

269



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES
CAMPUS ACATLAN

28/11/01

"LA GARANTIA DE LEGALIDAD DEL ARTICULO 16
CONSTITUCIONAL, LA RETENCION Y LA ORDEN
DE LIBERTAD DEL MINISTERIO PUBLICO"

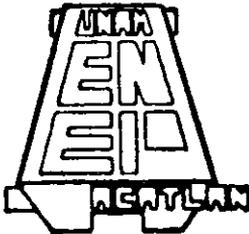
T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

MIGUEL NORIEGA MORALES

ASESOR DE TESIS: LIC. AARÓN HERNÁNDEZ LOPEZ



ACATLAN, ESTADO DE MEXICO, ENERO 2001



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.

A DIOS:

Por haberme permitido realizar primeramente como hombre y ahora profesionalmente.

A MI UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO:

Y especialmente a Mi Escuela Nacional de Estudios Profesionales Campus Acatlán por haberme abierto sus aulas y permitido culminar mis estudios profesionales.

A MI MADRE: CARMEN MORALES MARTINEZ:

Como un homenaje y muestra de Amor y respeto a aquella que estuvo a mi lado en aquellos momentos difíciles de mi vida y asimismo como un tributo a la mujer que con su cariño, esfuerzo y trabajo me inculcó el ser un hombre de bien.

A MI PADRE MIGUEL NORIEGA HERNANDEZ (+)

Con respeto a aquél que a su muy particular forma de hacerlo, demostró afecto y cariño.

A MIS HERMANOS GREGORIO ALEJANDRO Y DIEGO RAFAEL NORIEGA MORALES:

Con un profundo cariño y respeto hacia ellos y en recuerdo a todas aquellas vivencias y experiencias que tuvimos juntos.

A MI ESPOSA:

AURORA SANCHEZ RAMIREZ por la paciencia demostrada a lo largo de todos estos años juntos.

A MIS HIJOS:

ANGEL JOSE NORIEGA SANCHEZ
MIGUEL ALEJANDRO NORIEGA SANCHEZ y
GABRIELA NORIEGA SANCHEZ con gran amor y cariño hacia ellos y que ojalá tomen este trabajo como ejemplo a seguir.

A MI AMIGO JOSE ANTONIO FIGUEROA LANDEROS (+)

Mismo que durante los pocos años que ÉL me permitió conocerlo y tratarlo me demostró y enseñó lo que es la Amistad y que ésta cuando en verdad existe nunca termina.

A MIS ABUELOS:

ISIDRO GOMEZ (+) y FELÍCITAS HERNANDEZ (+).

A TODA MI FAMILIA.

A TODOS MIS MAESTROS:

Desde mi Escuela Primaria hasta mi querida Universidad que con sus conocimientos ayudaron en mi formación profesional.

A MI ASESOR: LIC. AARON HERNANDEZ LOPEZ con mi profundo agradecimiento al haberme ayudado en la elaboración de este trabajo.

A todas esas **PERSONAS** que aunque por razones de Espacio no se mencionan en este Trabajo, saben del Profundo cariño, agradecimiento y respeto que tengo hacia Ellas.

A TODOS MIS SUPERIORES, Y COMPAÑEROS DE TRABAJO:

De quienes he aprendido y me han ayudado con sus conocimientos y experiencia al mejor desempeño de mi trabajo.

I N D I C E

	PAGS.
INTRODUCCION	I

C A P I T U L O I. LA AVERIGUACION PREVIA.

A) CONCEPTO	1
B) FUNDAMENTO LEGAL	9
C) REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD	10

C A P I T U L O II. EL MINISTERIO PUBLICO.

A) DEFINICION	32
B) ANTECEDENTES HISTORICOS	41
C) FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL	53
D) EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL	58

C A P I T U L O III. LA POSTURA DEL MINISTERIO PUBLICO EN RELACION CON LOS EXTREMOS SENALADOS POR EL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL.

A) ORDENAR LA LIBERTAD DEL INDICIADO	77
B) PONERLO A DISPOSICION DE LA AUTORIDAD JUDICIAL	89
C) EL TERMINO DE 48 HORAS.	94

C A P I T U L O IV.
LA ORDEN DE LIBERTAD AL INDICIADO EN
AVERIGUACION PREVIA POR PARTE DEL
MINISTERIO PUBLICO.

	PAGS.
A) LA ORALIDAD DE LAS ACTUACIONES DEL MINISTERIO PUBLICO EN AVERIGUACION PREVIA CON DETENIDO	98
B) EL ACUERDO DE LIBERTAD POR PARTE DEL MINISTERIO PUBLICO EN AVERIGUACION PREVIA CON DETENIDO	100
C) LAS GARANTIAS QUE SE OTORGAN AL INDICIADO EN AVERIGUACION PREVIA CON DETENIDO	100
D) LA IMPORTANCIA DE CUMPLIR A PLENITUD LAS GARANTIAS QUE EN MATERIA DE AVERIGUACION PREVIA OTORGA LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EN ESPECIAL EL ARTICULO 16.	106
CONCLUSIONES.	110
BIBLIOGRAFIA	113

INTRODUCCION

I

El párrafo séptimo del Artículo 16 Constitucional fue modificado mediante la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el día tres de septiembre de mil novecientos noventa y cuatro, quedando su contenido de la siguiente manera: "NINGUN INDICIADO PODRA SER RETENIDO POR EL MINISTERIO PUBLICO POR MAS DE CUARENTA Y OCHO HORAS, PLAZO EN QUE DEBERA ORDENARSE SU LIBERTAD O PONERSELE A DISPOSICION DE LA AUTORIDAD JUDICIAL,...".

El legislador emplea dos verbos a los cuales atribuye un sentido técnico preciso, el verbo detener, con el que se refiere al acto de realización instantánea, mediante el cual se priva de su libertad a una persona, sin que esta privación sea el resultado de una orden judicial y el verbo retener, mediante el que se refiere a la prolongación en el tiempo de una privación de la libertad, durante la averiguación previa, detenida una persona bien sea el caso de flagrancia o en caso de urgencia el Ministerio Público podrá retenerla y continuar su averiguación previa hasta por un máximo de cuarenta y ocho horas, dentro de ese plazo, el Ministerio Público está obligado a ejercer la acción penal o bien a poner en libertad al detenido.

La aspiración y motivación principal para llevar a efecto la tesis que será sometida en su momento al H. Jurado que habrá de calificarla en el momento académico oportuno, es sin lugar a dudas la necesidad de que los actos del Ministerio Público durante la Averiguación Previa sean por escrito, con el fin de que la oralidad vaya siendo cada vez menos aplicada, por cuanto se refiere a la libertad del indiciado, toda vez que cuando una persona es dejada en libertad por parte del Ministerio Público **NO RECIBE DOCUMENTO ALGUNO Y SI EN CAMBIO ES CONSIGNADO A LA AUTORIDAD JUDICIAL SI LO HACE POR**

ESCRITO, quizá sea porque la libertad del indiciado no es importante, porque para el Ministerio Público para efectos de estadística es mejor consignar y probablemente considere más justo (2) consignar al indiciado, que dejarlo en libertad, cuando en esencia la libertad o no, dependen estrictamente de los hechos y la forma de demostrarlos por parte del órgano investigador, motivo por el cual el trabajo adquiere relevancia pues nuestra experiencia de más de veinte años en la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, nos permite afirmar que es necesario por seguridad jurídica del indiciado que se le entregue el documento respectivo donde conste que efectivamente determinada persona estuvo retenida en una Agencia del Ministerio Público y que después de las investigaciones realizadas en la indagatoria se le otorgó la libertad, aún siendo provisional y con las reservas de ley; no obstante en la práctica no se hace de esa forma, quedando conculcado el derecho consagrado en el párrafo séptimo del Artículo 16 Constitucional pues en más de una ocasión se deja "LIBRE" al indiciado y después es consignado, tratándose de evitar en lo posible esta perniciosa situación con lo propuesto en la tesis que pretendemos elaborar.

CAPITULO I

LA AVERIGUACION PREVIA

A) CONCEPTO

Acción y efecto de averiguar (del latín ad, a, y verificare: de verum, verdadero y facere, hacer). Indagar la verdad hasta conseguir descubrirla.

El vocablo es utilizado, en su forma más general y ordinaria, en referencia a la esfera procesal penal.

El artículo 1° del Código Federal de Procedimientos Penales al establecer los distintos períodos del procedimiento penal, señala en su fracción I el de la averiguación previa, que comprende las diligencias necesarias para que el Ministerio Público pueda determinarse en orden al ejercicio de la acción penal.

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

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

La averiguación tiene por objeto que el Ministerio Público practique todas las diligencias necesarias para acreditar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del diligenciado,

en definitiva se trata de una preparación para el ejercicio de la acción penal.

La averiguación comporta, por consiguiente, todas las actuaciones necesarias para el descubrimiento de la verdad material, de la verdad histórica.⁽¹⁾

En opinión de César Augusto Osorio y Nieto, nos ofrece este concepto de averiguación previa:

"Como fase del procedimiento penal, puede definirse la averiguación previa como la etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquéllas diligencias necesarias 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.

En tanto que expediente, es definible como el documento que contiene todas las diligencias realizadas por el órgano investigador tendientes a comprobar en su caso, los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad y decidir sobre el ejercicio o abstención de la acción penal"⁽²⁾.

Manuel Rivera Silva, respecto a la averiguación previa, la ubica como el período de preparación de la acción procesal y nos ofrece éstos conceptos:

"El período de preparación de la acción procesal como ya lo hemos manifestado, principia en el momento en que la autoridad investigadora tiene conocimiento de la comisión de un hecho delictuoso, o que aparentemente reviste tal característica y termina con la consignación.

⁽¹⁾ Cf. r. Márquez Piñero, Rafael. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa. México 1996. Tomo A-CH. 7a Edición. Pág. 299.

⁽²⁾ Osorio y Nieto, César Augusto. La Averiguación Previa. Editorial Porrúa. México 1997. 8a. Edición, págf. 4.

Al tratar las generalidades de la función persecutoria, dijimos que la iniciación de ésta no quedaba al arbitrio del órgano investigador, sino que era menester, para iniciar la investigación, el cumplimiento de ciertos requisitos legales o de iniciación. Estos requisitos son la presentación de la "denuncia" o de la "querella". El señalar como únicos los requisitos que hemos apuntado, ofrece como reverso el destierro total en nuestro Derecho, de instituciones jurídicas como la pesquisa general, la delación anónima y la delación secreta. Es decir, el legislador prohibió la indagación sobre una población o provincia, o sobre una persona determinada, hecha con el objeto de averiguar quien o quienes habían cometido delitos, indagaciones que constituyen la pesquisa general y la pesquisa particular, bondadosamente aceptadas en los siglos de hechicería y superstición; también prohibió la averiguación nacida de un documento anónimo, en el que se denunciaba un delito, o de un documento en el que se exigía reserva absoluta sobre la persona que hacía la denuncia. Estos sistemas de averiguación fueron condenados por el legislador, por constituir medios en los que se podían refugiar inicuas venganzas y múltiples vejaciones, amén de que vulneraban el derecho de defensa del inculpado al vedársele el conocimiento sobre la persona que lo acusaba. Así, pues, en la actualidad, conforme lo señala el artículo 16 Constitucional, sólo son aceptadas como instituciones que permiten el conocimiento del delito, la denuncia y la querella o acusación, siendo de advertir que el propio artículo no establece tres instituciones diferentes, a saber: denuncia, querella y acusación, sino exclusivamente dos: la denuncia y la querella ó acusación. Querella o acusación son términos que el legislador usa en forma sinónima⁽³⁾

Por su parte, el Maestro Fernando Arilla Bas denomina a la averiguación previa como período de preparación del ejercicio de la acción penal y nos dá su definición y panorámica en los términos siguientes:

⁽³⁾ Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal. Editorial Porrúa. México, 1998. 26a. Edición. Págs. 97 y 98

"El período de preparación del ejercicio de la acción penal, que las leyes de procedimiento acostumbra denominar de averiguación previa, tiene por objeto, como su mismo nombre lo indica, reunir los requisitos exigidos por el artículo 16 de la Constitución General de la República, para el ejercicio de la acción penal. El desarrollo de este período compete al Ministerio Público.

"La actividad averiguadora -primera fase de la persecutoria- recibe, en ocasiones, el nombre de diligencias de Policía Judicial (sección segunda del título segundo del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y título segundo capítulo segundo del Código Federal de Procedimientos Penales), cuya denominación cambió en la reforma⁽⁴⁾.

Ahora bien, el hecho de que las leyes hagan referencia a esa clase de diligencias, no significa, en modo alguno, que la Policía Judicial sea un órgano investigador con facultad de practicar diligencias con independencia del Ministerio Público. El artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no crea dos instituciones autónomas entre sí, ni siquiera vinculadas por relaciones de coordinación, sino por el contrario, dos instituciones (Ministerio Público y Policía Judicial) claramente subordinada la segunda a la primera. Las diligencias de Policía Judicial no son otra cosa que las diligencias de averiguación previa y las practicadas, en su caso, por individuos pertenecientes a la Policía Judicial, solamente serán válidas si son dirigidas por el Ministerio Público. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto al respecto que "no es exacto que las diligencias practicadas por la Policía Judicial carezcan de validez, porque cuando el Ministerio Público actúa en su carácter de autoridad y jefe de la Policía Judicial el Juez puede atribuir eficacia plena probatoria a diligencias que aquél practique, sin

⁽⁴⁾ Arrilla Bas, Fernando. El Procedimiento Penal en México. Editorial Porrúa. México 1997. 18a Edición. Págs. 63 y 64.

incurrir en violación al artículo 21 Constitucional". (Compilación de Jurisprudencia de 1917-1975. Segunda Parte. Tesis 232). La Reforma a éste respecto es muy clara; en primer lugar suprime el nombre de diligencia de Policía Judicial" y en segundo, supedita expresamente a la Policía Judicial y su actuación al Ministerio Público; en los términos del reformado artículo 3° del Código Federal y de Procedimientos Penales".

Respecto a la definición de averiguación previa, el autor Leopoldo de la Cruz Agüero, nos da su particular punto de vista en este tenor:

"Entendemos por averiguación previa la fase fundamental de la acción penal que incumbe al Ministerio Público la cual debe desarrollarse mediante un proceso administrativo en el que dicha autoridad ejerciendo también sus funciones de Policía, procede a la investigación de la comisión de los delitos y la persecución de los autores aportando los elementos que comprenden el delito y la presunta responsabilidad, para concluir con el ejercicio de la acción penal ante los Tribunales Judiciales competentes, amén de permitir de acuerdo con la última reforma al Código Federal de Procedimientos Penales, la aportación de pruebas por parte del presunto responsable y su defensa, convirtiéndose esa prefase del procedimiento penal en un "cuasiproceso", lo que conforme a la ley anterior y a nuestro criterio no debe permitirse por las razones que expondremos.

"En efecto, el artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales dispone: "Cuando el inculcado fuere aprehendido, detenido o se presente voluntariamente, se procederá de inmediato de la siguiente forma:... IV El Ministerio Público recibirá las pruebas que el detenido o su Defensor aporten dentro de la averiguación previa y para los fines de ésta, que se tomarán en cuenta, como legalmente corresponda, en el acto de la consignación o de libertad del detenido, en su caso...".

Ahora bien, conforme lo estiman los tratadistas de la materia, por procedimiento debe entenderse el conjunto de actos regulados por la ley realizados con la finalidad de la aplicación judicial del derecho y la satisfacción consiguiente del interés legalmente tutelado en el caso concreto, mediante una decisión del Juez competente denominada sentencia.

"También se considera al procedimiento como al conjunto de diversos actos procesales llevados a cabo por las partes que en él intervienen, bajo la potestad del Estado Jurídico encargado de resolver los litigios o controversias sometidos a su arbitrio, facultad que se delega en un órgano jurisdiccional denominado Juzgado o Tribunal.

"Con base en las últimas reformas al artículo 128 del invocado Código Federal Adjetivo, se pone de relieve que la averiguación previa penal se ha convertido en un proceso penal, ó cuasiproceso, otorgándole facultades al Ministerio Público, en ejercicio de sus obligaciones indagatorias de los delitos y persecución de los probables responsables, de admitir o desechar pruebas aportadas por el detenido o su defensor, perdiendo con ello la autonomía, irrecusabilidad y sus funciones de policía, características que han sido inherentes a su cualidad suigéneris de representante de la sociedad.

"En comparación con las facultades potestativas que le son afines al órgano jurisdiccional, se advierte que la averiguación previa penal es una etapa previa al proceso penal, integrada por una autoridad policiaca administrativa, no judicial como erróneamente se le ha investido ("Policía Judicial") careciendo por ello de esa potestad jurisdiccional de admitir, desahogar o desechar pruebas aportadas por el detenido y su Defensor, y resolver en definitiva como si se tratara de un Tribunal Judicial, facultad que no le corresponde sino al Juez, contraviniendo las disposiciones contenidas en el artículo 17, segundo párrafo, de la Carta Magna, que reza: "Toda persona

tiene derecho a que se le administre justicia por Tribunales que estarán expeditos para expedirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial...", en relación con el diverso numeral 21, que establece: "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La investigación y persecución de los hechos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará de una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato...".

Es verdad que en la especie no se faculta al Ministerio Público para dictar sentencia como un Tribunal Jurisdiccional, pero sí para el efecto de recibir, admitir, desahogar, y desechar pruebas aportadas por el presunto responsable o su Defensor, sin la intervención de un órgano tercero que juzgue sobre tales probanzas, por lo que ese "cuasiproceso" se desarrolla de una manera constitucional, aberrante e imparcial" ⁽⁵⁾.

Por lo que hace al tema que nos ocupa, Marco Antonio Díaz de León afirma que por averiguación previa penal debe entenderse al conjunto de actividades que desempeña el Ministerio Público para reunir los presupuestos y requisitos de procedibilidad necesarios para ejercitar la acción penal y que se estima como una etapa procedimental (no proceso) que antecede a la consignación a los tribunales, llamada también frase procesal que tiene por objeto investigar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculpado, para que el Ministerio Público se encuentre en condiciones de resolver si ejercita o no la acción penal ⁽⁶⁾.

El Maestro Guillermo Colín Sánchez, nos define así a la averiguación previa:

⁽⁵⁾ De la Cruz Agüero, Leopoldo. Procedimiento Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México 1996. Segunda Edición. Págs. 95 y 96.

⁽⁶⁾ Cfr. Díaz de León, Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa. México 1996. Primer Tomo. Pág. 114.

"La preparación del ejercicio de la acción penal, se realiza en la averiguación previa, etapa procedimental en la que el Estado por conducto del Procurador y de los Agentes del Ministerio Público, en ejercicio de facultad de la Policía Judicial practica las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar, en su caso, la acción penal, para cuyos fines, deben estar acreditados los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad.

"Esta facultad, siempre había recaído, exclusivamente, en los agentes del Ministerio Público: sin embargo, en materia federal, los integrantes de la Policía Judicial, "en ejercicio de sus facultades", deben "...Recibir las denuncias sobre hechos que puedan constituir delitos del orden federal, sólo cuando debido a las circunstancias del caso aquéllas no puedan ser formuladas directamente ante el Ministerio Público al que la Policía Judicial Federal informará de inmediato de las mismas y de las diligencias practicadas..." (artículo 3° fracción I, del Código Federal de Procedimientos Penales).

Semejante facultad entraña un grave peligro, dado el comportamiento que desde siempre han tenido muchos policías y, además, por su impreparación para avocarse a esa actividad, ¿qué clase de averiguaciones se llevaran a cabo por estos sujetos?...⁽⁷⁾.

