción de la pena o medida de seguridad entrare en vigor una nueva ley, se estará a lo dispuesto en la más favorable al inculcado o sentenciado..."

Estos preceptos fueron inspirados por el principio rector en materia penal de "in dubio pro reo", que significa que en todo caso se debe estar a lo más favorable al reo, como afirma el penalista mexicano Carrancá y Trujillo en su libro antecitado, que se refiere tanto al aspecto interpretativo, porque siendo siempre las leyes penales de interpretación estricta, en caso de duda debe estarse a lo favorable al reo. Aunque también es aplicable este principio en materia

probatoria, precisando que en caso de duda debe absolverse, o sea que no podrá condenarse a un acusado sino cuando se pruebe que cometió el delito que se le imputa(397).

5.6. FORMA EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL

A efecto de simplificar y evitar errores, se han elaborado ponencias de consignación previamente impresas, que facilitan y agilizan la formulación de la consignación, para evitar errores u omisiones que pudieran inducir a confusión, que al igual que el acuerdo de consignación, deben contener los siguientes datos:

1. Expresión de ser con o sin detenido;
2. Número de consignación;
3. Número de la averiguación previa a que se refiere;
4. Delito o delitos por los que se consigna;
5. Agencia o mesa investigadora que formula la consignación;
6. Número de fojas contenidas, para evitar la pérdida o sustracción de documentos del expediente de averiguación previa.
7. Juez al que se designe (que en general es al que se le turne).
8. Mención expresa de que procede y se ejercita la acción penal;
9. Nombre del o de los probables responsables;
10. Delito o delitos que se le imputan.
11. Artículos del Código Penal que tipifiquen la o las conductas y los que las sancionen
12. Síntesis de los hechos materia de la averiguación previa.
13. Las pruebas que acrediten los elementos del tipo y la probable responsabilidad;
14. Nombre y lugar donde queda el o los detenidos a disposición del juez o bien la solicitud de que se gire por el juez la orden de aprehensión o de comparecencia;
15. Los objetos del delito que se ponen a disposición del juez y el lugar en que quedan a su disposición (incluso la fianza que garantiza la libertad caucional otorgada durante la fase de averiguación previa).
16. La firma del responsable de la consignación.

5.7. LOS EFECTOS DEL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL

a. Determinación de la competencia del tribunal, dependiendo del tipo de sanción prevista para el ilícito; se distribuye la competencia en juzgados de paz o juzgados de primera instancia en materia penal.

b. Da surgimiento al proceso propiamente dicho, pues como analizamos anteriormente el procedimiento en materia penal es el género del que el proceso es la especie, al abarcar el procedimiento desde el inicio de la averiguación previa hasta que la sentencia cause estado

c. El Ministerio Público pierde su calidad de autoridad y se transforma en parte acusadora.

d. Impide al acusador cambiar los hechos, entendiéndose con ello que los hechos contenidos en la averiguación previa no pueden ser modificados por el juez, salvo causas supervenientes en la instrucción, pero sí la aplicabilidad del derecho, en el caso de una incorrecta aplicación o interpretación de la norma a cargo de la autoridad consignadora, según lo precisa el procesalista Silva Silva en su libro "Derecho Procesal Penal"**(399)**.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El Derecho, en su devenir histórico ha ido evolucionando en el tiempo y en el espacio, según las necesidades de cada época y territorio, en la misma forma en que se desarrolla la sociedad organizada. En este orden de ideas, el Derecho Penal ha sufrido grandes transformaciones, tanto a nivel mundial como nacional.

SEGUNDA.- Es de detacarse que la materia del Derecho Penal no es un conjunto de normas aisladas, toda vez que se encuentran íntimamente relacionadas con otras materias, bajo la égida de la Constitución Federal que nos rige.

TERCERA.- Una de las formas de evolución del regimen procedimental penal es la existencia de una etapa preparatoria del ejercicio de la acción procesal penal a cargo del Ministerio Público, toda vez que aún no existe certeza, sino solo una presunción de la responsabilidad del indiciado, rodeada de una serie de formalidades que impiden la realización de actos privativos de bienes jurídicos o de mera molestia contra cualquier gobernado y de garantías en favor del indiciado.