Por nuestra parte, podemos considerar que la averiguación previa, es aquélla etapa preprocesal, en la cual el agente del Ministerio Público, se dedica a llevar a cabo una investigación de los hechos que le fueron puestos a su consideración, que pudieran constituir un delito, de los cuales fue enterado mediante denuncia y/o querrela, a efecto de estar o no en aptitud de ejercer la acción penal.

⁽⁷⁾ Collín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa. México 1995. 15a. Edición. Págs. 311 y 312.

B) FUNDAMENTO LEGAL

Esta etapa, se regula por lo dispuesto en los siguientes artículos: 16, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 1°, fracción I, 2° del Código de Procedimientos Penales, en materia Federal; y 2° y 3°, fracción I, 94 y siguientes, relacionados, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

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

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la Autoridad Judicial y sin que preceda denuncia, 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 cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

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

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

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

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

Atento a lo dispuesto en el precepto transcrito, para la válida promoción de la acción penal, deberán darse los siguientes requisitos: la comisión u omisión de un hecho, reputado por la ley como delito y que tal hecho lo haya realizado una persona física; que se haya dado consentimiento del ofendido a su legítimo representante, si el delito se persigue a petición de parte agraviada; y en términos anteriores a la reforma constitucional de 3 de septiembre de 1993, que lo dicho por el denunciante o querellante, esté apoyado por declaración de persona digna de fe y de crédito o por otros elementos de prueba que hagan presumir la probable responsabilidad del inculcado.

C) REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD

Para que se inicie el procedimiento y pueda darse válidamente el proceso, doctrinaria y legalmente, son necesarios algunos elementos que le den vida; lo cual me conduce al estudio de los denominados: presupuestos procesales, de los requisitos subjetivos de punibilidad, de las cuestiones prejudiciales y de los requisitos de procedibilidad.

Estos temas, siguen siendo objeto de discusión, sin embargo, haré referencia a ellos para precisar mi punto de vista, especialmente sobre los requisitos de procedibilidad.

Raúl Alberto Frosali, llama presupuestos procesales, a los requisitos para la existencia jurídica de una relación de naturaleza procesal; admite, que si estos no se dan, ningún acto puede adquirir esa naturaleza, ni ninguna decisión puede llegar a tener carácter jurisdiccional. En consecuencia, los presupuestos procesales, son: la capacidad para promover la acción penal y la capacidad jurisdiccional.

Miguel Fenech, señala: los presupuestos procesales, propiamente dichos, son aquéllos de los cuales depende la administrabilidad y eficacia del proceso mismo y los presupuestos de los actos, por referirse a un acto particular.

Manzini, manifiesta: "Los presupuestos procesales son aquéllas condiciones de existencia, los requisitos esenciales para el nacimiento y la válida constitución de la relación procesal considerada en sí misma y en sus fases diversas".

Distingue además, los presupuestos referentes al contenido material del proceso, de los atinentes a la sentencia, a los contenidos formales de él.

Los primeros conciernen al Derecho Penal sustancial, independientemente, de que se reflejen en el Derecho Procesal.

Los segundos, constituyen el objeto propio de mi estudio y, tomando en cuenta, el autor mencionado, que la relación procesal, no existe propiamente, sino hasta que se ha promovido la acción penal, parte de este supuesto para establecer como presupuestos procesales, los siguientes:

- a) La iniciativa del agente del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal;
- b) La legítima constitución del Juez, y
- c) La intervención, la asistencia y, eventualmente la representación del imputado, en los casos y en las formar ordenadas por la ley.

Agrega: "Pero los presupuestos procesales sin los cuales no puede haber un legítimo procedimiento penal presuponen a su vez un elemento meramente material, o material-formal, indispensable para su consideración práctica.

Este elemento, es el hecho jurídico de la noticia del delito (notitia criminis), noticia que puede vincularse a determinados actos jurídicos que influyen en la constitución de la relación procesal (denuncia, querrela, requerimiento, etc.), o puede provenir de otra fuente, determinando la actividad del órgano competente para promover la constitución de dicha relación".

Según Eugenio Florián, los presupuestos son los requisitos mínimos cuyo cumplimiento es necesario para que exista genéricamente, un proceso en el cual el órgano judicial pueda proveer.⁽⁸⁾

Según este autor, para que se de el proceso, son indispensables: un Juez Penal, legítimamente constituido, con "jurisdicción penal genérica", sea o no competente en el caso concreto; una relación de Derecho Penal; la presencia del Agente del Ministerio Público y del Defensor.

De las ideas expuestas, colijo que, los autores mencionados, señalan un conjunto de antecedentes jurídicos previos, para que se constituya el proceso, en efecto, así es: sin la conducta o hecho previsto por el legislador; sin la intervención

⁽⁸⁾ Autores citados por Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit. Págs. 318 y 319.

del Agente del Ministerio Público; sin la presencia del Juez; y sin Defensor, no es posible que exista el proceso, porque aunque hubiera conducta o hecho, si no se integra la relación procesal no habría proceso.

Los requisitos para la válida actuación de los elementos indicados, no es determinante para la constitución de dicha relación, pues ésta es independiente, verbi gracia: si el Juez no está legalmente constituido, esto es motivo para considerar al proceso no válido en su conjunto, aunque la relación jurídica si tiene vigencia; independientemente, de que el o los actos procesales, singularmente considerados, estuvieran viciados.

Los requisitos objetivos de punibilidad, según algunos especialistas de la parte general del Derecho Penal, son exigencias, ocasionalmente establecidas por el legislador, para que la pena tenga aplicación, por ejemplo: la previa declaración de quiebra, para poder perseguir al probable autor del delito de quiebra fraudulenta (artículos 111, 112 y 113 de la Ley de Quiebras, vigente), la previa declaración de nulidad del matrimonio, para proceder en contra del raptor que contrajo matrimonio con la raptada, etc.

Los requisitos objetos de punibilidad, atento a los ejemplos citados y a los que alude también, entre otros autores, Antolisei, en el Derecho de Procedimientos Penales se identifican con las denominadas "cuestiones prejudiciales", consideradas como: "cuestiones de Derecho, cuya resolución representa el antecedente lógico y jurídico del Derecho Penal objeto del proceso y que versan sobre una relación jurídica de naturaleza particular y controvertida; y también, con los requisitos de procedibilidad".

Considero que, en el fondo, se trata de una misma cuestión: quienes invocan, aunque impropiaemente, en cuanto al

vocablo condiciones objetivas de punibilidad, lo hacen desde el aspecto general del Derecho Penal, y los que aluden a cuestiones prejudiciales, enfocan el problema desde el punto de vista procesal, en cambio, los requisitos de procedibilidad, son también exigencias que legalmente deben satisfacerse para proceder en contra de quien infringió una norma del Derecho Penal Sustantivo.

También con frecuencia, algunos autores al referirse a la querrela, la incluye entre las exigencias o requisitos de punibilidad (Abraham Bartolini Ferro, Manzini, Pannain y Massari); empero, en la doctrina más conocida, se acepta que la querrela es un instituto de carácter procesal y también así lo sostienen: Antolisei, Bataglini, Maggiore, Vannini y Florián ⁽⁹⁾.

A mi juicio, la trascendencia de todo este enfoque depende de la manera de concebir al delito, de acuerdo con los elementos que lo integran.

Para quienes afirman que los requisitos objetos de punibilidad son elementos del delito, es obvio que, por ejemplo, la querrela sea una exigencia objetiva de punibilidad; esto, sin fijar el pensamiento en la materia que constituye la ciencia procesal.

Lo mismo ocurre, aunque en otro nivel, en lo referente a las cuestiones prejudiciales o cuestiones previas.

De todos éstos apuntamientos, lo cierto es que son exigencias para que el proceso sea válido y que siendo esto así, su ubicación correcta sea en la materia procesal y no en la parte general del Derecho Penal.

A mayor abundamiento, la punibilidad no es admisible que sea elemento del delito; es una consecuencia del

⁽⁹⁾ Cfr. Colin Sánchez, Guillermo. Op. Cit. Pág. 319.

mismo. El delito, a mi juicio, es la conducta o hecho, típica, antijurídica y culpable.

Por otra parte, en cuanto a los denominados presupuestos procesales, de aceptarse éstos, teorizando a la manera de Frosali, Fenech y Manzini, aún con sus particulares aclaraciones, me conducirían a considerar, tal vez, sobre la conveniente de reflexionar sobre una teoría de los presupuestos procesales y así, de esa manera, deambular en los ámbitos de la inimpunibilidad.

Si se desea hablar de presupuestos, se está obligado a señalar cuales son, estrictamente hablando, para así evitar que, haya confusiones entre éstos y las exigencias objetivas de punibilidad, las cuestiones prejudiciales y los denominados requisitos de procedibilidad.

En el derecho Mexicano, por disposición del legislador, los requisitos de procedibilidad son la querrela, la excitativa y la autorización ⁽¹⁰⁾.

En algunos casos, para que se inicie el procedimiento es necesario que se den los requisitos mencionados, y aunque pudiera ser que el Agente del Ministerio Público, aún sin satisfacerlos, hubiera realizado la averiguación previa, y la consignación de los hechos, esto impediría que se diera un proceso válido.

C.1.) LA DENUNCIA

La denuncia es la relación de actos, que se suponen delictuosos, hecha ante la autoridad investigadora con el

¹⁰⁾ Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit. Pág. 319.

fin de que ésta tenga conocimiento de ellos. La denuncia, definida en la forma que antecede, entrega los siguientes elementos:

- a) Relación de actos que se estiman delictuosos:
- b) Hecha ante el órgano investigador, y
- c) Hecha por cualquier persona.

A) La relación de actos, consiste en un simple exponer lo que ha acaecido. Esta exposición no solicita la presencia de la queja, o sea, del deseo de que se persiga al autor de esos actos y puede hacerse en forma oral o escrita.

B) La relación de actos debe ser hecha al órgano investigador. En efecto, teniendo por objeto la denuncia que el Representante Social se entere del quebranto sufrido por la sociedad, con la comisión del delito, es obvio que la relación de actos debe ser llevada a cabo ante el propio Representante Social.

La Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal registraba la posibilidad de que en casos urgentes la Policía Judicial pudiera recibir la denuncia, dando cuenta de inmediato al Ministerio Público. En el fondo la innovación establecida en el artículo 21 de la Ley en cita, no quebranta el elemento que estamos estudiando o sea de que la denuncia sea hecha ante el órgano investigador, pues la Policía Judicial que depende del Ministerio Público, únicamente es un receptor de la denuncia, teniendo la obligación de dar cuenta de inmediato al Ministerio Público, único órgano que por tener la facultad de investigar los delitos para preparar el ejercicio de la acción penal, debe estar enterado de la denuncia. El artículo 116 del Código Federal de Procedimientos Penales tampoco establece una excepción al principio de exámen, pues sí estatuye que en casos de urgencia la denuncia puede presentarse ante cualquier funcionario o agente de la Policía; con buena técnica

jurídica debe interpretarse que dicha denuncia no es de carácter procesal, sino la que el funcionario o agente de la Policía, hace al dar conocimiento al Ministerio Público de ella.

En resumen, la relación de actos delictuosos hecha ante cualquier autoridad que no sea investigadora, constituirá una denuncia desde el punto de vista vulgar, más no la denuncia jurídico-procesal, la cual, como expresamos, siendo un medio para hacer conocer al Ministerio Público la comisión de un hecho, debe presentarse ante él ⁽¹¹⁾.

C) Por lo que alude a que la denuncia sea formulada por cualquier persona, Franco Sodi, manifiesta que debe hacerla un particular, eliminando así la posibilidad de que las autoridades la presenten ⁽¹²⁾. La tesis expuesta se encuentra divorciada de un principio de sana lógica, pues en nada quebranta la esencia del instituto de la denuncia el que sea una autoridad quien la presente, ya que el artículo 117 del Código Federal de Procedimientos Penales lo registra al estatuir: "Toda persona que en ejercicio de sus funciones públicas tengan conocimiento de la probable existencia de un delito que debe perseguirse de oficio, está obligada a participarlo inmediatamente al Ministerio Público". Lo anterior nos obliga a afirmar que la denuncia puede ser hecha por cualquier persona, dándole a esta palabra el sentido más extenso involucrando en él cualquier carácter que la persona denunciante posea.

La denuncia es la relación de hechos constitutivos de delito, formulada ante el Ministerio Público. El artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos dice: "No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención a no ser por la autoridad judicial, sin que preceda, acusación o querrela..." Se ha entendido que, de acuerdo con el precepto constitucional transcrito, el período de averiguación previa solamente puede

⁽¹¹⁾ Cfr. Rivera Silva, Manuel. Op. Cit. Págs. 99 y 100.

⁽¹²⁾ Cfr. Franco Sodi, Carlos. El Procedimiento Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México 1957. Pág. 74.

iniciarse previa presentación ante el Ministerio Público de denuncia, acusación o querrela y que, por lo tanto, dicho precepto prohíbe implícitamente la realización de pesquisas. En consecuencia, todas las autoridades que ejercen funciones de Policía Judicial se abstendrán de indagar respecto de la comisión del delito en general y solamente procederán aquéllos que les han sido denunciados o querrellados.

La denuncia, ¿es potestativa ú obligatoria? Los artículos 116 y 117 del Código Federal de Procedimientos Penales establecen, desde luego, la obligación de denunciar, por parte de los particulares y de los funcionarios públicos. Por el contrario el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal no hace referencia alguna a dicha obligación. Sin embargo, si observamos que, ni aún en el primero de los citados Códigos, se conmina con pena alguna el incumplimiento de la obligación de denunciar, llegaremos a la conclusión de que, en realidad, ésta no existe. Obligación sin sanción es una *contradictio in adjecto*. Por otra parte, la omisión de la denuncia no puede ser constitutiva del delito de encubrimiento, como se sostiene por algún sector de la opinión jurídica, puesto que, de acuerdo con la doctrina más autorizada los actos de favorecimiento han de ser positivos" ⁽¹³⁾.

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

Para los objetivos y fines perseguidos a través de esta disciplina, es importante distinguir la denuncia, como medio informativo y como requisito de procedibilidad.

⁽¹³⁾ Cfr. Anlla Bas, Fernando. Op. Cit. Pág. 93.

Como medio informativo, es utilizada para hacer del conocimiento del Agente del Ministerio Público, lo que se sabe acerca del delito; ya sea que, el propio portador de la noticia haya sido el afectado; o bien que el ofendido sea alguna otra persona.

De esta consideración, concluyo: la denuncia puede presentarla cualquier persona, en cumplimiento de un deber impuesto por la ley.

Denunciar los delitos, es de interés general, porque al quebrantarse lo dispuesto en algún ordenamiento jurídico se provoca un sentimiento de repulsión hacia el infractor; a todos importa que, previa la observancia de las formalidades esenciales del procedimiento, en su caso, se determine la sanción y ésta se cumpla.

De esta manera, también se previene la ejecución de nuevos delitos.

Esto último, y con otros argumentos más, justifica que la mayor parte de las conductas o hechos, tipificados como delitos se persigan de oficio.

La noticia del delito o *notitia criminis*, no es un requisito de procedibilidad para que el Estado de través del Procurador de Justicia o del Agente del Ministerio Público que este determine, se aboque a la investigación del delito: bastará que dicho funcionario esté informado por cualquier medio, para que de inmediato, quede obligado a practicar las investigaciones necesarias que le permitan concluir en su oportunidad, si la conducta o hecho de que tiene conocimiento, constituye una infracción penal y siendo así quien es el probable autor.

En el medio mexicano, atendiendo al contenido del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente, adviértase que: el legislador incluye la

palabra denuncia (ente otros elementos necesarios para poder dictar una orden de aprehensión).

Comúnmente, no se entiende el alcance de la palabra mencionada y, algunos la consideran como "condición" para que el Agente del Ministerio Público se aboque a su función característica, mediante la averiguación previa.

Sin duda, los integrantes del Congreso Constituyente de 1917, instituyeron la denuncia como requisito de procedibilidad a cargo del Agente del Ministerio Público, haciendo referencia con ello a la instancia para que el Juez pueda abocarse al conocimiento e instrucción del proceso, no se olvide que el Juez no puede proceder de oficio, motivo por el cual al ejercitarse la acción penal se están denunciando al Juez la conducta o hecho; por ende, lo señalado, es la forma, indicada por el legislador, para que pueda manifestar la potestad del Juzgador.

En consecuencia, por lo expuesto y también para evitar posibles errores, aconsejo utilizar la palabra notitia criminis o noticia del delito, cuando se refieran al medio por el cual se informa o se hace del conocimiento del Agente del Ministerio Público una conducta o hecho⁽¹⁴⁾.

La denuncia en general, puede ser presentada por cualquier persona, sin importar que provenga de un procesado, salvo las excepciones previstas en la ley.

La denuncia, desde el punto de vista técnico, es decir, como requisito de procedibilidad, incumbe únicamente al Procurador de Justicia o al Agente del Ministerio Público, por ser el primero su titular, hecha la excepción de la acción popular.

⁽¹⁴⁾ Cfr. Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit. Págs. 314 y 315.

Esta, se hará verbalmente o por escrito, ante el Agente del Ministerio Público. Esto obliga a que "de oficio" proceda a la investigación de los hechos, siempre y cuando no se trate de infracciones, que requieran para su investigación, el cumplimiento de algún requisito de procedibilidad o de que no haya un obstáculo procesal (artículos 262 y 274, del Código de Precedimientos Penales para el Distrito Federal, y 113 del Código Federal de Procedimientos Penales).

Para los fines indicados, se hará constar el contenido de la noticia del delito en una acta que contenga todas las diligencias que se realicen en la secuela de la averiguación.

Se ha considerado a la denuncia como la información que proporciona cualquier persona al Ministerio Público o "Policía Judicial", sobre la existencia de determinado hecho delictuoso, ya sea que se haya cometido, se esté cometiendo o se vaya a realizar, facultad y obligación informativa o de comunicación que la Constitución General de la República otorga a todo ciudadano. De no actuar de esa manera, cuando se tiene conocimiento de hechos considerados delictuosos, el ciudadano se convierte en cómplice o copartícipe e incurre en responsabilidad penal, salvo las excusas que al efecto contempla la ley.

Se afirma también que la denuncia constituye un acto por medio del cual se hace saber a la autoridad, ya sea por escrito o por comparecencia personal, de la existencia de un hecho delictuoso para que la autoridad correspondiente proceda a su investigación.

Los elementos que constituyen el acto procesal denominado denuncia son:

a) Comparecencia personal o por escrito ante el Ministerio Público o son auxiliares;

b) La comparecencia debe estar formulada por persona física o moral, y

c) Una relación amplia de los hechos que se denuncian, de cuya síntesis el Ministerio Público pueda deducir elementos de convicción para la continuación de la investigación correspondiente.

C.2.) LA QUERELLA

Tratándose de la querella, diversos autores manifiestan que se trata de una demanda en el procedimiento criminal.

Por lo que respecta a tal acto jurídico, Osorio y Nieto considera que es la manifestación de voluntad de ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo o el ofendido con el fin de que el Ministerio Público tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que se inicie e integre la averiguación previa correspondiente y en su caso ejercite la acción penal respectiva; otros estiman que tratándose de la querella, cuando corresponde a delitos que se persiguen de oficio y a petición de parte ofendida, el hecho de comparecer ante el Ministerio Público no solamente puede hacerlo el agraviado, sino también su representante legal.

Otros hay que se inclinan por indicar que la querella consiste en la relación de hecho o hechos delictuosos formulados, narrados de forma escrita o por comparecencia, ante el órgano persecutorio, por quien o quienes se dicen perjudicados, cuyo objetivo fundamental es que se castigue el autor o autores del ilícito en cuestión. Hay más quienes consideran que la querella constituye una acusación penal ante un Juez o Tribunal competente, cumpliéndose determinados requisitos procesales de una manera solemne, los cuales

constituyen parte del proceso en el que se ejercita la acción penal en contra de los responsables.

Respecto a lo anterior, resulta aberrante considerar a la querrela como una acusación ante un Juez o Tribunal competente, puesto que ello iría en contra del espíritu plasmado por el legislador en el artículo 21 Constitucional que indica: "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato...", lo que significa que el titular de la acción penal, el organismo encargado de la investigación de los delitos, persecución de los presuntos responsables, conocido como Representante Social y quien ejercita la acción penal correspondiente, es el Ministerio Público y no cabe delegar tales facultades en cada ciudadano, como si se tratara de interponer demandas civiles o administrativas.

Al efecto, los elementos de la querrela son los siguientes:

a) Comparecencia ante el Ministerio Público de una persona que resulta o se considere ofendida por la comisión de determinado hecho delictuoso.

b) Que esa comparecencia sea personal o por escrito o por quien legalmente represente a quien se dice ofendido.

c) Que en el cuerpo del escrito o texto o redacción de la comparecencia se formule una relación amplia, circunstanciada de los hechos considerados delictuosos.

d) Que el compareciente o quien lo represente, manifieste expresamente el deseo de que se castigue al autor o autores del delito, por ser él directamente agraviado o sujeto pasivo del hecho ilícito narrado.

Al examinar todos y cada uno de los elementos que consideramos integran la figura procesal denominada querrela, cabe señalar que el principal e imprescindible es la comparecencia personal o por apoderado legal de quien se dice ofendido ante el Ministerio Público, debido a que sin la comparecencia la autoridad se encuentra imposibilitada para actuar y proceder a desahogar las diligencias correspondientes, ya que con la sola presentación del escrito en que se narran los hechos lo único que haría el Ministerio Público sería recibir el escrito y acordar lo conducente y requerir el denunciante comparezca personalmente a ratificar su aserto.

Es consecuencia, se considera como ofendido en la querrela a la persona que directamente ha recibido en su integridad física, bienes o derechos en general, una ofensa, un daño, ultraje, menoscabo, maltrato o injuria, así como cualquier acto que tienda a vulnerar sus intereses patrimoniales o familiares, sean de la índole que fueran. El concepto jurídico de persona ofendida se presenta en cualquier rama del derecho sea civil, penal, laboral o administrativa, puesto que si alguien en ejercicio de sus derechos ejercita determinada acción, con ese actuar es posible causar daños y perjuicios a terceros y entonces surge la persona ofendida.

En la querrela el que se dice ofendido denuncia o pone en conocimiento del Ministerio Público un hecho que considera ilícito y se ha cometido en su perjuicio, pero sin señalar a persona determinada como autora, es decir, no formulando una imputación directa, sino únicamente se concreta a narrar ampliamente tales hechos y será la autoridad quien con los elementos aportados investigue al autor o los autores.

La querrela es el derecho o facultad que tiene una persona a que se designa querellante, víctima de un hecho ilícito penal, para hacerlo del conocimiento del Procurador de Justicia o del Agente del Ministerio Público, y con ello dar su anuencia para

que se investigue la conducta o hecho y satisfechos que fueren los requisitos previstos en el artículo 16, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente, se lleve a cabo el proceso correspondiente.

En todo delito, en el que se requiera la anuencia del ofendido, para su investigación, no sólo el agraviado, sino también su legítimo representante, lo harán del conocimiento del Agente del Ministerio Público, para que éste se aboque a la investigación; por ende, esta autoridad está impedida para proceder sin que medie la manifestación de voluntad del que tiene ese derecho.

Respecto a la colocación adecuada de la querella en el campo que en sentido general abarcan las cuestiones penales, existen dos tendencias: la primera la ubica en la parte general del Derecho Penal, considerándolo como una exigencia objetiva de punibilidad, y la segunda, como un instituto procesal.

"Manzini, se manifiesta partidario de lo primero: no admite que sea un presupuesto procesal, porque no se promueve con ella la acción penal, por ser ésta una "condición" de derecho sustancial para la punibilidad; y, el hecho se hace punible y constituye, por lo tanto, delito, sólo en cuanto sea querellado.

"La querella, es una exigencia objetiva de punibilidad, por lo tanto, está comprendida dentro del Derecho Penal sustancial, aseveran Massari y Pannain, porque el Estado está limitado en su potestad punitiva, al dejar al sujeto pasivo del delito en libertad para poner en movimiento la acción penal.

"Tales aseveraciones son inaceptables; estos autores, confunden las exigencias objetivas de punibilidad con la querella, como institución de carácter netamente procesal.

"Como puede advertirse, se trata de dos cuestiones distintas que se pueden diferenciar y colocar en el sitio que les corresponde; no ha lugar a identificarlos, porque, no queda al arbitrio del particular decidir si se aplicará o no la pena; además, aún interpuesta, puede suceder que no se llegue necesariamente a la sentencia. Por último la posibilidad de que el particular pueda desistirse de la querella, no significa que quede a su arbitrio o capricho la punibilidad del actor delictuoso.

"La doctrina contemporánea más connotada, sitúa a la querella dentro del campo del Derecho de Procedimientos Penales, considerándola como una "condición de procedibilidad" (Florían Battaglini, Riccio, Ranieri, Vanini, Maggiore, Antolisei, y algunos más).

"En México, Ignacio Villalobos, González Bustamante, Franco Sodi, Piña Palacios y Rivera Silva así lo afirman" ⁽¹⁵⁾.

Finalmente: la querella es un derecho potestativo del ofendido por el delito, para dar su anuencia a la autoridad para su investigación y persecución del probable autor, todo lo cual permite concluir que la intervención de la autoridad, está sujeta a lo anterior; si no hay manifestación de voluntad, no es posible proceder; de ahí que la querella sea un requisito de procedibilidad.

Para que la querella se tenga por legalmente formulada, deberá satisfacer lo ordenado en los Códigos de la materia.

A. Requisitos. Podrán presentarla:

a) El ofendido (artículo 115 del Código Federal de Procedimientos Penales, y 264, del Código de Procedimientos

⁽¹⁵⁾ Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit. Pág. 322.

Penales para el Distrito Federal); b) Su representante; c) El 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" (artículo 264 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

B. Contenido. La querella, contendrá:

- a) Una relación verbal o por escrito, de los hechos;
- b) Debe ser ratificada por quien la presenta ante la autoridad correspondiente.

Atendiendo a lo indicado en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (artículo 264), estará válidamente formulada cuando sea presentada por el ofendido, independientemente, de que sea menor de edad.

Si la querella es presentada por los legítimos representantes, será válida, porque, la ley procesal de la materia lo permite, empero, "para las querellas presentadas por personas físicas, será suficiente un poder general, salvo en los casos de rapto, estupro o adulterio en los que sólo se tendrá por formulada directamente por alguna de las personas a que se refiere la parte final del párrafo primero de este artículo" (artículo 264 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal) ⁽¹⁶⁾.

La querella es, como la denuncia, la relación de hechos constitutivos de delito, formulada ante el Ministerio Público, por el ofendido o por su representante, pero expresando la voluntad de que se persiga.

Los delitos perseguibles únicamente por querella son, según el Código Penal, los siguientes: Daño en Propiedad

⁽¹⁶⁾ Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit. Págs. 323 y 234.

Ajena, cuyo monto no sea mayor del equivalente a cien veces el salario mínimo, y Lesiones ocasionadas con motivo del tránsito de vehículos sin importar el monto (artículo 62), Peligro de Contagio entre Cónyuges (artículo 259-Bis), Estupro (artículo 263), Adulterio (artículo 264), Abandono de Cónyuge (artículo 337), Lesiones (artículo 289), Injurias, Difamación y Calumnia (artículo 360), Privación de Libertad con Propósitos Sexuales (rapto) (artículo 365-Bis), Abuso de Confianza y Daño en Propiedad Ajena. Así como los previstos en el título vigésimo segundo del Código Penal cuando sean cometidos por un ascendiente, descendiente, cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, el Fraude cuando su monto no exceda de quinientos el salario mínimo (artículo 399-Bis) y a partir de la reforma publicada el 30 de septiembre de 1991, que adiciona la última parte del mencionado artículo, los delitos previstos en los artículos 380, 382 a 399 salvo el 390 y los dos últimos párrafos del artículo 395.

La reforma hecha al Código Penal por decreto de 16 de febrero de 1971, publicado en el Diario Oficial de 19 de marzo del propio año, en vigor sesenta días después, introdujo hondas modificaciones con relación a la persecución de los delitos culposos cometidos con motivo del tránsito de vehículos, los cuales se perseguirán por querrela de parte en los siguientes casos: a) Cuando se cause únicamente daño en propiedad ajena, cualquiera que sea su valor; b) Cuando se causen lesiones de las comprendidas en los artículos 289 y 290 del Código Penal y c) Cuando se causen ambos resultados de Daño en Propiedad Ajena y Lesiones de las mencionadas. En todo caso, la perseguibilidad por querrela está condicionada a que el sujeto no se encuentre en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes u otras substancias que produzcan efectos similares, y no se haya abandonada la víctima. La reforma publicada en el Diario Oficial de 19 de noviembre de 1986, extendió la querrela en los supuestos anteriores, a los delitos de lesiones, cualquiera que sea su naturaleza. Ahora bien, en el

supuesto de que el ofendido, en el acto de declarar en la averiguación previa exprese que no se querella, y fallezca, sin embargo dentro del término de sesenta días, que menciona el artículo 303 fracción II (derogada con la reforma), del Código Penal, el Ministerio Público deberá revocar la determinación de archivo y reiniciar el procedimiento por homicidio, despojando a dicha determinación en detrimento de la seguridad jurídica del sujeto activo del delito, del carácter definitivo que hoy tiene.

La querella es exigida a las Secretarías de Hacienda y Crédito Público y de Gobernación para el ejercicio de la acción penal por delitos Fiscales y Migratorios, por los artículos 152 de la Ley General de Población y 92 del Código Fiscal de la Federación, respectivamente; en este último caso, cuando se trate de los prescritos en los artículos 105, 108, 109, 110, 111, 112, 114 y 115-Bis, del propio Código.

Los artículos 376 del Código del Distrito Federal y 118 del Código Federal reformados, disponen que "las denuncias y las querellas pueden formularse verbalmente o por escrito. Se contraerán en todo caso a describir los hechos supuestamente delictivos, sin clasificarlos jurídicamente, y se harán en los términos previstos para el ejercicio del derecho de petición (requisito éste último un tanto extraño a nuestro juicio, toda vez que el artículo 8 de la Constitución Política no exige más requisitos para el ejercicio de este derecho que la petición se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa). Cuando una denuncia o querella no reúna estos requisitos el funcionario que la reciba prevendrá al denunciante o querellante para que la modifique, ajustándose a ellos. Asimismo, se informará al denunciante o querellante, dejando constancia en el acta, acerca de la transcendencia jurídica del acto que realizan, sobre las penas en que incurre quien se produce falsamente ante las autoridades y sobre las modalidades del procedimiento, según se trate de delito perseguible o de oficio o por querella. En el caso de que la denuncia o la querella se presenten verbalmente, se harán

constar en acta que levantará el funcionario que las reciba. Tanto en este caso como cuando se hagan por escrito, deberán contener la firma o huella digital (mejor deberían decir dactilograma, del griego daktylos, dedo y gramma, escritura, trazado, que etimológicamente significa escritura o trazado con el dedo), del que las presente y su domicilio.

C.3.) LA EXCITATIVA

La excitativa, es la petición que hace un estado extranjero, por conducto de su representante, acreditado ante los Estados Unidos Mexicanos, para que se proceda penalmente, en su caso, en contra de la persona que haya proferido injurias al estado extranjero peticionario, o a sus agentes diplomáticos o consulares.

Atendiendo a la personalidad internacional del Estado, se ha establecido, para estos casos, que sean los agentes diplomáticos quienes manifiesten su voluntad para que se persigan al probable autor del delito.

El procedimiento, para llevar a cabo la excitativa, no está previsto en el Código de Procedimientos Penales, en materia Federal; en la práctica, el embajador o el agente del Estado ofendido, puede solicitar el Agente del Ministerio Público Federal, se aboque a la investigación de los hechos.

También es factible que, a solicitud del Estado ofendido, sea el funcionario competente de los Estados Unidos Mexicanos en su Secretaría de Relaciones Exteriores, quien formule la excitativa ante el Procurador General de la República, Esto último, se justifica en los principios del Derecho Consuetudinario Internacional, fue previsto en el artículo 29 de la Convención de Viena sobre relaciones diplomáticas, de fecha 18

de abril de 1961, que a la letra dice: "La persona del agente diplomático es inviolable. No puede ser objeto en ninguna forma de detención o arresto.

El Estado receptor le tratará con el debido respeto y adoptará todas las medidas adecuadas para impedir cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad.

C.4.) LA AUTORIZACION

Es la anuencia otorgada por los representantes de organismos o autoridades competentes, en los casos, expresamente previstos en la Ley para la prosecución de la acción penal.

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

CAPITULO II

EL MINISTERIO PUBLICO

A) DEFINICION

Para el Maestro Héctor Fix-Zamudio, así se define al Ministerio Público:

"Es la institución unitaria y jerárquica dependiente del organismo ejecutivo, que posee como funciones esenciales las de persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal; intervención en otros procedimientos judiciales para la defensa de intereses sociales de ausentes, menores e incapacitados, y finalmente, como consultor y asesor de los Jueces y Tribunales"⁽¹⁾

En opinión de Marco Antonio Díaz de León, este es el concepto de Ministerio Público:

"Órgano del Estado encargado de investigar los delitos y de ejercitar la acción penal ante el Juez o Tribunal de lo criminal"⁽²⁾

Respecto a la definición de Ministerio Público, esta es la panorámica ofrecida por el Maestro Julio A. Hernández Pliego.

⁽¹⁾ Fix-Zamudio, Héctor. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo I-O, Editorial Porrúa. México 1996. 7a Edición. Pág. 2128

⁽²⁾ Díaz de León, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal. Editorial Porrúa. Tomo II. México 1996. 3a. Edición. Pág. 1400.

"Corresponde en este momento, referirnos al Ministerio Público, que junto con el órgano jurisdiccional del que ya hablamos, constituye otro de los sujetos indispensables de la relación procesal penal.

"También denominado Representante Social, (en tanto defensor de los intereses de la sociedad) o Fiscal, (como una reminiscencia del Derecho Inglés, en el que se designaban Fiscales por el Monarca, para cobrar coactivamente, a los súbditos de la Corona, que no pagaban voluntariamente sus contribuciones a los gastos públicos), reconoce su fundamento en el artículo 21 de Nuestra Carta Fundamental, al estatuir imperativamente, 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 de aquél.

Esta disposición constitucional, permite que con exclusión de cualquiera otra persona o institución, el Ministerio Público se encargue de la investigación y persecución de los delitos" ⁽³⁾.

Guillermo Colín Sánchez nos proporciona la siguiente definición de Ministerio Público:

"El Ministerio Público, es una función del Estado, que ejerce por conducto del Procurador de Justicia, y busca la aplicación de las normas jurídicas emitidas por el propio Estado para la persecución de los presuntos delincuentes y en los demás previstos en aquéllas en las que expresamente se determina su intervención a los casos concretos. ⁽⁴⁾.

El concepto que se ha tenido y tiene del Ministerio Público, es en sentido de que es una institución que pertenece al Poder Ejecutivo, sea federal o estatal, y que representa los

⁽³⁾ Hernández Pliego, Julio A. Programa de Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa. México 1998. 3a. Edición. Págs. 61 y 62.

⁽⁴⁾ Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit. Pág. 103.

intereses de dichos poderes y de la sociedad, cuyo fin primordial es la persecución de los delincuentes y la investigación de la comisión de los hechos ilícitos, siendo único titular del ejercicio de la acción penal ante los tribunales judiciales competentes, cuya actividad, facultades y obligaciones deben sujetarse a los extremos contenidos en los artículos 14 y 16 de la Carta Magna de la Nación.

Resulta difícil encontrar una definición exacta del concepto de Ministerio Público, pues los tratadistas únicamente se refieren, al abordar el tema, como una institución que representa los intereses del Estado y titular del ejercicio de la acción penal.

Por tal motivo, hemos tratado de obtener una concepción más adecuada a la connotación que se atribuye a la expresión o denominación del Ministerio Público, y así tenemos que "Ministerio" deriva del Latín Ministerium, que según el Diccionario Larousse significa "cargo que ejerce uno: desempeñar un ministerio. Departamento en que se divide la gobernación del Estado: Ministerio de Hacienda... Ministerio Público, el Fiscal, en ciertos Tribunales", y público del latín publicus, que significa "notorio, manifiesto... que no es privado: edificio público. Perteneciente a todo el pueblo: una vía pública...".

Rafael de Pina lo define como el "cuerpo de funcionarios que tiene como actividad característica, aunque no única, la de promover el ejercicio de la jurisdicción, en los casos preestablecidos, personificando el interés público existente en el cumplimiento de esta función estatal" ⁽⁵⁾

Cesar Augusto Osorio y Nieto, nos proporciona esta panorámica respecto del Ministerio Público.

⁽⁵⁾ Cfr. De la Cruz Agüero, Leopoldo. Op. Cit. Págs. 50 y 51.

El titular de la averiguación previa es el Ministerio Público, tal afirmación se desprende de lo establecido en el artículo 21 Constitucional, que contiene la atribución del Ministerio Público de averiguar, de investigar, de perseguir los delitos, evidentemente si el Ministerio Público tiene la atribución de orden constitucional de averiguar los delitos y esta atribución la lleva a cabo mediante la averiguación previa, la titularidad de la averiguación previa corresponde al Ministerio Público. ⁽⁶⁾.

La naturaleza jurídica del Ministerio Público ha provocado discusiones interminables, dentro del campo doctrinario, se le ha considerado: a) Como Representante de la sociedad en el ejercicio de las acciones penales; b) Como Organismo Administrativo que actúa en el carácter de "parte"; c) Como Organismo Judicial, y d) Como colaborador de la función jurisdiccional.

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

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

⁽⁶⁾ Osorio y Nieto, César Augusto. Op. Cit. Pág. 5.

Chioventa, afirma: El Ministerio Público personifica el interés público en el ejercicio de la jurisdicción.

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

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

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

Agrega el autor citado: "como el Ministerio Público no decide controversias judiciales, no es posible considerarle un órgano jurisdiccional, sino más bien administrativo derivándose de éste su carácter de parte, puesto que la Representación Penaria pertenece a la sociedad y al Estado en personificación de

la misma, para que la ley no quede violada, persigue el delito y al subjetivarse las funciones estatales en: Estado-Legislación, Estado-Administración y Estado-Jurisdicción, el Ministerio Público, realiza las funciones del Estado-Administración, poniéndose como sujeto ante el Estado-Jurisdicción, pidiendo la actuación del Derecho pero sin actuarle él".

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

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

Guarneri, Manzini, Massari, Florián, José Sabatini y Franco Sodi, consideran que el Agente del Ministerio Público dentro del Proceso Penal, actúa como "parte"

independientemente de que no existe común acuerdo, en relación con el momento procedimental en que debe considerársele como tal.

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

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

Raul Alberto Prosali, manifiesta: dentro del orden judicial, según la etimología de la palabra, debe entenderse todo aquello que se refiere al Juicio, la actividad jurisdiccional, es por ese motivo judicial.