CUARTA.- Se sostiene que retomando ideas de la Roma Clásica surgen en Francia funcionarios encargados de la defensa de los intereses de la corona, que posteriormente amplían su competencia a la representación del interés social. Estos funcionarios, en su inicio, se desempeñaron como colaboradores de los órganos jurisdiccionales, que en el México independiente se denominaron fiscales, que debían ser letrados y que por Ley de 1903 se les independiza de la judicatura, idea que es retomada por la Constitución de 1917, de donde se desprende su característica de detentar el monopolio de la acción procesal penal.

QUINTA.- En base a recientes reformas, derivadas de la proliferación de la delincuencia y en particular del incremento de la criminalidad, que se acogía a la autonomía (soberanía interna) de las entidades federativas, para evitar su persecución y captura, se reforma el artículo 21 constitucional, donde se destaca la importancia de la seguridad pública y la existencia de un sistema de coordinación en los tres niveles de competencia, para evitar la impunidad. Además se subraya la profesionalización de los elementos encargados de su preservación, dentro de nuestro Estado de Derecho.

SEXTA.- En base a la triangulación que se da en todo proceso, a nivel de averiguación previa tenemos como sujetos al órgano de autoridad, el Ministerio Público; el órgano de la defensa, constituido por el indiciado y su defensor y al denunciante o querellante, que muchas veces coincide con la víctima del delito.

SEPTIMA.- En base al sistema procesal vigente en materia penal, no se puede iniciar la actuación concreta del Ministerio Público, sino hasta que éste sea excitado mediante denuncia o querrela de un hecho que se presume delictuoso, para que esta autoridad se avoque de oficio a la investigación del mismo; pero ello no es óbice para que pueda obtener el auxilio de la víctima u ofendido o del órgano de la defensa, para el esclarecimiento de la verdad histórica y así poder determinar la verdad legal.

OCTAVA.- El Ministerio Público es una institución que funciona eminentemente bajo principios de legalidad, la que determina su estructura jerárquica, a partir del Procurador General de Justicia, y su dependencia del Poder Ejecutivo del Distrito Federal y se encuentra inmerso dentro de un sistema de competencias administrativas, pero en todo caso cuenta con el apoyo directo de la Policía Judicial, los Servicios Periciales, y los demás organismos que le fije la ley, para la investigación y persecución de los delitos y de sus autores, y una vez probada la responsabilidad de estos últimos en la comisión del evento típico, determinar respecto al ejercicio o abstención de la acción penal.

NOVENA.- La institución del Ministerio Público, además de la función persecutoria de los delitos, es un representante de la sociedad, en la búsqueda, análisis y aplicación de políticas de prevención del crimen, y además es protector de cuestiones de orden público, como es la tutela de los intereses que requieren, dada su naturaleza y trascendencia, de una protección especial, como es el caso de menores e incapaces en lo relativo a servicios a la comunidad, que atiende a víctimas y presta asesoría jurídica.

DECIMA.- Se ha estimado que el defensor del indiciado a nivel de averiguación previa tiene una gran importancia, toda vez que se considera que el probable autor del delito desconoce en gran número de casos las garantías que le otorga tanto nuestra Constitución como el código adjetivo penal, y que además puede ser objeto de presiones de los otros sujetos de la relación procedimental, para obligarlo a admitir las cuestiones que les benefician a estos últimos, por lo cual se estima que debe ser un individuo letrado y conocedor de esta materia jurídica, para que realmente se aplique el principio de estar en todo lo que beneficia a su defensor, pero sin que ello lo convierta en patrocinador de la delincuencia, sino de la justicia.

DECIMA PRIMERA.- Se entiende por averiguación previa el conjunto de actuaciones que, integradas en un expediente, contienen las diversas diligencias que se han realizado a partir de que el órgano investigador tiene conocimiento del delito y que realiza de oficio, una vez que se le ha hecho de su conocimiento la comisión de un acto presumiblemente delictivo y que sirve de elemento probatorio y motivante para estimar si realmente existe un delito, a través de la reunión de los elementos típicos y si el sujeto que se estima responsable efectivamente cometió el ilícito.