Es necesario reconocer, agrega Frosali, que la actividad del Ministerio Público es administrativa porque no es Legislativa ni Jurisdiccional, ni tampoco Política, pero amerita la calificación de Judicial porque se desenvuelve en un juicio.

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

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

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

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

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

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

d) Como colaborador de la función jurisdiccional.-

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

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

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

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

Por otra parte, no es posible ignorar las graves inconveniencias en que se traduce la dependencia directa e inmediata del personal del Ministerio Público en relación con el Poder Ejecutivo y las ventajas que puede reportar si aquél formara parte o integrara, en su caso, una magistratura independiente.

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

En la actualidad, corresponden al personal del Ministerio Público muchas atribuciones; no obstante, es necesario hacer una revisión para determinar si las conferidas por el legislador le corresponden o si es preciso otorgarle algunas otras que no se le encomiendan. ⁽⁷⁾.

B) ANTECEDENTES HISTORICOS

En este apartado hablaremos de la evolución histórica de la importante institución que es el Ministerio Público, ubicando su desarrollo evolutivo en diferentes partes del mundo y en nuestro país.

B.1) EN EL MUNDO

Hérmendez Pliego nos habla de la evolución del Ministerio Público en sus inicios:

“Históricamente, se buscan los orígenes del Ministerio Público en Grecia, donde existió la acusación privada, en la que, el directamente ofendido por el delito, deducía su acción contra el agresor, ante el Tribunal de los Heliastas.

⁽⁷⁾ Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit. Págs. 106 a 110.

“No es difícil imaginar los inconvenientes que esto trajo. Es un hecho, que no todos contamos con la misma facilidad de persuasión, para defender nuestro derecho, que en ocasiones es superada por la habilidad del transgresor, a veces el poder del infractor, ya físico, económico o en maldad, supera al del agredido, otras, el mismo dolor producido por la afrenta impide una defensa cálida y convincente del derecho atropellado; en fin, todas estas y otras cuestiones similares, pueden propiciar la impunidad del delincuente y la repetición de su conducta agresora.

“Para salvar esos obstáculos, surge la acusación popular, en la que un representante de la comunidad, llevaba la voz de la inculpación. En esta etapa que se lee en los vivos relajos del derecho romano, descuellan oradores fogosos que, como Cicerón, Catalina, Catón, con implacable celo defienden el derecho del agraviado en encendidos discursos plagados de citas jurídicas y sostenidos por los razonamientos legales incendiarios de sus autores, algunos de los cuales todavía nos conmueven al repasarlos.

“A esa época, sucede la de la acusación por parte del Estado, que se sustenta en una idea diferente. En efecto, la persecución de los delitos deviene una función de vital importancia para la conservación del orden social, que debe prestar el Estado, para evitar el riesgo a épocas bárbaras de la humanidad, como la venganza privada o el Talión.

Originalmente, de manera equívoca, se confiere la persecución del delito al propio Juez, dando paso a la más inhumana inquisición y es hasta el advenimiento de la acusatoriedad, cuando se independiza la función de juzgar de la persecutoria, y se entrega su ejercicio a una institución diferente de la judicial.

“De aquí parte, seguramente, la conformación de la institución del Ministerio Público, en la forma en que hoy la conocemos.

“La doctrina encuentra sus antecedentes en Francia, si bien adosados a un conjunto de características obtenidas de nuestra propia experiencia mexicana, tales como la doble función de titular de la acción persecutoria del delito y, al mismo tiempo, jefe de la policía ministerial, a cuyo cargo se encuentra la consecución de los elementos, con base en los que decidirá si ejercita la acción penal; otra característica mexicana, no menos importante, y cuya constitucionalidad si habría que examinar en lugar aparte, consiste en que siendo un órgano del ejecutivo, realiza no obstante, actos de innegable factura jurisdiccional, como precisamente la determinación de si ejercita o no la acción penal, cuya titularidad detenta.

“La revolución francesa de 1789, trajo como consecuencia el derrumbe de las prácticas procesales inquisitoriales y la entronización de algunas ideas del procesamiento inglés, claramente de corte acusatorio, como una reacción natural del pensamiento liberal propio de la época.

“De esta forma se estableció un Jurado de Acusación elegido por el voto popular, cuya misión era formular acusación de oficio o por virtud de una denuncia del afectado, representando no ya al Estado, sino a la sociedad que eligió al Jurado.

Junto a él, se instituyó el Jurado de Juicio, encargado de instituir el proceso penal, con lo cual quedó, de hecho realizada la separación de las funciones: acusatoria y de juzgamiento.”⁽⁸⁾

⁽⁸⁾ Hernández Pliego, Julio A. Op. Cit. Págs. 62 y 63.

El Maestro Colín Sánchez sitúa los orígenes del Ministerio Público también en Roma, Italia medieval y en España.

“Roma.- Se dice también que en los funcionarios llamados “Judices Questiones” de las Doce Tablas, existía una actividad semejante a la del Ministerio Público, porque estos funcionarios tenían facultades para comprobar los hechos delictuosos, pero esta apreciación no es del todo exacta; sus atribuciones y características eran netamente jurisdiccionales.

“El Procurador del César, de que habla el Digesto, en el Libro Primero, título 19, se ha considerado como antecedente del Ministerio Público debido a que dicho Procurador, en representación del César, tenía facultades para intervenir en las causas fiscales y cuidar el orden de las colonias, adoptando diversas medidas, como la expulsión de los alborotadores y la vigilancia sobre estos, para que no regresaran al lugar de donde habían sido expulsados.

“En las postrimerías del Imperio Romano, se instituyeron funcionarios cuya actividad estaba relacionada con la justicia penal (Curiosi, Stationari o Irenarcas). Estos eran autoridades dependientes directamente del pretor y sus funciones estaban circunscritas al aspecto policiaco.

“Italia Medieval.- Tampoco es posible identificar al Ministerio Público con los “Sindici o Ministrales” (funcionarios instituidos en Italia durante la Edad Media), por ser, más bien, colaboradores de la función jurisdiccional en la presentación oficial de las denuncias sobre los delitos.

“España.- Los lineamientos generales del Ministerio Público francés, fueron tomados por los autores del Derecho Español Moderno. Desde la época del “Fuero Juzgo”, había una magistratura especial, con facultades para actuar ante los Tribunales cuando no hubiera un interesado que acusara al

delincuente, este funcionario, era un mandatario particular del Rey, en cuya actuación representaba al Monarca.

“En la Novísima Recopilación, Libro V, título XVII, se reglamentaron las funciones del Ministerio Fiscal. En las ordenanzas de medina (1489), se menciona a los fiscales; posteriormente, durante el reinado de Felipe II, se establecen dos fiscales: uno para actuar en los juicios civiles y otro en los criminales.

En un principio, se encargaban de perseguir a quienes cometían infracciones relacionadas con el pago de contribución fiscal, multas o todas penas de confiscación, más tarde fueron facultados para defender la jurisdicción y el patrimonio de la Hacienda Real”.⁽⁹⁾

B.2) EN MEXICO

La Constitución Federal de 1824 estableció el Ministerio Fiscal de conformidad con su artículo 124, en la Suprema Corte, equiparándolo a la de los Ministros, por lo cual le otorgó el carácter de inamovible. El artículo 140 de esta Constitución establece que: “Los Tribunales de Circuito se compondrán de Juez letrado, un promotor fiscal, ambos nombrados por el supremo Poder Ejecutivo a propuesta en tema de la Corte Suprema de Justicia, y de dos asociaciones según dispongan las leyes”. En relación con este tema Juventino V. Castro explica:

“La Ley de 14 de febrero de 1826 reconoce como necesaria la intervención del Ministerio Público Fiscal en todas las causas criminales en que se interese la Federación, y en los conflictos de jurisdicción para entablar o no el recurso de

⁽⁹⁾ Cofin Sánchez, Guillermo, Op. Cit. Págs. 104 y 105.

competencia; haciendo, por último, necesaria la presencia de este funcionario en las visitas semanarias de las cárceles.

“El Decreto de 20 veinte de mayo de 1826 es el que más pormenorizadamente, habla del Ministerio Fiscal, si bien nada dice de los agentes. La Ley de 22 de mayo de 1834 menciona la existencia de un Promotor Fiscal en cada Juzgado de Distrito, nombrado como el de Circuito y con las mismas funciones.

“Las siete leyes de 1836 establecen el sistema centralista en México, y en la ley de 23 de mayo de 1837 se establece un Fiscal adscrito a la Suprema Corte, contando los Tribunales Superiores de los Departamentos con un Fiscal cada uno de ellos.

La Ley Larrea dictada el 6 de diciembre de 1853, bajo el régimen de Antonio López de Santa Anna, organiza el Ministerio Fiscal como Institución que hace emanar del Poder Ejecutivo. El Fiscal en esta ley -aunque no tenga el carácter de parte-, debe ser oído siempre que hubiere duda y oscuridad sobre el genuino sentido de la ley. Se crea un Procurador General que representa los intereses del Gobierno, y que tiene una amplísima misión”.⁽¹⁰⁾

El 23 de noviembre de 1855, Juan Alvarez dá una ley, aprobada posteriormente por Ignacio Comonfort, que establecía que los promotores fiscales no podían ser recusados, y se les colocaba en la Suprema Corte, en los Tribunales de Circuito, y más tarde se les extendió, por Decreto de 25 de abril de 1856, a los Juzgados de Distrito.

El 15 de junio de 1869, expide Benito Juárez la Ley de Jurados. En ella se establecen tres procuradores a los que por vez primera se les llama representantes del Ministerio Público. No

¹⁰⁰ Castro, Juventino. V. El Ministerio Público en México. Editorial Porrúa, México. 1983. Pág. 5.

constituían una organización, era independientes entre sí, y estaban desvinculados de la parte civil.

Se promulga el primer Código de Procedimientos Penales -el 15 de septiembre de 1880- en el que se establece una organización completa del Ministerio Público, asignándole como función la de promover y auxiliar a la administración de justicia en sus diferentes ramas, sin reconocer el ejercicio privado de la acción penal (artículos 276 y 654, fracción Y).

El segundo Código de Procedimientos Penales -del 22 de mayo de 1894-, mejora la Institución del Ministerio Público, ampliando su intervención en el proceso.

Lo establece con las características y finalidades del Ministerio Francés: como miembro de la Policía Judicial y como mero auxiliar de la administración de justicia.

El 30 de junio de 1891 se publicó un reglamento del Ministerio Público, pero no es sino hasta el año de 1903 en que el General Porfirio Díaz expide la primera Ley Orgánica del Ministerio Público, y lo establece ya no como auxiliar de la administración de justicia, sino como parte en el juicio interviniendo en los asuntos en que se afecta el interés público y el de los incapacitados, y en el ejercicio de la acción penal de la que es titular. Se le establece como una institución a cuya cabeza está el Procurador de Justicia.

Terminada la Revolución se reúne en la Ciudad de Querétaro el Congreso Constituyente que expide la Constitución de 1917. Se discutieron en su seno ampliamente los artículos 21 y 102 Constitucionales que se refieren al Ministerio Público. En el informe a esa Asamblea del C. Primer Jefe, Venustiano Carranza -al tratar este punto-, explica como la investigación de los delitos por parte de los Jueces había creado la llamada "confesión con cargos", estableciendo una situación insostenible, ya que estos

funcionarios judiciales en su afán de notoriedad ejercían verdaderas arbitrariedades, y en cambio el Ministerio Público era una figura decorativa que no ejercía la función para la que fue creado, y pugnaba por situar a cada quien en el lugar que le correspondía, quitándole al Juez la facultad de policía judicial y de acusador que hacía los cargos para arrancar la confesión de los reos.

La comisión que presentó el dictamen sobre el artículo 21 del proyecto, estaba formada por los señores Diputados Francisco J. Mujica, Alberto Ramón, Luis G. Monzón, Enrique Colunga.

Puesto a discusión el artículo 21 -como la proponía la Comisión Dictaminadora-, surgieron polémicas en las que intervinieron los diputados Mujica, Rivera Cabrera, Machorro Narváez, Macías, Colunga, Ibarra, Mercado, Jara, Silva Herrera y Epigmenio Martínez. Es de hacer notar -sobre todas las demás la opinión de José N. Macías que llamó la atención sobre que tal y como estaba redactado el artículo traicionaba el pensamiento de Venustiano Carranza, pues se dejaba la persecución de los delitos en manos de la autoridad administrativa y sólo bajo la vigilancia del Ministerio Público. Ello obligó al retiro del artículo, por la propia Comisión, para modificarlo. ⁽¹¹⁾.

En una nueva sesión se presentó un proyecto reformado por la Comisión, además del voto particular que expresaba las ideas del Diputado Enrique Colunga. Pronto se comprendieron las excelencias de la redacción propuesta por el Diputado Colunga, acabando la Asamblea por aceptarla, siendo ésta la que actualmente conserva el citado artículo constitucional.

El artículo 102 establece las bases sobre las que debe actuar el Ministerio Público, y fue aprobado sin mayores discusiones por parte de los constituyentes de 1916-1917.

⁽¹¹⁾ Castro, Juventino V. Op. Cit. Pág. 8.

Creemos que el acabado del artículo 21 Constitucional es muy completo, y conforme a la más avanzada doctrina, y que sólo absurdas interpretaciones que de él se han hecho han colocado al Ministerio Público en un lugar que, a los primeros que ha llegado a sorprender, es a los propios constituyentes, que no soñaron jamás en el inverosímil "crecimiento teratológico" que se le iba a dar a la Institución creando un órgano hipertrofiado que amenaza llegar a la categoría de un Monstruoso Poder.

En 1919 se expide una nueva Ley Organica del Ministerio Público para el Distrito y Territorios Federales, que trata de poner a tono con las nuevas tendencias de la Constitución de 1917 a la Institución, estableciéndola como única depositaria de la acción penal. Sin embargo, en la práctica esto no se logró, y siguió imperando el antiguo sistema con el que quiso terminar la Constitución de 1917.

La Ley Orgánica del Ministerio Público del Fuero Común, de 1929 logró ya este propósito. Da mayor importancia a la Institución y crea el Departamento de Investigaciones que sustituyen a los antiguos comisarios. Al frente de la Institución establece como jefe al Procurador de Justicia del Distrito Federal.

En 1934 se expide la Ley Orgánica del Ministerio Público Federal vigente, que pone a la Institución en aptitud de cumplir su importante misión, estableciendo a la cabeza al Procurador General de la República.

El Ministerio Público Militar está establecido siguiendo los mismos lineamientos del Ministerio Público común y federal, en el Código de Justicia Militar, aunque la Constitución no habla nada de él, pero infiriéndose su necesidad del artículo 13,

que instituye al "fuero de guerra", y del 21 que crea la Institución en general" ⁽¹²⁾.

Javier Piña y Palacios, haciendo un resumen de cómo se ha establecido en México el Ministerio Público, afirma que hay en él tres elementos: el francés, el español y el nacional.

Del ordenamiento francés tomó como característica principal el de la unidad e indivisibilidad, pues cuando actúa el agente del Ministerio Público lo hace a nombre y en representación de toda la Institución. La influencia española se encuentra en el procedimiento, cuando el Ministerio Público formula conclusiones, las que siguen los mismos lineamientos formales de un pedimento del Fiscal en la Inquisición. En cuando a la influencia exclusivamente nacional está en la preparación del ejercicio de la acción penal, ya que en México -a diferencia de lo que sucede en Francia-, el medio preparatorio del ejercicio de la acción penal está reservado exclusivamente al Ministerio Público, que es el jefe de la Policía Judicial. ⁽¹³⁾.

Principios que rigen al Ministerio Público: Principio de la unidad. Este principio establece la unidad del Ministerio Público en cuanto a que todos los funcionarios que lo integran componen un sólo órgano y bajo una única dirección.

Principio de indivisibilidad. Por este principio se determina que el Ministerio Público es indivisible, dado que ante cualquier Tribunal y por cualquier oficial que la ejerce dicha institución representa siempre a una sola y misma persona con instancia: la Sociedad o el Estado. "Cada uno de ellos en el ejercicio de sus funcionarios representa a la persona moral del Ministerio Público como si todos sus miembros obraran colectivamente. A la pluralidad de miembros corresponde la indivisibilidad de la Institución: unidad en la diversidad.

⁽¹²⁾ Castro, Juventino V. Op. Cit. Pág. 10.

⁽¹³⁾ Piña Palacios, Javier. Apuntes del Curso de Derecho Procesal Penal. Facultad de Derecho. U.N.A.M. México, 1960.

Y así vemos como, dentro de nuestro procedimiento, uno es el Agente del Ministerio Público que inicia la investigación y otro es el que consigna y sigue el proceso. Según las distintas instancias persiguen diversos agentes, y aún pueden reemplazarse en el curso del proceso. A pesar de lo cual se dice, en términos de generalidad, que ha sido el Ministerio Público el que ha hecho la persecución de los delitos, tal y como lo establece la Constitución, porque la Institución es indivisible”⁽¹⁴⁾

Funciones del Ministerio Público. El Ministerio Público, de manera principal, tiene tres funciones en la materia penal que son: La investigadora, la acusatoria y la procesal. Descartamos la generalizada opinión que señala como función del Ministerio Público la de perseguir los delitos, error éste que emana de la redacción del artículo 21 de Nuestra Constitución Política al establecer: “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”, porque, evidentemente, el delito es un suceso que una vez acaecido en el mundo de lo fáctico, pertenece al pasado, y por lo tanto, no se puede perseguir. Al delito se le puede investigar, pero nunca perseguir.

Función investigadora. El Ministerio Público, como función previa de la de acusar, tiene el deber de realizar una serie de actividades investigatorias dirigidas a justiciar el correcto ejercicio de la acción penal, la que tendrá que intentar, invariablemente, en cuanto se reúnan los requisitos señalados por la ley.

El Ministerio Público desarrolla esta función antes del proceso penal, en la fase conocida como “averiguación previa”.

⁽¹⁴⁾ De la Cruz Agüero, Leopoldo. Op. Cit. Pág. 93.

En esta fase el Representante Social no actúa como parte sino como autoridad, por lo cual se le reconoce cierto imperio, como lo establece con los artículos 20 y 44 de los Códigos Procesales Penal del Distrito Federal y el Federal, respectivamente que autorizan al Ministerio Público la facultad de imponer, como corrección disciplinaria y para hacer cumplir sus determinaciones, multas y arrestos hasta por quince días. En el desempeño de esta función la Institución cuenta con el auxilio de la policía judicial, la cual está bajo su autoridad y mando inmediato, como lo dispone el artículo 21 Constitucional.

Esta actividad investigatoria tiende, como lo ordenan los artículos 16 Constitucional, 94, 95, 96, etc. del Código Procesal Penal del Distrito Federal y 123, 124, 125, etc. del Federal, a comprobar la existencia del cuerpo del delito y a determinar la presunta responsabilidad del acusado, a asegurar las cosas u objetos materia del delito o relacionadas con él; para ello puede proceder a la detención del o los presuntos responsables del delito, aún sin esperar a tener orden judicial, cuando se trate de flagrante delito, en casos de notoria urgencia o cuando no exista en el lugar autoridad judicial.

Función acusatoria. Cumplida la fase preprocesal de investigación, el Ministerio Público tiene el deber, también por mandato del artículo 21 Constitucional, de ejercitar la acción penal.

En la consignación, el Ministerio Público debe determinar, de manera precisa, la pretensión punitiva que debe estar fundada y motivada específicamente en todos y cada uno de los dispositivos o tipos penales que fijen la situación jurídica del caso y que se encuentran en la ley sustantiva penal.

Función procesal. Ejercitada la acción penal, ya ante el Organo Jurisdiccional, el Ministerio Público, la seguirá ejercitando, como parte del proceso y actividad procesal, por toda la secuela de la instancia hasta que se agote o bien se dicte la correspondiente sentencia definitiva (artículo 3o del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 136 del Federal).

Esta función le viene de ser el sujeto activo de la relación procesal penal. Investido resulta por lo mismo de una serie de potestados jurídicos procesales de actuación como parte en el desarrollo y contenido formal del proceso, pudiendo disponer según su arbitrio de los medios y formas de actuación procesal mediante actos propios de su voluntad y competencia determinados por la ley adjetiva, disposición ésta que de ninguna manera debe comprender el contenido mismo o material del proceso penal -pretensión punitiva nacida del delito- la que por derivar del derecho sustantivo penal pertenece al Estado como ius puniendi o su derecho a castigar. Tampoco la acción penal puede estar, en ningún caso, a disposición del Ministerio Público que tan sólo la puede hacer valer, pues, una vez ejercida, quien decide sobre el proceso es el Juez. ⁽¹⁵⁾

C) FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL

El artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece la atribución del Ministerio Público de perseguir delitos, esta atribución se refiere a dos momentos procedimentales: el preprocesal y el procesal; el preprocesal abarca precisamente la averiguación previa, constituida por la actividad investigadora del Ministerio Público, tendiente a decidir sobre el ejercicio o abstención de la acción

⁽¹⁵⁾ Cfr. Díaz de León, Marco Antonio. Op. Cit. Pág. 1407.

penal; el mencionado artículo 21 Constitucional otorga por una parte una atribución al Ministerio Público, la función investigadora auxiliado por la Policía Judicial; por otra, una garantía para los individuos, pues sólo el Ministerio Público puede investigar delitos, de manera que la investigación se inicia a partir del momento en que el Ministerio Público tiene conocimiento de un hecho posiblemente delictivo, a través de una denuncia, una acusación o una querrela, y tiene por finalidad optar en sólida base jurídica, por el ejercicio o abstención de la acción penal, no necesariamente ejercitar la acción penal.

El artículo 21 Constitucional como se ha visto, otorga modernamente el perfil que da características especiales al Ministerio Público, como un órgano del Estado al que incumbe en exclusiva, por mandato constitucional, la investigación y persecución de los delitos, mediante el ejercicio de la acción penal ante la autoridad jurisdiccional, con el auxilio de la policía que estará bajo su autoridad y mando directo, y las demás funciones que específicamente le encomienda la ley.

Es importante traer a colación el mensaje que dirigió el Presidente Venustiano Carranza al Constituyente de Querétaro, a propósito de la aprobación del artículo 21 Constitucional mencionado. Decía el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista: "...Pero la reforma no se detiene allí, sino que propone una innovación que de seguro revolucionará completamente el sistema procesal que durante tanto tiempo ha regido en el país, no obstante todas sus imperfecciones y deficiencias. Las leyes vigentes, tanto en el orden federal como en el común, han aceptado la institución del Ministerio Público, pero esta adopción ha sido nominada, porque la función asignada a los representantes de aquél, tiene un carácter meramente decorativo para la recta y pronta administración de justicia. Los Jueces Mexicanos han sido, durante el periodo corrido desde la consumación de la independencia hasta hoy, iguales a los jueces de la época colonial; ellos son los encargados de averiguar los

delitos y buscar las pruebas, a cuyo efecto, siempre se han considerado autorizados para emprender verdaderos asaltos contra los reos, lo que, sin duda alguna, desnaturaliza las funciones de la judicatura. La sociedad entera recuerda horrorizada los atentados cometidos por los jueces que, ansiosos de renombre, veían con verdadera fruición que llegase a sus manos un proceso que les permitiese desplegar un sistema completo de opresión, en muchos casos contra personas inocentes y en otros, contra la tranquilidad y el honor de las familias, no respetando en sus inquisiciones las barreras mismas que terminantemente establecía la ley. La misma organización del Ministerio Público, a la vez que evitará ese sistema procesal tan vicioso, restituyendo a los Jueves toda la dignidad y toda la responsabilidad de la magistratura, dará al Ministerio Público toda la importancia que le corresponde, dejando exclusivamente a su cargo, la persecución de los delitos, la busca de los elementos de convicción que ya no se hará por procedimientos atentatorios y reprobados y la aprehensión de los delincuentes. Por otra parte, el Ministerio Público con la Policía Judicial represiva a su disposición quitará a los presidentes municipales, a la policía común, la posibilidad que hasta hoy han tenido, de aprehender a cuantas personas juzguen sospechosas, sin más méritos que su criterio particular. Con la institución del Ministerio Público, tal como se propone la libertad individual quedará asegurada, porque según el artículo 16, nadie podrá ser detenido sino por orden de la autoridad judicial, la que no podrá expedirse sino en los términos y con los requisitos que el mismo artículo exige".⁽¹⁶⁾

En consonancia con nuestro sistema de gobierno, que nos conforma como una República democrática, representativa y federal, integrada por Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior, pero unidos en su Federación, contamos con un Ministerio Público Federal, que se ocupa fundamentalmente de la persecución de los delitos

⁽¹⁶⁾ Hernández Pliego, Julio A. Op. Cit. Pág. 113.

federales, y un Ministerio Público local, que tiene como propósito esencial perseguir los delitos del orden común.

La legislación secundaria ha asignado un doble papel al Ministerio Público:

Como autoridad, al asumir la titularidad del primer procedimiento penal, que es la averiguación previa, con todas las implicaciones que ellos aparece, como la realización de actos de imperio, es decir, aquéllos para cuya validez no se requiere el concurso de la voluntad de los particulares, o la procedencia del juicio de amparo en contra de los actos que en dicho procedimiento penal realice, incluida ahora, la omisión en ejercitar la acción penal.

El carácter de autoridad, al momento de ejercitar la acción penal ante el Juez, lo pierde el Ministerio Público, para convertirse, por ese hecho, sólo en una parte procesal.

En referencia a las atribuciones del ministerio Público, no puede soslayarse la alarma que produce en los estudiosos del tema, la múltiple y variada gama de funciones que de manera increíble ahora le están encomendadas.

Como hemos visto, el Mensaje del Presidente Carranza al constituyente de Querétaro de 1917, sin ambages reconoció que las leyes federales y comunes, expedidas con anterioridad en nuestro país, habían aceptado al Ministerio Público pero sólo nominalmente, porque en la realidad, era una figura decorativa en el proceso penal y en cambio, los jueces mexicanos, desde la Independencia, habían sido investigadores, de los delitos, recolectores de pruebas por procedimientos atentatorios y reprobados, e inquisidores en la obtención de confesiones.

La aprobación del artículo 21 Constitucional trajo como resultado la limitación más o menos aceptable, de las funciones encomendadas al Juez, que no son otras que las de realizar actos de jurisdicción con lo cual se procuró restituirle, para decirlo en palabras del Mensaje de Carranza, toda su respetabilidad.

En cambio, se ha producido un fenómeno inverso en lo que mira al Ministerio Público, pues ha sido investido de tantas funciones, que se ha propiciado, una verdadera desnaturalización del órgano de la acusación por excelencia.

Algunas de esas funciones, totalmente ajenas a la original de perseguir los delitos, enlista García Ramírez de esta forma: el Procurador General de la República participa en el llamado Consejo de Ministros, para la hipótesis de suspensión de garantías, en caso de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto (artículo 29 Constitucional); el Ministerio Público Federal es representante jurídico de la Federación en todos los casos en que ésta sea parte; interviene en los casos de diplomáticos y cónsules generales (artículo 102 Constitucional); es custodio de la legalidad, en cuanto debe promover lo necesario para la buena marcha de la administración de justicia, incluyendo la denuncia de las irregularidades de los juzgadores (artículo 102 Constitucional párrafo segundo); el Procurador de la República, intervendrá personalmente en todas las controversias y acciones a que se refiere el artículo 105 Constitucional (artículo 102 Constitucional párrafo tercero).

También intervendrá denunciando las leyes contrarias a la Constitución, promoviendo su reforma; denunciando la contradicción de tesis sustentadas por la Suprema Corte o los Tribunales Colegiados de Circuito; el Ministerio Público interviene en los juicios de amparo para preservar la legalidad; interviene en el orden común, para

investigar, hacer cesar y promover el castigo de las detenciones arbitrarias; interviene en el control de la manifestación de bienes de los servidores públicos; investiga los casos de enriquecimiento ilícito; interviene en asuntos civiles y familiares (divorcios, sucesiones, nombramiento de tutores o curadores, enajenación de bienes de menores o incapacitados y transacciones acerca de sus derechos, informaciones ad perpetuam, representa a los ausentes, etc.); en materia de nacionalización de bienes; en la represión internacional contra la delincuencia; en casos de extradición de tratados sobre repatriación de sentenciados; en actividades de orientación social, legal y juvenil, en favor de los habitantes del Distrito Federal y particularmente de las víctimas del delito; en prestar asesoría al ofendido y víctimas del delito; etc. etc.

Según parece, hace falta una nueva revolución procesal pero ahora no para llevar a su correcto sitio al Juez, sino para cortar muchos de los tentáculos que significan las desmesuradas atribuciones del Ministerio Público, y restituirlo en el justo lugar que le asigna la Constitución.

Legalmente, la Procuraduría General de la República se rige en cuanto a su organización y funcionamiento, por la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (LOPGR) y su reglamento; y la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal (LOPGJDF) y su reglamento.

Debe el Ministerio Público iniciar su función investigadora partiendo de un hecho que razonablemente puede presumirse delictivo, pues de no ser así, sustentaría la averiguación previa en una base endeble, frágil, que podría tener graves consecuencias en el ámbito de las garantías individuales jurídicamente tuteladas.

D) EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL

Antes de hablar propiamente del ejercicio de la acción penal, consideramos prudente hablar de lo que entendemos por acción penal. Según Héctor Fix-Zamudio, en esto consiste la acción penal.

“Es la que ejercita el Ministerio Público ante el Juez competente para que se inicie el proceso penal y se resuelva sobre la presunta responsabilidad del inculpado, y en su caso se aplique la pena o la medida de seguridad que corresponda.

La doctrina procesal mayoritaria ha establecido que la acción procesal es única, ya que está consagrada por el artículo 17 de la Constitución para todas las ramas de enjuiciamiento, por lo que, cuando se habla de acción penal en realidad se pretende significar que dicha acción tiene como contenido pretensiones de carácter punitivo”⁽¹⁷⁾.

Se considera a la acción penal como el derecho que incumbe al Ministerio Público en sus funciones como representante de la sociedad, el cual ejercita ante los órganos jurisdiccionales, en la primera fase del procedimiento penal, solicitando la radicación de la causa en contra de un presunto responsable, se decreta el auto de formal prisión, en caso de estar detenido, o la correspondiente orden de aprehensión si está afuera de la acción de la justicia, así como la reparación del daño en caso de que se hayan causado a consecuencia de la comisión del ilícito.

Autores hay que afirman en sus criterios y sostienen que por tal debe comprenderse como el poder jurídico de promover la actuación jurisdiccional a fin de que el Juzgador conozca las pretensiones del Ministerio Público sobre hechos que

⁽¹⁷⁾ Fix-Zamudio, Héctor. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa México 1996. 7a. Edición. Pág. 39.

esté estima como delictuosos, y pronuncie sentencia condenatoria en contra del autor.

José Franco Villa aduce que la acción penal es la función persecutoria desarrollada por el Ministerio Público, consistente en investigar los delitos, buscando y reuniendo los elementos necesarios y haciendo las gestiones pertinentes, para procurar que a los autores de ellos se les apliquen las consecuencias establecidas en la ley. ⁽¹⁸⁾.

Rafael de Pina preceptúa que la acción penal es el "poder jurídico de excitar y promover el ejercicio de la jurisdicción penal, para el conocimiento de una determinada relación de Derecho Penal y obtener su definición mediante la sentencia. ⁽¹⁹⁾.

Arilla Bas explica que la acción penal es "el poder jurídico del propio Estado de provocar la actividad jurisdiccional con el objeto de obtener de éste órgano una decisión que actualice la punibilidad formulada en la norma respecto de su sujeto ejecutor de conducta descrita en ella" ⁽²⁰⁾.

Gozález Bustamente expone que la comisión de un delito dá origen al nacimiento de la exigencia punitiva, y de ésta surge la acción penal que es el deber del Estado de perseguir a los responsables por medio de sus órganos, con sujeción a las formalidades procesales" ⁽²¹⁾.

El artículo 17 Constitucional establece: "Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho. Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por Tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijan las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial...".

⁽¹⁸⁾ Francisco Villa, José. El Ministerio Público Federal. Editorial Porrúa, México, 1985. Pág. 79.

⁽¹⁹⁾ Pina, Rafael De. Diccionario de Derecho. Editorial Porrúa, México, 1984. Pág. 43.

⁽²⁰⁾ Arilla Bas, Fernando. Op. Cit. Pág. 26.

⁽²¹⁾ González Bustamente, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. Editorial Porrúa, México, 1971. Pág. 43.

El diverso numeral 21 de Nuestra Carta Magna dispone: "La imposición de las 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...".

El artículo 136 del Código Federal de Procedimientos Penales prescribe: "El ejercicio de la acción penal, corresponde al Ministerio Público el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato...".

El artículo 136 del Código Federal de Procedimientos Penales prescribe "En ejercicio de la acción penal, corresponde al Ministerio Público: I.- Proveer la incoación del proceso penal; II.- Solicitar las ordenes de comparecencia para preparatoria y las de aprehensión, que sean procedentes; III.- Pedir el aseguramiento precautorio de bienes para los efectos de la reparación del daño; IV.- Rendir las pruebas de la existencia de los delitos y de la responsabilidad de los inculpados; V.- Pedir la aplicación de las sanciones respectivas, y VI.- En general, hacer todas las promociones que sean conducentes a la tramitación regular de los procesos".

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

Es la sociedad, la que deposita en el Estado este atributo que al mismo tiempo significa un deber consustancial a su soberanía.

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

En los términos del artículo 21 Constitucional, ya se ha visto, la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía bajo su autoridad y mando inmediato.

El Ministerio Público, pues, cumple con la función de perseguir los delitos a través del ejercicio de la acción penal, como una facultad que se le otorga constitucionalmente, pero también como una obligación que se establece a su cargo, esto es, no constituye sólo un derecho potestativo ingresado a su esfera jurídica, sino al propio tiempo es un deber jurídico el que tiene, por eso la acción penal es un poder-deber encomendado al Ministerio Público, con cuya sustentación realiza la función persecutoria del delito.

Esta facultad y obligación, se ejercitan ante el órgano jurisdiccional para que, en vista de las facultades que el propio artículo 21 Constitucional, otorga a éste, aplicando la ley, resuelva el conflicto de intereses que surge entre la sociedad, a la que representa el Ministerio Público y el inculpado por la comisión del delito.

Doctrinariamente se atribuyen varias características a la acción penal.

a) Es pública, pero no en el sentido de que corresponda su ejercicio a cualquier persona, no como acción popular, sino porque persigue un fin público, que consiste en la aplicación de la pena al delincuente, en defensa de los intereses sociales, lo que constituye una cuestión que interesa "erga

omnes". De igual forma, es pública por razón del órgano que la ejercita y que pertenece al poder público, en contraposición a las acciones privadas, cuyo ejercicio no corresponde al Estado sino a los particulares.

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

Esta afirmación, que se repite de un autor a otro, necesitaría un análisis más a fondo, porque no hay disposición legal en la que apoyan el que, si en un delito perseguible a instancia de parte, por ejemplo, se formula la querrela, ésta alcance a cuantos hayan intervenido en él, y al contrario, pesa más el argumento de que la querrela se estima como derecho potestativo del ofendido, y entonces puede ejercitarse libremente, ya con todos y sólo contra algunos de los participantes en el delito, o de otra manera, perdería su carácter potestativo, espontáneo, discrecional.

Por lo demás, tratándose del perdón, hay artículo expreso (93 del Código Penal) que como principio general, niega la indivisibilidad al dejar claro que el perdón sólo beneficia al inculpado en cuyo favor se otorga, y sólo como excepción permite que abarque a todos los delincuentes, cuando el ofendido, se encuentre satisfecho en sus pretensiones reparatoras.

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

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

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

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

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

Como hemos visto, el artículo 16 Constitucional, regula los requisitos que deberá satisfacer el Ministerio Público para estar en aptitud legal de ejercitar la acción penal y los que más arriba hicimos referencia como presupuestos generales de la acción. Ante el incumplimiento de dichos requisitos, el Ministerio Público no podrá deducirla.

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

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

Este principio, coloca los derechos del individuo por encima de los intereses del Estado, de tal suerte que la omisión del órgano acusador en consignar, hace surgir la posibilidad para el gobernado, de interponer los recursos que concede la ley, con el fin de obligarlo a cumplir con su deber.

Criterio opuesto es el de la oportunidad, que no permite constreñir al órgano titular de la acción, a que la ejercite ante el Juez, aún cuando se hubieren reunido los requisitos legales para ello, sino que queda siempre a su arbitrio la decisión.

Esta inquisición, que erige el criterio dispositivo en principio recto del ejercicio de la acción penal, generalmente es adoptada por los regímenes de gobierno dactitoriales o despóticos, en los que están por encima de las garantías individuales, los intereses del Estado.

La doctrina mexicana, en esta materia del ejercicio de la acción, tradicionalmente admitió que en nuestros códigos, imperaba el principio de legalidad, cuestión que resultaba muy discutible, si no se pierde de vista que la ley no proveía de algún recurso ordinario, que pudiera enderezarse contra la determinación del Ministerio de no ejercitar la acción penal.⁽²²⁾

En efecto, el CFPP en su artículo 133 (el CDF no contiene siquiera disposición similar) autoriza al denunciante, querellante y ofendido, para ocurrir a inconformarse ante el Procurador General de la República, dentro de los quince días siguientes en que se les notifique la determinación del Ministerio

⁽²²⁾ Díaz, de León, Marco Antonio. Op. Cit. Pág. 110.

Público de no ejercicio de la acción penal, y este funcionario, oyendo el parecer de sus agentes auxiliares, decidirá en definitiva si debe o no ejercitarse dicha acción.

No obstante, llegando el caso, no existía forma legal de impugnar la resolución del Procurador, pues de confirmar el no ejercicio, sólo podrá exigírsele responsabilidad.

Lo más grave es que ni siquiera, a pesar de los bien fundados criterios en contrario se reconocía la procedencia del juicio de amparo, contra esa determinación.

A pesar de lo hasta aquí expuesto, el 31 de diciembre de 1994, se publicó en el Diario Oficial la reforma al artículo 21 Constitucional, que permitió encausar el procedimiento penal en la senda de la legalidad, pues conforme al nuevo párrafo cuarto, "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".

Como solamente contadas legislaciones de las entidades federativas del país, después de la reforma reglamentaron en la ley secundaria el mandato constitucional, ello suscitó que los tribunales federales continuaran negando la procedencia del amparo contra el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, argumentando precisamente la ausencia del recurso jurisdiccional, mediante el cual pudieran impugnarse.

Ante tal situación, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la nación, abdicando de los criterios jurisprudenciales que tradicionalmente había sostenido, se pronunció de esta manera en las recientes tesis números de la CLXI/97 a la CLXVI/97 de fecha 21 de octubre de 1997 al resolver el amparo en revisión 961/97.

Por principio sostuvo que la adición del cuarto párrafo al artículo 20 Constitucional, que ahora posibilita la impugnación de las determinaciones del Ministerio Público sobre no ejercicio y desistimiento de la acción penal, entró en vigor el 1° de enero de 1995, sin que los transitorios del decreto respectivo hubieren postergado su entrada en vigencia ni condicionado ésta a la expedición de ningún ordenamiento reglamentario, que no existía, por otra parte, con anterioridad.