DECIMA SEGUNDA.- Toda actuación contenida en la averiguación previa debe estar debidamente fundada y motivada en términos del artículo 16 constitucional, para evitar actos de molestia o diligencias innecesarias o irrelevantes, y además estar signada por quien la emita, con el consiguiente asiento de razón en el acta de averiguación previa, dentro de una secuencia cronológica.

DECIMA TERCERA.- En base al principio de unidad del Ministerio Público, todas las actuaciones legalmente realizadas ante su titular, asistido de su Secretario, hacen prueba plena, y por lo mismo, en base al principio de economía procesal se pueden diligenciar actas relacionadas o continuadas, respecto de la primordial, sin perjuicio de que todas esas actuaciones se acumulen en un solo expediente para efectos de consignación.

DECIMA CUARTA.- Existen constitucionalmente garantías protectoras del indiciado, como evitar cualquier maltrato o coacción para obtener su declaración, y cuyo valor probatorio está sujeto al requisito sine qua non de que sean hechas ante el órgano ministerial y asistido de su defensor, de ser informado de la persona que lo acusa y del motivo de la denuncia o querrela, de recibirle todo tipo de pruebas dentro de un término genérico de cuarenta y ocho horas, si es que está detenido, y de que su defensor lo asista en todas las diligencias que se realicen, además del derecho de obtener la libertad caucional siempre que el delito no sea calificado como grave.

DECIMO QUINTA.- Además de lo anterior, existen garantías libertarias que se consideran inconstitucionales, como la libertad administrativa o mediante arraigo, lo cual ha sido admitido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en base al principio de estar a lo más favorable al reo. Sobre lo mismo existe un número constante de especialistas en la materia que se cuestionan si es procedente la política criminal de incrementar sanciones por un lado, y otorgar facilidades libertarias por el otro, y que en base a lo preceptuado por el artículo 16 constitucional, que prescribe que sólo puede ser retenido por el Ministerio Público en caso de delitos calificados como graves, y sólo por el término de cuarenta y ocho horas

(excepto en los casos de delincuencia organizada), término en que deberá ser consignado o decretar su libertad si no se reúnen los extremos de elementos típicos y probable responsabilidad, ha permitido que verdaderos delincuentes se sustraigan a la acción de la justicia, dando margen a que continúen libres en detrimento de la proclamada seguridad pública.

DECIMO SEXTA.- Desde el mismo momento de la notitia criminis el Ministerio Público comienza a motivar su actuación, al resolver si es pertinente o no el inicio de la averiguación previa, y asimismo si existen causas que impidan el ejercicio de la acción penal, dentro de ellas están las que extinguen la responsabilidad, y las que excluyen el delito. Las primeras tienen su origen en motivos extrínsecos a la conducta, como es el caso de muerte del delincuente, amnistía, perdón del ofendido, entre otras; en tanto que las segundas, dejando subsistente la conducta, eliminan su carácter antijurídico y tienen su origen en causas intrínsecas a la conducta, como sería la legítima defensa, estado de necesidad, el ejercicio de un derecho, etc.

DECIMO SEPTIMA.- Dentro del ámbito de las garantías individuales, el fundamento legal de la consignación, son los artículos 14, 16 y 21 constitucionales; el primero se refiere a la prohibición de privar de bienes jurídicos a cualquier sujeto como gobernado, sin que medie juicio, y en el cual se le oiga en su defensa entre otras formalidades esenciales del procedimiento; el segundo se refiere a la prohibición de actos de molestia no fundados y motivados, y el tercero es el que atribuye al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos. De lo anterior se desprende que solo la legislación ordinaria es la que reglamenta el monopolio del ejercicio de la acción penal activa a favor de la citada institución, lo cual ha puesto en tela de duda su constitucionalidad.

DECIMO OCTAVA.- En base al principio de inocencia que prevalece en nuestro sistema jurídico a favor del probable responsable, surgieron críticas en torno al derecho del Ministerio Público de retenerlo, o sea de privarlo de su libertad, y ello dio margen, entre otras causas, a que se crearan una serie de garantías libertarias que evitaran que inocentes fueran privados de un bien jurídico de tan alta jerarquía, si no era estrictamente indispensable. Actitud protectora del indiciado que ha dado origen a que se abusó de tales beneficios muchas veces no previstos en nuestra Carta Magna, dando lugar a un régimen más bien protector de la delincuencia, en el que están inmersas verdaderas comunidades delictivas, que son protegidas muchas veces por las propias autoridades repressoras de la criminalidad y que es causa, si no única, si muy importante del fenómeno criminológico en que estamos inmersos.

(excepto en los casos de delincuencia organizada), término en que deberá ser consignado o decretar su libertad si no se reúnen los extremos de elementos típicos y probable responsabilidad, ha permitido que verdaderos delincuentes se sustraigan a la acción de la justicia, dando margen a que continúen libres en detrimento de la proclamada seguridad pública.

DECIMO SEXTA.- Desde el mismo momento de la noticia criminis el Ministerio Público comienza a motivar su actuación, al resolver si es pertinente o no el inicio de la averiguación previa, y asimismo si existen causas que impidan el ejercicio de la acción penal, dentro de ellas están las que extinguen la responsabilidad, y las que excluyen el delito. Las primeras tienen su origen en motivos extrínsecos a la conducta, como es el caso de muerte del delincuente, amnistía, perdón del ofendido, entre otras; en tanto que las segundas, dejando subsistente la conducta, eliminan su carácter antijurídico y tienen su origen en causas intrínsecas a la conducta, como sería la legítima defensa, estado de necesidad, el ejercicio de un derecho, etc.

DECIMO SEPTIMA.- Dentro del ámbito de las garantías individuales, el fundamento legal de la consignación, son los artículos 14, 16 y 21 constitucionales; el primero se refiere a la prohibición de privar de bienes jurídicos a cualquier sujeto como gobernado, sin que medie juicio, y en el cual se le oiga en su defensa entre otras formalidades esenciales del procedimiento; el segundo se refiere a la prohibición de actos de molestia no fundados y motivados, y el tercero es el que atribuye al Ministerio Público la función persecutoria de los delitos. De lo anterior se desprende que solo la legislación ordinaria es la que reglamenta el monopolio del ejercicio de la acción penal activa a favor de la citada institución, lo cual ha puesto en tela de duda su constitucionalidad.

DECIMO OCTAVA.- En base al principio de inocencia que prevalece en nuestro sistema jurídico a favor del probable responsable, surgieron críticas en torno al derecho del Ministerio Público de retenerlo, o sea de privarlo de su libertad, y ello dio margen, entre otras causas, a que se crearan una serie de garantías libertarias que evitaran que inocentes fueran privados de un bien jurídico de tan alta jerarquía, si no era estrictamente indispensable. Actitud protectora del indiciado que ha dado origen a que se abuse de tales beneficios muchas veces no previstos en nuestra Carta Magna, dando lugar a un régimen más bien protector de la delincuencia, en el que están inmersas verdaderas comunidades delictivas, que son protegidas muchas veces por las propias autoridades represoras de la criminalidad y que es causa, si no única, si muy importante del fenómeno criminógeno en que estamos inmersos.

DECIMO NOVENA.- Cuestión debatida es el régimen presidencialista en que vivimos, que de hecho concentra los tres poderes, entre ellos el judicial, pues existen órganos que, como el Ministerio Público realizan funciones jurisdiccionales, o sea aplican el derecho al caso concreto, y además en base a principios de discrecionalidad, como es el caso de determinar si se ejerce o no acción penal, sin que hasta el momento haya otro medio de impugnación que no sea el jerárquico, a pesar de las reformas constitucionales, a lo que cabe añadir que la jurisprudencia de la Suprema Corte ha resuelto en sentido afirmativo.