Agregó seguidamente, que la adición constitucional reconoce hoy a favor del querellante, denunciante, víctima del delito o familiares de éste, el derecho de impugnar las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio o desestimiento de la acción penal, correspondiente al derecho de exigir al Estado la persecución de los delitos que se traduce en el nacimiento de una garantía individual cuyo respeto no puede considerarse postergado o sujeto a la condición suspensiva de que el legislador ordinario en los diferentes fueros emita las disposiciones legales que reglamenten el instrumentos para impugnar por la vía jurisdiccional ordinaria aquellas determinaciones, puesto que ante la vigencia de la norma constitucional, la protección por la autoridad del derecho garantizado es inmediata, siendo obvio que el medio para controlar el cumplimiento de esas funciones es el juicio de amparo.

Por consiguiente, la ausencia de ordenamientos legales que precisen la vía jurisdiccional ordinaria para impugnar la legalidad de las resoluciones del Ministerio Público de no ejercicio y desistimiento de la acción penal, no impide que sean reclamadas de modo inmediato y en tanto se expidan las leyes ordinarias respectivas, a través del juicio de amparo. Arriba, dice la Corte, a una postura que vender la procedencia del juicio de amparo, sería tanto como desconocer la existencia de la mencionada garantía individual, el objeto y principios que rigen el juicio de amparo, por lo que se reitera la factibilidad de lograr,

mediante el amparo, que el Ministerio Público por vía de consecuencia, ejerza la acción penal ó retire el desistimiento.

El corolario de lo hasta aquí expuesto lo establece la propia Suprema Corte en la última de las tesis que se mencionan, cuando admite que el Ministerio Público no es el propietario de la acción penal, ésta es el elemento que todo proceso penal necesita para activarse, funcionar y producir sus efectos; su no ejercicio da lugar a que no se inicie y su desistimiento a que, ya iniciado, se sobresea.

El Ministerio Público es el órgano legitimado para ejercer la acción penal. Sin embargo, no constituye un poder o prerrogativa que pueda ejercer a su libre arbitrio, toda vez que ésta nace y se desarrolla con el propósito de castigar a quienes han delinquido en agravio de la sociedad, de donde se sigue la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal siempre que se reúnan los requisitos necesarios para su procedencia, previstos en el artículo 16 Constitucional -presupuestos generales de la acción-, puesto que de otra suerte se ofenderían intereses jurídicos de la sociedad y por ende del sujeto pasivo del delito que han resentido directa o indirectamente la conducta delictuosa, especialmente en lo relativo a la reparación del daño.

Ante este estado actual de la cuestión, debemos admitir que la legalidad como principio rector del ejercicio de la acción penal en un régimen de derecho democrático, ha substituído a la oportunidad que, según veíamos rige en los gobiernos con procesos de desarrollo político dictatorial o tiránico y que lamentablemente a nuestro entender se acogía en nuestro medio. ⁽²³⁾

La acción, concebida en términos generales, constituye un derecho que procede de una norma jurídica, cuyo titular es el gobernado y ese derecho es oponible al Estado, que

⁽²³⁾ De la Cruz Agüero, Leopoldo. Op. Cit. Pág. 95.

es el obligado a acatarlo y cumple, en términos del artículo 15 Constitucional, administrando justicia por los tribunales, de manera gratuita, estableciendo así, una garantía del ciudadano.

Por la acción, pues, es factible que un ciudadano exija justicia del Estado, porque él es el encargado de impartirla. La acción así, es un derecho abstracto a la jurisdicción que, a manera de garantía individual, tenemos todos los gobernados.

Ahora bien, por una serie de razones (el peligro de dejar impunes los delitos, basados en criterios de conveniencia de los particulares, acerca del ejercicio de la acción inseguridad del ofendido frente al ofensor, desequilibrio entre ambos por cuestiones económicas, corruptelas entre víctimas y delincuentes, etc.) el ejercicio de ese derecho de acción, en materia penal, ha sido asignado por el mismo Estado, al Ministerio Público, pero eso no significa que el Ministerio Público represente al Estado, sino al titular originario de la acción que es el gobernado, ésta es la razón por la que se le denomina Representante Social.

La acción penal supone para su nacimiento, la comisión de un hecho delictuoso que, a través de ella, habrá de investigarse por el Ministerio Público y castigarse, en su caso, por el Juez.

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

Esta acción que deduce el Ministerio Público ante la autoridad judicial, como consecuencia de la averiguación previa que realizó, denominase, entonces, acción procesal y no necesariamente tiene como condición de su ejercicio, la comisión

del delito, porque surge jurídicamente con independencia de él. Por eso es que en muchas ocasiones, deducida la acción procesal penal, el Juez, no obstante, niega la orden de aprehensión solicitada por el fiscal ó bien pone en libertad por falta de elementos para procesar al presunto indiciado.

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

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

Realmente la acción penal propiamente dicha, se ejercita por el órgano especializado, con posterioridad al ejercicio de la acción procesal penal, es decir, cuando se precisa la acusación del Ministerio Público al formular conclusiones acusatorias en el proceso.

Esto explica que en un Estado de derecho, sea el Ministerio Público el que, en representación del ciudadano y de la sociedad, cuando así proceda, ejercita tanto la acción procesal penal, como la acción penal ante el Tribunal, y que el gobernado pueda exigirle, como su mandante que es, que lo haga.

Queda en evidencia que el ejercicio de la acción no es potestativo para el Ministerio Público, y que se le puede constreñir a deducirla ante el Juez, confirmándose así lo acertado

de la reforma reciente al artículo 21 Constitucional, que otorga al gobernado, la posibilidad de impugnar por vía judicial, los actos del Ministerio Público, consistentes en no ejercitar la acción penal, o desistirse de ella. ⁽²⁴⁾.

Finalmente para ejercitar la acción, el Ministerio Público no podrá hacerlo, hemos insistido en ello, en forma caprichosa o arbitraria, pues la propia ley establece los presupuestos bajo los cuales procederá a su ejercicio. De estos presupuestos hicimos referencia en su sitio.

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

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

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

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

1.- La sentencia definitiva, ya que si al ejercitar la acción, se busca que se resuelva el conflicto de intereses, solucionando éste, por medio de la sentencia, es obvio que la acción se extinguirá, pues acordes con el artículo 23

⁽²⁴⁾ Hernández Pliego, Julio A. Op. Cr. Pág. 128.

Constitucional, disposición que recoge el artículo 118 del Código Penal nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene.

2.- Por idénticas razones, extingue la acción penal el sobreseimiento, cuando adquiere, carácter de cosa juzgada, en términos de los artículos 1398 y 304 del Código Federal de Procedimientos Penales y 324 del Código del Distrito Federal.

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

4.- La amnistía, que es una ley, por participar de las características de todo acto legislativo, a través del cual, al declarar extinguida la acción (a veces la sanción, artículo 92 del Código Penal) el Estado otorga una especie de perdón y cubre de olvido ciertas conductas delictivas, que ocurrieron como consecuencia de la ruptura del orden social. En los casos en que motivos políticos, económicos, sociales, provocaron asperezas violentas entre hermanos, el Estado, metafóricamente extiende la mano a los agitados, buscando calmar los ánimos exaltados, amnistiándolos con el dictado de la ley respectiva, en ejercicio de las facultades que le da el artículo 73 Constitucional fracción XXIII.

5.- El perdón del ofendido, también es causa extintiva de la acción penal, en estos casos (artículo 93 del Código Penal y 148 del Código Federal de Procedimientos Penales):

a) Solamente tratándose de delitos perseguibles a instancia de parte, es decir, en delitos de querrela necesaria, o en

delitos en que se requiera declaratoria de perjuicios o algún acto jurídico equivalente a la querrela;

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

c) Deberá darse ante el Ministerio Público, en la averiguación previa o ante el Juez, hasta antes de dictarse sentencia de segunda instancia.⁽²⁵⁾

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

En cambio, es el caso, la caducidad es una forma de sanción legal para el que en un plazo determinado no realice una conducta esperada, como sería la sanción a la conducta omisiva del Estado respecto a la aprehensión del presunto inculpado, para procesarlo o para hacer que cumpla una pena.

En materia procesal penal, la prescripción (caducidad) extingue la acción penal en relación con todo tipo de delitos, graves o no graves, perseguibles de oficio, o de querrela necesaria, sancionados con pena privativa de libertad, alternativa o diferente a la prisión y este medio extintivo de la acción se estima de orden público, por lo que opera oficiosamente aunque no se alegue por el inculpado. Los artículos 100 y siguientes del

⁽²⁵⁾ Oronoz Santana, Carlos M. Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial Limusa. México 1994. Pág. 118.

Código Penal, establecen las reglas bajo las cuales se rige, debiendo también tener presente que el artículo 6 de la LFCDO señala: "Los plazos para la prescripción de la pretensión punitiva y de la potestad de ejecutar las penas y medidas de seguridad correspondientes, se duplicarán respecto de los delitos a que se refiere el artículo 2° de esta ley cometidos por miembros de la delincuencia organizada".

7.- Finalmente, por razones que saltan a la vista, extingue la acción penal la ley nueva que suprime el tipo penal o lo modifique (artículo 117 del Código Penal).⁽²⁶⁾

Como la norma constitucional encarga al Ministerio Público la persecución de los delitos, debe entenderse que los gobernados, originalmente titulares de la acción, encomiendan el ejercicio de ésta, por determinación del propio Estado y de manera exclusiva, a dicho órgano especializado, el cual contará con el auxilio de la policía que estará bajo su mando directo. Así lo reconocen también, los artículos 2° del Código Federal de Procedimientos Penales y 2° del Código del Distrito Federal.

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

Este es el conflicto de intereses que deberá resolver la autoridad judicial y que en un caso específico le plantea el Ministerio Público. De responder afirmativamente ambas interrogantes, el órgano jurisdiccional habrá de imponer la pena o medida de seguridad a que se haya hecho acreedor el inculpado. En otro caso, deberá absolverlo de la imputación.

⁽²⁶⁾ Autor citado por Hernández Pliego, Julio A. Op. Cit. Pág. 133.

Existen autores que ven en los delitos para cuya persecución requiérese de la querella, una excepción al monopolio en el ejercicio de la acción penal que detenta el Ministerio Público, suponiendo que la querella es el acto procesal que pone en movimiento el proceso penal y por ello, es potestativo para el ofendido por el delito, el instar el órgano jurisdiccional para que se pronuncie en un caso concreto.

Sin embargo, parece que lo acertado es estimar a la querella sólo como un requisito de procedibilidad, cumplido el cual, pondrá al Ministerio Público este si titular de la acción penal, en condiciones de deducirla. En tal virtud, el ofendido cuando presenta su querella es claro que no ejercita ninguna acción. Sólo hace uso de un derecho potestativo en su ejercicio para él.

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

Quizás habría que recordar también el caso que plantea el artículo 208 de la L.A. al establecer que si después de concedido el amparo, la autoridad responsable insiste en repetir el acto reclamado o trata de eludir el cumplimiento de la sentencia de la Autoridad Federal, inmediatamente será separada de su cargo y consignada al Juez de Distrito que corresponda, para que la juzgue por la desobediencia cometida, la que será sancionada en los términos que el Código Penal aplique en materia federal señala para el delito de Abuso de Autoridad. ⁽²⁷⁾.

⁽²⁷⁾ Hernández Pliego, Julio A. Op. Cit. Pág. 134.

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

En los términos del artículo 21 Constitucional, ya se ha visto la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía bajo su autoridad y mando inmediato.

El Ministerio Público, pues cumple con la función de perseguir los delitos a través del ejercicio de la acción penal como una facultad que se le otorga constitucionalmente, pero también como una obligación que se establece a su cargo, esto es, no constituye sólo un derecho potestativo ingresado a su esfera jurídica, sino al propio tiempo es un deber jurídico el que tiene, por eso la acción penal es un poder-deber encomendado al Ministerio Público, con cuya sustentación realiza la función persecutoria del delito.

Esa facultad y obligación, se ejercitan ante el órgano jurisdiccional para que, en vista de las facultades que el propio artículo 21 Constitucional, otorga a éste, aplicando la ley resuelva el conflicto de intereses que surge entre la sociedad, a la que representa el Ministerio Público y el inculpado por la comisión del delito.

CAPITULO III

LA POSTURA DEL MINISTERIO PUBLICO EN RELACION CON LOS EXTREMOS SENALADOS POR EL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL.

A) ORDENAR LA LIBERTAD DEL INDICIADO

En principio consideramos oportuno, ofrecer una panorámica de lo que debemos entender desde el punto de vista jurídico como libertad.

(Del latín libertas-atis que indica la condición del hombre no sujeto a esclavitud).

“La palabra libertad tiene muchas acepciones. Se habla de la libertad, en sentido muy amplio, como la ausencia de trabas para el movimiento de un ser. Se dice así que un animal que vive en el bosque es libre, a diferencia del que vive en un zoológico, o se habla de la caída libre de los cuerpos. También al hombre suele aplicársele este concepto amplio de libertad: se dice, p.e., que el hombre recluido en una cárcel no es libre.

“Con una significación menos amplia, pero no técnica, se usa el término libertad para indicar la condición del hombre o pueblo que no está sujeto a una potestad exterior. Se habla así de un trabajador libre en oposición al trabajador sujeto a la obediencia de un patrón, o de un pueblo o país libre, que se gobierna por sus propios nacionales, a diferencia del pueblo sometido a un gobierno extranjero. Este sentido es el que suele dársele a la libertad democrática: el gobierno del pueblo.

“En su acepción filosófica, el vocablo libertad tiene un significado más preciso. La libertad se entiende como una propiedad de la voluntad, gracias a la cual ésta puede adherirse a uno de entre los distintos bienes que le propone la razón.

La libertad es una consecuencia de la naturaleza racional del hombre. Por tal razón, el hombre es capaz de conocer que todos los seres creados pueden ser o no ser, es decir, que todos son contingentes. Al describir la contingencia de los seres creados, el hombre se percata que ninguno de ellos le es absolutamente necesario. Esto es lo que permite que entre los distintos seres que la razón conoce, la voluntad quiera libremente alguno de ellos como fin, es decir, como bien. El bien no es más que el ser en cuanto querido por la voluntad”.⁽¹⁾

Evidentemente, para que el Ministerio Público en la etapa de averiguación previa esté en aptitud de ordenar la libertad del indiciado, este requiere demostrarle su inocencia, actualmente en dicha etapa se pueden ofrecer pruebas para el efecto de que el Ministerio Público decida ordenar su libertad si dentro del Plazo de las 48 horas señaladas por el artículo 16 Constitucional, se le demuestra al Organismo Investigador la no participación del indiciado en los hechos que se le imputan.

Con anterioridad a la Constitución de 1917, en México, la investigación de los delitos estaba confiada al Poder Judicial. Este la ejercía por conducto de los llamados jueces de Instrucción, quienes tenían bajo sus órdenes a la Policía Judicial. Existían ya, en aquella época, unos funcionarios denominados Ministerios Públicos, quienes podían intervenir en la investigación de los delitos, pero ello únicamente como miembros que eran de la Policía Judicial. En ausencia del Juez de Instrucción, participaban en las funciones investigatorias los jefes políticos, los presidentes municipales, los comandantes de policía y hasta las

⁽¹⁾ García Márquez, Eduardo. Libertad como derecho y como poder. México. Compañía General Editorial 1941
Pág. 10.

autoridades militares, con terminantes instrucciones de remitir al Juez de Instrucción, sin demora, las actas que levantasen. El Juez iniciaba de oficio el procedimiento investigatorio, sin esperar a ser requerido para ello por el Ministerio Público, recogiendo todos los medios de prueba conducentes al establecimiento de la verdad.

Los jueces de Instrucción, en el desempeño de su función investigadora, siguieron prácticas verdaderamente inquisitoriales, a las cuales se refirió Venustiano Carranza en el Mensaje que dirigió al Congreso Constituyente, diciendo: "Conocidas son de ustedes, señores diputados, y de todo el pueblo mexicano, las incomunicaciones rigurosas, prolongadas en muchas ocasiones por meses enteros, unas veces para castigar a presuntos reos políticos, otras para amedrentar a los infelices sujetos a la acción de los tribunales del crimen y obligarlos a hacer confesiones forzadas, casi siempre falsas, que sólo obedecían al deseo de librarse de la estancia en calabozos inmundos, en que estaban seriamente amenazadas su salud y su vida. El procedimiento criminal en México ha sido hasta hoy, con ligerísima variantes, exactamente el mismo que dejó implantado la denominación española, sin que se haya llegado a templar en lo más mínima su dureza, pues esa parte de la legislación mexicana ha quedado enteramente atrasada, sin que nadie se haya preocupado en mejorarla. Diligencias secretas y procedimientos ocultos de que el reo no debía tener conocimiento, como si no se tratase en ellos de su libertad o de su vida; restricciones del derecho de defensa impidiendo al mismo reo y a su defensor asistir a la recepción de pruebas en su contra, como si se tratase de actos indiferentes que de ninguna manera podría efectuarlo... Los Jueces mexicanos han sido, durante el período corrido desde la consumación de la Independencia hasta hoy, iguales a los Jueces de la época colonial: ellos son los encargados de averiguar los delitos y buscar las pruebas, a cuyo efecto siempre se han considerado autorizados a emprender verdaderos asaltos contra los reos, para

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

obligarlos a confesar, lo que sin duda alguna desnaturaliza las funciones de la judicatura".⁽²⁾

En el propio Mensaje al Constituyente, el Primer jefe afirmaba que la solución a los problemas señalados por él era la institución del Ministerio Público, la cual, estructurada como se proponía en la anteproyecto de Constitución: "...a la vez que evitara ese sistema procesal tan vicioso, restituyendo a los jueces toda la dignidad y toda la respetabilidad de la magistratura, dará al Ministerio Público toda la importancia que le corresponde, dejando exclusivamente a su cargo la persecución de los delitos, la busca de los elementos de convicción, que ya no se hará por procedimientos atentatorios y reprobados, y la aprehensión de los delincuentes. Por otra parte, el Ministerio Público, con la policía judicial represiva a su disposición, quitará a los presidentes municipales y a la policía común la posibilidad que hasta hoy han tenido de aprehender a cuantas personas juzgan sospechosas, sin más méritos que su criterio particular".

El Constituyente dio plena satisfacción a Carranza. Por una parte consagró, principalmente en los artículos 14, 16, 19, 20 y 23, un sistema de garantías para el procesado penal ante el Poder Judicial más amplio que el de todos los restantes sistemas jurídicos de occidente. Ni siquiera países tan destacados en esta materia como Francia, Gran Bretaña o los Estados Unidos de Norteamérica, poseen un catálogo más amplio o más detallado que el nuestro. Por otra parte, el Constituyente admitió la propuesta de Carranza y, en el artículo 21, estableció que: "la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público...", agregando, en el artículo 102, que: "Incumbe al Ministerio Público de la Federación la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las ordenes de aprehensión contra los inculcados, buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos..."

⁽²⁾ Zamora Pierce, Jesús. *Garantías y Proceso Penal*. Editorial Porrúa. México 1996. Págs. 444 y 445.

La Labor del Constituyente de 1917 modificó en forma radical la estructura de los procedimientos penales. El alcance de la reforma parece haber escapado al mismo Constituyente, el cual, al parecer, no estuvo consciente de que los actos investigatorios del Ministerio Público integrarían una etapa procedimental y, en consecuencia, no se preocupó por otorgar garantías que amparasen al indiciado durante esa etapa.