VIGESIMA.- No obstante se cuentan con oficinas y números telefónicos para presentar quejas por alguna actuación ilegal de las autoridades dependientes de la Procuraduría General del Distrito Federal, la verdad es que está inmersa en un sistema burocratizado, en cuyo interior existen compadrazgos o amiguismos; las quejas presentadas por tales medios carecen de relevancia, lo que da margen a la obligatoriedad de cumplir con las exigencias extralegales que fijan tales autoridades.

VIGESIMA PRIMERA.- Cuestión básica es el hecho de que si el Ministerio Público fue creado como una institución de buena fe, protectora de intereses sociales, se ha disvirtuado tal finalidad, al surgir la necesidad real de crear organismos cuyo objeto es la protección de los derechos humanos, que en esencia debería corresponderle a la institución del Ministerio Público.

VIGESIMA SEGUNDA.- Por lo que toca a la debatida cuestión de la brevedad legalmente prevista para las averiguaciones previas con detenido, el conocimiento del Ministerio Público debe ser sumario, pues de ser plenario, deja al juez solo la función de órgano revisor de lo actuado durante la etapa de preparación de la acción penal y limitarse al desahogo de las pruebas pertinentes que permitan una diligenciación rápida, evitando actuaciones irrelevantes e impertinentes.

VIGESIMA TERCERA.- Por lo que se refiere a la averiguación previa sin detenido, toda vez que no existe plazo o término para su conclusión, puede durar meses y aún años, contraviniendo así el principio de seguridad jurídica que requiere de una administración de justicia pronta y expedita.

VIGESIMA CUARTA.- Un gran avance en la lucha contra la delincuencia se observa en las reformas hechas a la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y su Reglamento, donde se establece el servicio profesional de carrera para los agentes del Ministerio Público y sus principales órganos auxiliares, que en primer lugar exige

que para la admisión de tales servidores públicos se les aplique un examen para ocupar el cargo y otro más para otorgarles la plaza, lo que permitirá que ingrese personal capacitado y su actualización profesional; ello aunado a la reformulación de las facultades de la Procuraduría del Distrito Federal y la creación de Direcciones Generales Investigadoras que operan bajo criterios de especialización e incidencia delictiva, además de la promulgación de la Ley Contra la Delincuencia Organizada, entre otras cuestiones, permitirá en el futuro próximo el combate al creciente fenómeno delictivo en que estamos inmersos los habitantes del Distrito Federal.

VIGESIMO QUINTA.- En base a lo anterior, el presente trabajo contiene un análisis de lo que constituye la dinámica y problemática de la averiguación previa, que se inicia desde que el órgano ministerial tiene conocimiento de la comisión de un hecho posiblemente delictivo y se avoca de oficio a la realización de toda una serie de diligencias indispensables para acreditar los extremos de elementos típicos y probable responsabilidad, para determinar, en su caso, el ejercicio de la acción penal, documentada en la consignación, a la cual va anexo el expediente que la motiva, fundamenta y da lugar al proceso. Este tema ha sido poco abordado por nuestra doctrina, por lo que esperamos sirva como una contribución para los interesados en esta etapa básica del procedimiento penal.

BIBLIOGRAFIA

1. ALSINA, HUGO, "TRATADO TEORICO-PRACTICO DE DERECHO PROCESAL CIVIL Y COMERCIAL", Ed.EDIAR, Buenos Aires, 1963.
- 2.- AMUCHATEGUI REQUENA, IRMA, "DERECHO PENAL", Editorial Harla, Mèxico, 1995
- 3.- ARILLA BAS, FERNANDO, "EL PROCEDIMIENTO PENAL EN MEXICO", Editorial Kratos, Mèxico, 1988
- 4.- BARRITA LOPEZ, FERNANDO A., "LA AVERIGUACION PREVIA", Editorial Porrúa, S.A., Mèxico, 1993.
- 5.- BAUMANN, JURGEN, "DERECHO PENAL..CONCEPTOS FUNDAMENTALES Y SISTEMAS", Ediciones De Palma, Buenos Aires, 1981.
6. BELING, ERNEST VON, "ESQUEMA DE DERECHO PENAL. LA DOCTRINA DEL DELITO-TIPO", Editorial De Palma, Buenos Aires, 1944.
- 7.- BRAZDRESCH, LUIS, "GARANTIAS CONSTITUCIONALES", Editorial Trillas, S.A. de C.V., Mèxico, 1996.
- 8.- BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO, "REFLEXIONES SOBRE LAS LLAMADAS GARANTIAS INDIVIDUALES EN ESTUDIOS DE DERECHO PROCESAL",T.II, Càrdenas Editor, Mèxico, 1980
- 9.- BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO, "DERECHO PROCESAL", Càrdenas Editor, Mèxico, 1960
- 10.- BURGOA ORIHUELA, IGNACIO, "LAS GARANTIAS INDIVIDUALES", Editorial Porrúa, Mèxico, 1986.
- 11.- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL, RAUL CARRANCA Y RIVAS, "CODIGO PENAL ANOTADO", Editorial Porrúa, S.A., Mèxico, 1990
- 12.- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL, "DERECHO PENAL. PARTE GENERAL", Editorial Porrúa, S.A., Mèxico, 1986
- 13.- CASTELLANOS, FERNANDO, "LINEAMIENTOS ELEMENTALES DE DERECHO PENAL", Editorial Porrúa, S.A., Mèxico, 1986.
- 14.- CASTILLO DEL VALLE, ALBERTO DEL, "LEY DE AMPARO COMENTADA", Editorial Duero, Mèxico, 1995
- 15.- CASTILLO SOBERANES, M. ANGEL, "EL MINISTERIO PUBLICO EN MEXICO. PROBLEMAS Y PERSPECTIVAS", Criminalia, Enero-Abril, Mèxico, 1995
- 16.- CASTRO V., JUVENTINO, "EL MINISTERIO PUBLICO EN MEXICO", Editorial Porrúa, S.A., Mèxico, 1976.

- 17.- COLIN SANCHEZ, GUILLERMO, "DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES", Editorial Porrúa, S.A., México, 1986.
- 18.- CUELLO CALON, EUGENIO, "DERECHO PENAL. PARTE ESPECIAL", T.II, Editorial Bosch, Barcelona, 1980.
19. DIAZ DE LEON, MARCO ANTONIO, "TEORIA DE LA ACCION PENAL", UNAM, México, 1974
20. FIX ZAMUDIO, HECTOR, "LA FUNCION CONSTITUCIONAL DEL MINISTERIO PUBLICO. TEMAS Y PROBLEMAS DE LA ADMINISTRACION DE JUSTICIA EN MEXICO".UNAM, México,1982
- 21.- GARCIA RAMIREZ, SERGIO, "DERECHO PROCESAL PENAL",Editorial Porrúa, S.A., México, 1983
- 22.- GARCIA RAMIREZ, SERGIO, "CURSO DE DERECHO PROCESAL PENAL", Editorial Porrúa, S.A., México, 1989
- 23.- GARCIA RAMIREZ, SERGIO, "EL NUEVO PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO", Editorial Porrúa, S.A., México, 1994
- 24.- GARCIA CORDERO, FERNANDO, "LA REFORMA PROCESAL PENAL 1983-1987", Editorial Porrúa, S.A., México, 1994
- 25.- GONZALEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSE, "PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL MEXICANO", Editorial Porrúa, S.A., México, 1946.
- 26.- GOMEZ LARA, CIPRIANO, "TEORIA GENERAL DEL PROCESO", Editorial Trillas, México, 1990
27. GONZALEZ DE LA VEGA, FRANCISCO, "DERECHO PENAL MEXICANO", Editorial Porrúa, S.A., México, 1979
28. JESCHECK, HANS-HEINRICH, "TRATADO DE DERECHO PENAL", Editorial Comares, Granada, 1993.
29. JIMENEZ DE ASUA, LUIS, "TRATADO DE DERECHO PENAL", T.IV, Editorial Lozada, Buenos Aires, 1953
30. JIMENEZ DE ASUA, LUIS, "PRINCIPIOS DE DERECHO PENAL. LA LEY Y EL DELITO", Editorial Sudamericana, Argentina, 1990.
31. JIMENEZ HUERTA, MARIANO, "DERECHO PENAL MEXICANO", T.I y II, Editorial Porrúa, S.A, México, 1985
- 32 "LOS DERECHOS DEL PUEBLO A TRAVES DE SUS CONSTITUCIONES", T.III, Manuel Porrúa, S.A., Librería, México, 1985
33. LOPEZ BETANCOURT, EDUARDO, "TEORIA DEL DELITO", Editorial Porrúa, México, 1994