“La averiguación previa es la etapa inicial de los procedimientos penales. Principia cuando el Ministerio Público tiene conocimiento, por medio de una denuncia o de una querrela, de que puede haberse cometido un delito, y comprende todas aquéllas diligencias que éste lleva a cabo para reunir las pruebas que comprueben el cuerpo del delito y hagan probable la responsabilidad del indiciado. En esta etapa, el Ministerio Público interviene como autoridad, y tanto la policía judicial como todos los funcionarios y empleados que, en calidad de auxiliares, intervienen en la averiguación, se encuentran bajo sus órdenes. La averiguación concluye con la decisión del Ministerio Público de ejercer la acción penal ante los tribunales, o bien de abstenerse de hacerlo, archivando lo actuado. El Ministerio Público es el único órgano estatal a quien se encomienda el ejercicio de la acción penal, los jueces penales pueden conocer de un caso tan sólo a petición del Ministerio Público y, por ello, se afirma que este último tiene el monopolio de la acción penal. La estructura de la averiguación previa, tal y como acabamos de describirla, es la que resulta del estudio de nuestros códigos de procedimientos penales, de la jurisprudencia de nuestros tribunales y de la doctrina de nuestros autores. No podríamos sostener, en cambio, que esa descripción corresponda a la imagen que el Constituyente tenía de la averiguación previa.”⁽³⁾

⁽³⁾ Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa. México 1974. 3a Edición Pag. 234.

Más aún, es posible que el Constituyente, con el término "averiguación previa", se refiere a una etapa procedimental diversa de aquella que nosotros denominamos así. En efecto, el texto constitucional menciona la averiguación previa únicamente en el artículo 19, para el efecto de afirmar que el auto de formal prisión expresará "...los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastante para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado". De donde podría sostenerse que el Constituyente designaba con el nombre de "averiguación previa" al período de setenta y dos horas que, conforme a los artículos 19 y 107, fracción XVIII, de la Constitución, es el límite de la detención a que puede someterse a un individuo antes de dictarle auto de formal prisión o de libertad. ⁽⁴⁾.

El constituyente Paulino Machorro Narvaez, escribiendo en el año de 1941 se manifestaba sorprendido por "...el hecho de que el Ministerio Público, al recibir las denuncias y querellas practica averiguaciones completas y dilatadas, en ocasiones tardan meses y aun años, y hasta después de agotadas dichas averiguaciones, verdaderas instrucciones, consigna el caso a un Juez, y aun esto a voluntad, al mero arbitrio del propio Ministerio Público, porque, cuando le place opinar que no hay delito, autoritariamente lo declara sin intervención alguna de un Juez; y el asunto ha concluido para siempre. Se ha querido fundar esta práctica inusitada para todos los países civilizados y para todas las legislaciones, salvo quizá las de regímenes totalitarios, en la atribución que hace el artículo 21 de la Constitución al Ministerio Público, de la facultad de perseguir los delitos. Pero el texto constitucional no autoriza esta interpretación, porque sus términos mismos colocan esa facultad del Ministerio Público en los límites de una intervención policiaca". Agrega Machorro Narvaez que la interpretación actual del artículo 21 Constitucional obedece a "...tendencias que hicieron su aparición muchos años después de la Constitución", pues,

⁽⁴⁾ Islas, Olga y otro. El Sistema Procesal Penal en la Constitución. Editorial Porrúa. México 1979. Pág. 61.

conforme al criterio del Constituyente: "Averiguar, en consecuencia y tratándose del Ministerio Público, no quiere decir que en él radique la jurisdicción para practicar la instrucción, que supone un conjunto de actos jurisdiccionales, exclusivos del Juez, sino tan sólo que él auxiliará en la averiguación que el Juez instruya; y, en el lenguaje constitucional mexicano, que ese auxilio lo prestara por medio de los agentes de la policía judicial...".

¿Hasta qué punto las palabras de Machorro Narvaez, representan la opinión de los restantes Constituyentes? ¿En qué medida la institución del Ministerio Público, tal y como la conocemos el día de hoy, es conforme a la voluntad del Constituyente?. Preguntas son éstas de difícil, quizá de imposible, respuesta, podemos afirmar, en cambio, que la labor del Constituyente, sometida a la interpretación legislativa, jurisprudencial y doctrinaria, tuvo por resultado el eliminar a los Jueces de instrucción, entregando las facultades de investigar los delitos al Ministerio Público, dentro de una etapa procesal denominada "averiguación previa". Ahora bien, la Constitución no consagraba garantías que amparasen al inculpado ante los actos autoritarios del Ministerio Público durante la averiguación. El paradójico resultado de esta evolución es que, habiendo liberado al inculpado de las arbitrariedades de los Jueces de instrucción, el Derecho Mexicano lo entregó, en condiciones de absoluta indefensión, en manos del Ministerio Público, dentro de una averiguación inquisitoria, secreta, escrita, unilateral, no contradictoria, en la que no se le informaba de los cargos en su contra ni se permitía intervención de defensor. No es, sorprendente, que volviesen a oírse las mismas quejas de incomunicaciones y torturas que escuchó el Constituyente, sin más diferencia que atribuir al Ministerio Público las conductas que antes se imputaban a los Jueces de instrucción. ⁽⁵⁾.

⁽⁵⁾ Autor citado por Zamora Pierce, Jesús. Op. Cit. Págs. 4, 48 y 449.

Así nos encontramos con que habíamos heredado, íntegra, la problemática que el Constituyente de 1917 creyó haber resuelto.

Como apuntamos en líneas anteriores, la libertad del indiciado se puede lograr si dentro del término de 48 horas se demostró que el mismo no participó en los hechos que se le imputan; motivo por el cual creemos conveniente hablar en general de la prueba.

Recordamos que el Derecho de Procedimientos Penales constituye el verdadero complemento del Derecho Penal en virtud de que lo actualiza a través de una dinámica instrumentada para ese fin y en ello la prueba es lo más trascendente.

No es exagerado afirmar que, el Derecho Penal, in genere, para la realización de su objetivo y fines, está condicionado a la prueba; sin esto, no pasaría de ser un conocimiento teórico sin mayor relevancia práctica.

La prueba, es el factor básico sobre el que gravita todo el procedimiento, de ésta dependerá el nacimiento del proceso, su desenvolvimiento y la realización de su último fin.

Antes de emitir un concepto sobre prueba, es conveniente recordar que, etimológicamente, viene de probandum, cuya traducción es: patentizar, hacer fe; criterio adoptado en el antiguo Derecho Español.

Para Vicente y Caravantes, prueba, del adverbio probe, significa: honradamente, porque se piensa que toda persona, al probar algo, se conduce con honradez.

Gramaticalmente, es un sustantivo referido a la acción de probar; es decir, a la demostración de que existió la

conducta o hecho concreto; origen de la relación jurídico-material de Derecho Penal, y luego, de la relación jurídica-procesal.

Florián, al estudiar el tema, señala: "En el lenguaje jurídico la palabra 'prueba' tiene varios significados. Efectivamente, no sólo se llama así a lo que sirve para proporcionar la convicción de la realidad y certeza del hecho, o cosa, sino también este resultado mismo y el procedimiento que se sigue para obtenerlo".⁽⁶⁾

Ahora bien, tomando en cuenta los aspectos antes consignados, prueba en materia penal, es todo medio factible de ser utilizado para el conocimiento de la verdad histórica y la personalidad el presunto delincuente, y bajo esa base definir la pretensión punitiva estatal.

La prueba penal, se rige conforme a los principios denominados pertinencia y utilidad.

a) **Pertinencia.**- La prueba, cuando es pertinente, es un medio apropiado para la realización de los fines específicos del proceso penal. En otros términos, debe ser idónea; de lo contrario, no se llegaría al conocimiento de la verdad sino al absurdo. Piénsese, por ejemplo, ¿qué objeto tendría en un procedimiento por el delito de homicidio llamar a un afamado adivinador o hechicero para que precisara las causas productoras de la muerte?... Sin duda, sin mayor recato y haciendo gala de una ignorancia supina, manifestaría: Todo se debió a que un tercero "le hizo mal de ojo a la víctima".

b) **Utilidad.**- La prueba, debe ser útil, su empleo, se justifica, si conduce a lograr lo que se pretende.

⁽⁶⁾ Autores citados por Colín Sánchez. Guillermo. Op. Cit. Pág. 407.

No debe confundirse la utilidad con la eficacia. No siempre lo útil resulta eficaz a los fines propuestos; empero, como en el medio mexicano, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente (artículo 20, fracción V), se ordena, en cuanto al procesado: "...se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca"; la interpretación irracional, me llevaría a concluir que todo lo promovido por aquél, en el orden probatorio, debe ser aceptado. Esto, en ninguna forma corresponde al espíritu del precepto en cita; semejante interpretación, se traduciría, en la práctica, en una serie de diligencias inútiles e ineficaces, contrarias a la celeridad que debe caracterizar a todo proceso. Por otra parte, interpretando a contrario sensu, la parte final del artículo 135, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, concluyo: el Juez está legalmente facultado para rechazar las pruebas conducentes o innecesarias, pero deberá fundar y motivar su decisión y no sólo hacerlo por principio hormonal.

En términos generales, el objeto de prueba, abarcará: la conducta o hecho, tanto en su aspecto objetivo como en el subjetivo, porque, si la conducta siempre concierne al ser humano, la motivación de aquélla debe buscarse por doquier, aunque sin rebasar los límites de la privacía que compete a la intimidad del ser humano, como son las regiones más recónditas del alma.

En lo criminal, el Juez tiene que esclarecer circunstancias que los sentidos no advierten y que sólo salen del fuero interno. La imputabilidad moral del acusado, la situación de su espíritu en el momento de delinquir, y la lucidez de sus facultades intelectuales, la intensión perversa y su intensidad; he aquí, los objetos sobre los cuales es preciso dirigir los instrumentos de prueba; pero ni ésta podría considerarse comenzada por los medios aplicables en lo común a los hechos exteriores, ni adquirirse su certeza, sino por vía de inducción.

Este punto de vista, es contrario a mi consideración anterior, y, por otra parte, exagerado, ¿cuáles serán las circunstancias que los sentidos no advierten y que "sólo salen del fuero interno"?...

En resumen, son objeto de prueba: la conducta o hecho, aspecto interno y manifestación; las personas, probable autor del delito, ofendido, testigos; las cosas, en tanto que en éstas recae el daño o sirvieron de instrumento o medio para llevar a cabo el delito; y, por último, los lugares, porque de su inspección, tal vez se colija algún aspecto o modalidad del delito.

El objeto de prueba, es, fundamentalmente: la demostración del delito, con sus circunstancias y modalidades, (conducta o hecho, tipicidad, imputabilidad, culpabilidad; la personalidad del delincuente; el grado de responsabilidad y el daño producido).

Puede recaer, también, sobre otras cuestiones comprendidas en la parte general del Derecho Penal, teoría de la Ley Penal, así como en el orden negativo, sobre la ausencia de conducta, atipicidad, causas de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad y excusas absolutorias.

SUJETO DE PRUEBA.

Es la persona, que proporciona el conocimiento, por cualquier medio factible.

De los sujetos intervinientes en la relación procesal, son sujeto de prueba: el probable autor del delito, el ofendido o su representante, el defensor y los testigos. Este carácter, no es posible atribuirlo a los Jueces, o a los agentes del Ministerio Público, y a los peritos, porque el Juez conoce del hecho, mediatamente, el órgano de prueba lo conoce inmediatamente (por supuesto del hecho del cual es órgano) y, en cuanto al Juez, no es órgano y en cuanto órgano no es Juez.

El agente del Ministerio Público, por su misma naturaleza y atribuciones, tampoco puede ejercer una doble función; por lo tanto, nunca puede ser sujeto de prueba.

Por último, los peritos, debido a la naturaleza de la peritación, tampoco son sujeto de prueba, como lo explicaré, con mayor amplitud, al tratar este tema.

El medio de prueba, es la prueba en sí. Es un vehículo para alcanzar un fin. Esto significa que, para su operancia, debe existir un funcionario que le imprima dinamismo, y así, a través de uno o más actos determinados se actualice el conocimiento.

Claría Olmedo, hace notar: "no deben confundirse los elementos probatorios con los medios de prueba. Los primeros están en el objeto integrándolo en sus diversos aspectos y manifestaciones; los segundos son elaboraciones legales, aún cuando no taxativas, tendientes a proporcionar garantías y eficacia en el descubrimiento de la verdad dentro del proceso".

Aún cuando, en principio, este autor está en lo justo, me parece inútil tal aclaración, porque, actualmente nadie confunde los elementos integrantes del objeto con el objeto mismo; en cuanto a los medios de prueba, no siempre es correcto llamarles "elaboraciones", porque, para el uso de ese calificativo, habrá de tomar en cuenta el sistema probatorio de que se trate.

Franco sodi, aclara: "es el 'tema del proceso' o la verdad histórica concreta por conocerse, el 'órgano' de la misma es la persona física que aporta el conocimiento, y el 'medio de la prueba' es el acto o modo usado por la persona física referida, para proporcionar el citado conocimiento".

Consecuentemente, conocer es: "individualizar un objeto de nuestra conciencia, y el modo de conocer el medio de prueba". (7).

En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se consideran medios de prueba:

- I. La confesión;
- II. Los documentos públicos y los privados;
- III. Los dictámenes de peritos;
- IV. La inspección ministerial y la judicial;
- V. Las declaraciones de testigos, y
- VI. Las presunciones".

Se agrega: "también se admitirá como prueba todo aquello que se ofrezca como tal, incluso aquéllos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia..." (ARTÍCULO 135).

Como vemos el indiciado cuenta con una serie de instrumentos para demostrar una averiguación previa que los hechos motivo de la indagatoria le son ajenos a él.

El indiciado se conoce de ésta manera porque en épocas antiguas era señalado con el dedo índice aquél que cometía un delito.

B) PONERLO A DISPOSICION DE LA AUTORIDAD JUDICIAL

Evidentemente, cuando el órgano investigador ejercita la acción penal, pone al indiciado a disposición del Juez (órgano jurisdiccional) mediante el acto denominado consignación.

⁽⁷⁾ Autores citados por Colln Sánchez, Guillermo. Op. Cit. Pág. 417.

Para el Maestro Cipriano Gómez Lara la consignación consiste en lo siguiente:

“En el ámbito del derecho penal la consignación viene a constituir la última fase de la llamada averiguación previa, en la cual el agente del Ministerio Público, una vez que ha podido comprobar los extremos del llamado cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del indiciado, consigna el expediente (y en algunos casos también al indiciado) al Juez penal en turno que corresponda para que se dé inicio al proceso penal correspondiente. Este viene a constituirse con la naturaleza de un acto en el que se ha querido observar una verdadera demanda de la parte acusadora y en el que se solicita la iniciación del procedimiento judicial, la expedición de las órdenes de comparecencia y las de aprehensión que correspondan, el aseguramiento precautorio de bienes para los efectos de la reparación del daño y en su caso las sanciones respectivas, pero al mismo tiempo debe ofrecer las pruebas pertinentes de la existencia de los delitos y de la responsabilidad de los inculcados”.⁽⁸⁾

El Maestro Guillermo Colín Sánchez, trata lo referido a la consignación en los siguientes términos:

“La consignación, es el acto procesal, a través del cual, el Estado por conducto del agente del Ministerio Público ejercitó la acción penal. Para esos fines, remite al Juez el acta de policía judicial y al indiciado, o en su caso únicamente las diligencias, iniciándose con esto el proceso.

“En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se indica: “Cuando aparezca de la averiguación previa que existe denuncia o querrela, que se han reunido los requisitos previstos que en su caso exija la ley y que se han acreditado los elementos del tipo y la probable responsabilidad del indiciado, el Ministerio Público ejercitará la acción penal ante el órgano jurisdiccional que corresponda...” (artículo 286-Bis).

⁽⁸⁾ Gómez Lara, Cipriano. Derecho Procesal. Harla Editorial. México 1997. Págs. 64 y 65.

"En el Código Federal de Procedimientos Penales, se señala lo mismo, empero; adviértase, que si bien ha habido un cambio terminológico afortunado, éste no es del todo porque ahora se hace referencia a "los elementos del tipo", substituyendo las palabras cuerpo del delito, denominación a todas luces correcta por obvias razones.

"Al llevarse a cabo la consignación, o ejercicio de la acción penal (hasta antes en preparación); con bases firmes y fundadas el agente del Ministerio Público realizará una serie de actos, esencialmente acusatorios, mismos que generarán actos de defensa y de decisión, y no, de carácter persecutorio, porque si así fuera su función esencial se desvirtuaría.

"La consignación, tanto en el procedimiento implementado para el fuero común, como para el federal no reviste, ninguna forma especial; el legislador, en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, guarda silencio.

"En el Código señalado en segundo lugar, está establecido: "...se entenderá que el inculpado queda a disposición del Juzgador, para los efectos constitucionales y legales correspondientes, desde el momento en que el Ministerio Público lo interne en el reclusorio o Centro de Salud correspondiente.

"El Ministerio Público dejará constancia de que el detenido quedó a disposición de la autoridad judicial y entregará copia de aquélla al encargado del reclusorio o del centro de salud, quien asentará el día y la hora de la recepción..."

"...En el pliego de consignación, el Ministerio Público hará expreso señalamiento de los datos reunidos durante la averiguación previa que, a su juicio, puedan ser considerados para los efectos previstos en el artículo 20, fracción I, de la Constitución, y en los preceptos de este Código referentes a la libertad provisional bajo caución, tanto por lo que toca a la determinación del tipo penal, incluyendo sus modalidades, como por lo que respecta a los elementos que deban tomarse en cuenta para fijar el monto de la garantía".

"En este Código, se hace referencia a un pliego de consignación, en donde debe constar: los datos reunidos durante

la averiguación previa, que puedan ser considerados, para los efectos previstos en el artículo 20, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en los preceptos de este mismo cuerpo de disposiciones, referentes a la libertad provisional bajo caución, etc.; además de ésto, si cuando existe detenido y el agente del Ministerio Público, lo deja a disposición del Juez, en la prisión preventiva o en el centro de salud en el que esté, indicando: "queda a disposición de la autoridad judicial", y para esos fines, también lo hace constar, a no dudar, esto y lo anterior, son formalidades obligadas, porque así están establecidas por el legislador.

Cuando en los Códigos de Procedimientos Penales, indicados, había ausencia de formalidades para realizar la consignación, los integrantes del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, resolvieron en diversas ejecutorias que: "basta que la consignación que del reo haga el Ministerio Público, para que se entienda que este funcionario ha ejercitado la acción penal, pues justamente es la consignación lo que caracteriza el ejercicio de dicha acción, a reserva de que después y ya como parte de la controversia penal el Ministerio Público promueva y pida todo lo que a su representación corresponde".

"En el Distrito Federal, existen diversos Jueces en materia penal, por lo que conviene precisar ante cuál de todos ellos deberá efectuarse.

"Para ese fin, el agente del Ministerio Público deberá tener presente la capacidad objetiva, por ejemplo: si el delito se cometió en el partido judicial de la Ciudad de México y es de la competencia de las autoridades del fuero común, la consignación se hará ante el Juzgado en turno o en su defecto, ante el Juez del partido judicial correspondiente.

"En cuanto a la justicia de paz, la consignación, se hará ante los Jueces de este ramo, atendiendo a la circunscripción de la Delegación que corresponda.

"El acto de consignación, puede darse en dos formas: sin o con detenido.

Cuando la consignación es sin detenido y se trata de delitos que se sancionan con pena corporal, contendrá pedimento de orden de aprehensión.

“Si el delito es de los que se sancionan con pena alternativa, se realiza únicamente con pedimento de orden de citación o en su caso, orden de comparecencia.