34. MANCILLA OVANDO, JORGE ALBERTO, "EL JUICIO DE AMPARO EN MATERIA PENAL", Editorial Porrúa, México, 1994
35. MANCILLA OVANDO, JORGE ALBERTO, "LAS GARANTIAS INDIVIDUALES Y SU APLICACION EN EL PROCESO PENAL", Editorial Porrúa, S.A., México, 1995
36. MANCILLA OVANDO, JORGE ALBERTO, "TEORIA LEGALISTA DEL DELITO", Editorial Porrúa, S.A., México, 1994.
37. MANCINI, VICENZO, "TRATADO DE DERECHO PROCESAL PENAL", Editorial EDEA, Buenos Aires, 1952
38. MARGADANT S., GUILLERMO F., "DERECHO ROMANO", Editorial Esfinge, S.A., México, 1985.
39. MARGADANT S., GUILLERMO F., "PANORAMA DE LA HISTORIA UNIVERSAL DEL DERECHO", Miguel Angel Porrúa, México, 1983
40. MARQUEZ PIÑERO, RAFAEL, "DERECHO PENAL. PARTE GENERAL", Editorial Trillas, México, 1990
41. MEZGER, EDMUND, "DERECHO PENAL. PARTE GENERAL", Cárdenas Editor y Distribuidor, México, 1990.
42. MORINEAU IDUARTE, MARTHA, ROMAN IGLESIAS GONZALEZ, "DERECHO ROMANO", Editorial Harla, México, 1993
43. OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO, "LA AVERIGUACION PREVIA", Editorial Porrúa, S.A., México, 1994
44. PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO, "APUNTAMIENTOS DE LA PARTE GENERAL DE DERECHO PENAL", Editorial Porrúa, S.A., México, 1991
45. PORTE PETIT CANDAUDAP, CELESTINO, "DOGMATICA SOBRE LOS DELITOS CONTRA LA VIDA Y LA SEGURIDAD PERSONAL", Editorial Porrúa, S.A., México, 1978
46. REYNOSO DAVILA, ROBERTO, "TEORIA DEL DELITO", Editorial Porrúa, S.A., México, 1995
47. RIVERA SILVA, MANUEL, "EL PROCEDIMIENTO PENAL", Editorial Porrúa, S.A., México, 1988
48. RODRIGUEZ, RICARDO, "EL PROCEDIMIENTO PENAL EN MEXICO", Editorial Oficina Tipográfica de la Secretaría de Fomento, México, 1900.
49. SILVA SILVA, JORGE ALBERTO, "DERECHO PROCESAL PENAL", Editorial Harla, México, 1990

50. VALLADO BERRON, FAUSTO E., "INTRODUCCION AL ESTUDIO DEL DERECHO", Editorial Herrero, México, 1961.
51. VELEZ MARICONDE, ALFREDO, "ESTUDIOS ELEMEMENTALES DE DERECHO PROCESAL PENAL", T.II, Córdoba, 1956
52. WELZEL, HANS, "LA TEORIA DE LA ACCION FINALISTA", Editorial De Palma, Buenos Aires, 1951
53. WESSELS, JOHANNES, "DERECHO PENAL. PARTE GENERAL", Editorial De Palma, Buenos Aires, 1980
54. ZAFFARONI, EUGENIO RAUL, "MANUAL DE DERECHO PENAL. PARTE GENERAL", Cárdenas, Editor y Distribuidor, México, 1990.
55. ZAMORA-PIERCE. JESUS, "GARANTIAS Y DERECHO PENAL", Editorial Porrúa, México, 1994