“Tratándose de consignación con detenido, el indiciado quedará a disposición del Juez, en la cárcel preventiva, remitiéndole el comunicado respectivo, juntamente con el acta de Policía Judicial.

“Es importante hacer notar que, en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se indica, en el artículo 4º: “Cuando del acta de Policía Judicial no aparezca la detención de persona alguna, el Ministerio Público practicará o pedirá a la autoridad judicial que se practiquen todas aquéllas diligencias necesarias, hasta dejar comprobados los requisitos que señale el artículo 16 Constitucional para la detención...”.

“Este artículo, a pesar de ser reformado el 10 de enero de 1994, conservó su esencia, por lo que aún sigue siendo válida la crítica de Carlos Franco Sodi, al precepto anterior, mismo que a continuación reproduzco:

“Desgraciadamente en esta disposición se faculta al Ministerio Público para solicitar de los jueces que practiquen diligencias de averiguación en auxilio del órgano de la acción penal, lo que menoscaba su responsabilidad, convirtiéndolos en amanuenses de una autoridad administrativa, contraria a la naturaleza de la averiguación previa, que es función exclusiva del Ministerio Público, como lo destaca la jurisprudencia de la Corte que puede consultarse en el Seminario Judicial de la Federación y, por último, da un carácter híbrido al proceso, contrariando el texto del artículo 21, de la Constitución General de la República que previene como función única del Juez la aplicación de la Ley y no la persecución del delito, que ha dejado privativamente en manos del Ministerio Público.

Lamento mucho disentir del criterio de tan distinguido jurista, Maestro en esta materia y en otros órdenes de

la vida, en razón de lo siguiente: si el artículo referido, se interpreta sin meditar su verdadera razón de ser, tal crítica la consideraría justa, pero a mi entender, no debe confundirse su verdadero espíritu con el abuso que de su contenido se hace en la práctica.

Indubitablemente, en muchas ocasiones, la averiguación previa no es posible que quede integrada, por ser necesario practicar diligencias que sólo puede realizar el Juez, por ejemplo: el cateo, la expedición de exhortos o requisitorias, petición de extradición, etc.; y en esas circunstancias, con lo establecido en el artículo 4º, la situación se resuelve.

Recuérdese que los agentes del Ministerio Público, aún en la averiguación del delito, no pueden llevar a cabo diligencias, como el cateo; empero, como lo señalé, tal precepto se utiliza, en algunos casos, para que el subórgano de la investigación se escude en él para: disfrazar ineptitud, pereza, compromisos políticos, consignas, inmoralidad, etc., y envíe la averiguación incompleta al Juez, para que sea este funcionario el que lo sustituya en la función que aquél tiene el deber de cumplir, hecha excepción de actos, como el citado, que compete a los Jueces" (9).

C) EL TERMINO DE CUARENTA Y OCHO HORAS.

El referido Maestro Guillermo Colín Sánchez al respecto nos explica:

"Hasta antes de las reformas a los textos legales de que me he venido ocupando, ningún precepto jurídico señalaba el tiempo del que disponía el Agente del Ministerio Público para realizar la averiguación previa; empero, en el artículo 16 de la

(9) Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit. Págs. 352 a 355.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en vigor, ya se establece "...ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de 48 horas, plazo en el que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquéllos casos en que la ley prevea como delincuencia organizada..." (párrafo séptimo), lo mismo está previsto en los Códigos de Procedimientos Penales, Federal y para el Distrito Federal (artículos 194-Bis y 268-Bis, respectivo).

"En atención a lo dispuesto en este precepto, como salvo en los casos de delito flagrante y en los urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por más tiempo del que señala el legislador; con ello se destaca el control judicial de la detención.

"Cabe advertir que de acuerdo con el texto del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, también se establece un control a cargo del o los agentes del Ministerio Público, para los casos de flagrancia o urgencia, en los cuales si hay persona detenida no deberá consentirse la retención por más de 48 horas; fenecido ese término se ordenará la libertad o la consignación al Juez, aunque dicho plazo, atendiendo a lo previsto en el Código Federal de Procedimientos Penales, en el artículo 104-Bis, podrá duplicarse; esto es, únicamente para los casos de delincuencia organizada, consistente en que "tres o más personas se organicen bajo las reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento o reiterado o con fines predominantes lucrativos", los delitos que para esos efectos se señalan en el Código Penal, vigente, para el Distrito Federal en materia de Fuero Federal así como también en el artículo 84 de la Ley de Armas de Fuero y Explosivos; Tráfico de Indocumentados (artículo 138 de la Ley General de Población) y Fiscales (artículo 115-Bis del Código Fiscal de la Federación).

"El que el plazo antes señalado pueda duplicarse en aquellas situaciones previstas por el legislador, se justifica por las

complejidades que pueden surgir con motivo de la averiguación de los delitos graves por los que habrá de seguirse el proceso, porque con ello se da oportunidad para recabar mayor información y las probanzas necesarias para determinar acerca de los elementos del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

Lo indiciado en los ordenamientos citados, es digno de encomio, llena un vacío que durante muchos años permitió toda clase de excesos, en concreto: es de esperar que ya no haya detenciones fundadas en el capricho o que se prolonguen contrariando los establecidos fundamentalmente por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos".⁽¹⁰⁾

C.1) TERMINO PARA INTEGRAR LA AVERIGUACION PREVIA.

Nosotros consideramos que debería duplicarse el término de 48 horas que prevé el artículo 16 Constitucional, en su párrafo séptimo, pues sin duda las 48 horas previstas por dicho numeral son insuficientes para que el indiciado demuestre su inocencia y no participaron en los hechos motivo de la averiguación previa.

C.2) ES ESTE TERMINO SUFICIENTE PARA DEMOSTRAR NO HABER INTERVENIDO EN LOS HECHOS DELICTIVOS QUE SE LE IMPUTAN.

Sin duda, el término de 48 horas que señala el párrafo VII del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para integrar la averiguación previa, es insuficiente, en virtud de que si interpretamos a contrario

⁽¹⁰⁾ Colín Sánchez. Op. Cit. Págs. 312 y 313.

sensu dicho párrafo, en el cual dicho plazo puede duplicarse a favor del Ministerio Público en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada, el indiciado también deberá contar con tal facultad para demostrar su no participación de los hechos que se le imputan.

C.3) LA SOLICITUD DE DUPLICIDAD DEL TERMINO DE CUARENTA Y OCHO HORAS AL INDICIADO PARA DEMOSTRAR SU INOCENCIA, COMO OCURRE EN EL CASO DE DELINCUENCIA ORGANIZADA.

Por lo expuesto en líneas anteriores, reiteramos nuestra propuesta, en el sentido de que el indiciado en la indagatoria podría tener la posibilidad de contar con un margen más amplio de tiempo que el previsto por el artículo ya anotado, toda vez que el plazo de 48 horas, la práctica nos demuestra, resulta insuficiente para demostrar que no participó en los hechos que dieron lugar a la averiguación previa con motivo de la detención inicial y la retención posterior.

CAPITULO IV

LA ORDEN DE LIBERTAD AL INDICIADO EN AVERIGUACION PREVIA POR PARTE DEL MINISTERIO PUBLICO.

A). LA ORALIDAD DE LAS ACTUACIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO.

Por el tipo de actividad que desarrolla el Ministerio Público en la averiguación previa, la cual en eminentemente secreta, la oralidad de las actuaciones del Organó Investigador es una característica sine qua non de la indagatoria, veremos en qué consiste dicho principio procesal.

Fernando Flores García considera que:

“La oralidad es uno de los principios fundamentales del proceso, aunque, a pesar de sus innegables ventajas, todavía es uno de los más discutidos.

Antes que nada conviene aclarar que, con frecuencia los profanos en los que se supone la falta de información, creen que la oralidad estriba únicamente en el uso exclusivo de la palabra hablada en el procedimiento judicial, contrapuesto al sistema (añejo y hasta centenario) del juicio escrito”. (1).

Por su parte, Guillermo Colín Sánchez nos explica respecto a la oralidad lo siguiente:

“El procedimiento penal mixto o común, es fundamental en el Derecho Canónico; se implantó en Alemania en el año de 1532 y en Francia, en la Ordenanza Criminal de Luis

(1) Flores García, Fernando. Derecho Procesal. Editorial Harta. México 1997. Pág. 141.

XIX. Sus características, son las siguientes: durante el sumario se observan las formas del sistema inquisitivo (secreto y escritura), para el plenario, la publicidad y la oralidad; para valorar las pruebas el Juez goza de libertad absoluta, salvo casos excepcionales en los que regía el sistema legal o tasado.

El proceso penal común, al decir de Juan José González Bustamante, es "fruto de las investigaciones de los juristas de Bolonia y se implanta en Alemania, en la Constitución Criminal Carolina en 1532, y en Francia en la célebre Ordenanza Criminal de Luis XIV, el año de 1670. Los Jueces disfrutaban del arbitrio judicial como justicias del monarca. En Italia en el siglo XVI, los jurisconsultos Marsilio, Julio Claro, Farinacio y Menocio, establecieron las normas del procedimiento criminal y la libertad en la defensa del acusado, así como la intervención de defensores. En el Derecho Germánico el procedimiento se distingue por el formalismo del proceso; el directamente ofendido por el delito para darle impulso reclamaba su derecho por medio de la venganza (se aplicaba el juramento purgatorio, las ordalías y el juicio de Dios). Existía una completa separación entre las funciones instructoras y las que corresponden al período de juicio. El Juez que instruye no es el mismo que falla. En la Ordenanza Carolina, así llamada por haberla decretado el Rey Carlos I de España y V de Alemania, se desconoció a la confesión del absoluto valor probatorio que tenía en el proceso penal canónico; se necesitaba que fuera acompañada de otros medios de prueba. En Francia, el Juez Instructor era el arbitro en los destinos del acusado, y al dirigir; y dar formas al proceso, al disfrutar de ilimitado arbitrio judicial, establecía los fundamentos sobre los cuales se levantó todo el procedimiento, sentenciando al acusado en secreto, sin oírlo en defensa, sin hacerle saber el nombre de su acusador, empleando la pesquisa y el tormento como fecundo sistema de intimidación".⁽²⁾

⁽²⁾ Colín Sánchez, Guillermo. Op. Cit. Págs. 24 y 25.

B). EL ACUERDO DE LIBERTAD POR PARTE DEL MINISTERIO PÚBLICO EN AVERIGUACIÓN PREVIA.

Dentro del importante número de acuerdos del C. Procurador de Justicia del Distrito del Distrito Federal, no existe un acuerdo que disponga la libertad del indiciado sometido a investigación por una averiguación previa, es decir, que quien resulta involucrado en una situación supuestamente de flagrancia, no cuenta con un documento por escrito en el cual conste que estuvo sujeto a investigación y que fue decretada su libertad, aún cuando dicha libertad sea con reservas de ley y eminentemente provisional, concluyendo que a esta opinión llegamos una vez que realizamos una investigación de campo y después de consultar con diferentes a diversas personas que trabajan en agencias del Ministerio Público y NINGUNA acertó a decir argumentaciones claras y convincentes sobre la real existencia de un acuerdo de libertad en averiguación previa y nuestra propuesta será la existencia de un acuerdo que permita que a un individuo que ha sido retenido para investigación fue declarado libre y que ello conste por escrito.

C). LAS GARANTIAS QUE SE OTORGAN AL INDICIADO EN AVERIGUACIÓN PREVIA CON DETENIDO.

Por decreto publicado en el Diario Oficial de 3 de septiembre de 1993, se reformaron los artículos 16, 19, 20 y 119 y se derogó la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En dicho Decreto se agregó a la fracción X del artículo 20 Constitucional un párrafo cuarto que, en lo pertinente, dice: "Las garantías previstas en las fracciones V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan...". Esto quiere decir que nuestra

Constitución consagra ahora, como garantías del indiciado durante la averiguación previa, su derecho a ofrecer y desahogar pruebas, a ser informado y a tener un defensor. Procedamos al estudio de cada uno de estos derechos.

A). La garantía de defensa

El defensor, cuando interviene durante la averiguación previa, tiene una función primordial: la de estar presente en todo interrogatorio que se haga al indiciado, a fin de cerciorarse de que se respete su derecho a guardar silencio, o bien, que sus declaraciones son libremente emitidas. Así, el respeto a la garantía de defensa sirve de protección a la garantía de no autoincriminarse. En caso contrario, si no se protege la libertad del indiciado en el momento de rendir declaración durante la averiguación previa, el proceso judicial puede iniciar sobre la base de una confesión coaccionada. A partir de ese momento, y dada la jurisprudencia de la Suprema Corte inconforme a la cual debe dársele preferencia valor probatorio a esa declaración inicial, el proceso se convierte en un rito vacío, de resultado prefijado. Al impedir la intervención del defensor durante la averiguación previa, hacemos inútil su posterior actuación durante el proceso.

Por ello, la sección III del XIV Congreso Internacional de Derecho Penal, reunido en Viena, Austria, en octubre de 1989, adoptó la conclusión de que: "Toda persona tiene derecho a la asistencia efectiva de un defensor en todas las fases de los procedimientos penales, desde el principio mismo de la investigación".

En México, por acuerdo del Presidente, Licenciado Carlos Salinas de Gortari, publicado en el Diario Oficial de 31 de enero de 1989, se iniciaron las labores de un foro general de participación y consulta para la integración y ejecución de Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994. Dentro de ese foro general,

correspondió al Procurador General de la República, Licenciado Enrique Alvarez del Castillo, el establecimiento y la coordinación del Foro de Consulta Popular sobre Seguridad Pública y Administración de Justicia. Por último el Procurador designó al autor de este libro como coordinador de los estudios de justicia penal. El foro efectuó 82 reuniones en diversas ciudades de la República, y recibió comunicaciones de miembros de los diversos poderes federales y estatales, de catedráticos de escuelas de Derecho, de diversas asociaciones culturales y científicas, de barras y asociaciones de abogados y de toda clase de agrupaciones e individuos. Después de dar lectura a centenares de comunicaciones recibidas en el Foro, al formular conclusiones ante el Procurador General de la República, manifestamos: "De todos los rincones de la República llega hasta esta Asamblea el clamor de los ponentes del Foro; nos informan que los procedimientos penales se inician, frecuentemente, con la detención de un ciudadano sin que medie orden de aprehensión ni flagrancia, con su incomunicación y con su posterior consignación ante el Poder Judicial... en calidad de confeso. Tan pronto como se encuentran ante el Juez, los procesados se niegan a ratificar la declaración rendida durante la averiguación previa, afirmando que fueron coaccionados a declararse culpables. Los tribunales le otorgan valor de prueba plena a esa confesión inicial rendida por un hombre ilegalmente detenido, incomunicado y que no contaba con la asistencia de un abogado defensor. En esas condiciones, el posterior proceso judicial es inútil, así como la intervención del defensor ante al Juzgado, inútil la formal observancia de todas y cada una de las normas aplicables ante el Poder Judicial. Inútil el proceso acusatorio judicial que debe ceder ante los procedimientos inquisitorios de la averiguación previa. Numerosos ponentes, en forma reiterativa, propusieron ante este Foro: Que se reconozca al indiciado penal el derecho de ser asistido por un abogado defensor siempre que rinda declaración durante la averiguación previa. Que si se niega a designar abogado defensor se le nombre desde ese momento uno de oficio. Que si no se encuentra presente el defensor, la

declaración inicial no tenga valor probatorio. En estas condiciones, el defensor, con su presencia, garantizará que el indiciado rinde su declaración en forma espontánea. Estoy obligado a subrayar que ésta es la propuesta de un gran número de ponentes. Ninguna otra logró tal apoyo".⁽³⁾.

Por otra parte, durante los años de 1987 y 1988 en el Instituto Nacional de Ciencias Penales, una comisión integrada por Roberto Hernández Martínez, Moisés Moreno Hernández, José Ovalle Favela, Celestino Porte Petit, Bernardo Tirado Gutiérrez y Jesús Zamora-Pierce, se ocupó de redactar un proyecto de código de procedimientos penales. Dicho anteproyecto consagra el derecho del indiciado a tener defensor durante la averiguación previa. Los Estados de Hidalgo, Queretaro y Baja California pusieron ya en vigor, en 1989, códigos redactados conforme al anteproyecto. Los artículos 3 y 4 del Código de Procedimientos Penales de Querétaro tienen el siguiente texto: "Artículo 3o. (defensa). El Derecho de defensa es inviolable en todo grado y estado de los procedimientos penales. El imputado tendrá derecho a la asistencia de un defensor desde que se inicien las diligencias de preparación del ejercicio de la acción penal hasta la terminación del proceso a ser informado, en el momento de su detención, de las razones de la misma y a que se le reciban, dentro del plazo legal, las pruebas que ofrezca en relación con los hechos imputados". Artículo 4o. (confesión). El imputado no podrá ser compelido, por medio alguno, a declarar en su contra. La confesión coaccionada será nula. No tendrá ninguna validez la confesión de una persona a quien no se le haya dado oportunidad de designar defensor".

El Decreto de 3 de septiembre de 1993, viene a consagrar, a nivel constitucional, el derecho del indiciado a nombrar un defensor durante la averiguación previa. La fracción IX del artículo 20 Constitucional dispone que, si el procesado no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido

⁽³⁾ Cfr. Zamora Pierce, Jesús. Op. Cit. Págs. 449 y 450.

requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. Esta garantía, al ser aplicable dentro de la averiguación previa, debe entenderse en el sentido de imponer al Ministerio Público el deber de hacer tal designación supletoria de defensor. Esto nos obliga a plantearnos una pregunta: ¿Cuál será el origen de los defensores de oficio durante la averiguación previa?. No parece deseable que sean empleados a sueldo de la Procuraduría, por cuanto ello arrojaría sobre ésta dos funciones contradictorias: la de acusación y la de defensa. Quizás sería mejor, al reglamentar esta forma constitucional, dejar a cargo de las Comisiones de Derechos Humanos el proporcionar estos defensores de oficio.

B). La garantía de información

El párrafo cuarto de la fracción X del artículo 20 Constitucional reformado, dispone que, durante la averiguación previa, será observada la garantía prevista en la fracción VII del propio artículo 20. Esta última, a su vez, establece que el inculcado tendrá la garantía de que le sean facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso (léase: en la averiguación).

Pierde así la averiguación previa su carácter secreto.

El indiciado podrá exigir que se le informe, y el Ministerio Público está obligado a informarle, del nombre de su acusador y de la naturaleza y causa de la acusación, así como de las pruebas que se aporten a la averiguación por el denunciante o querellante, o de las que el propio Ministerio Público ordene. ¿Hasta dónde llegará el derecho del indiciado? ¿Podrá, acaso, solicitar copia certificada de todo lo actuado en la averiguación? O bien ¿podrá exigir que se le informe del ejercicio de la acción

penal? Temas son éstos que quedaran aclarados cuando el legislador ordinario establezca los "requisitos y límites" previstos por el Constituyente Permanente.

C). La garantía probatoria

El derecho genérico de defensa comprende, además del derecho a tener defensor, otros, entre los cuales el derecho a ser informado de la acusación y el derecho a ofrecer pruebas. La Constitución consagra este último, en la fracción V del artículo 20, que dispone: "Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándose para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso". El párrafo cuarto de la fracción X del artículo 20 Constitucional, reformado, viene ahora a extender la garantía probatoria a la averiguación previa.

Esta reforma encuentra su antecedente inmediato en el artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, conforme a su texto reformado por Decreto de 16 de diciembre de 1983, publicado en el Diario Oficial de 27 del mismo mes y año, según el cual, en la parte conducente: "El Ministerio Público recibirá las pruebas que el detenido o su defensor oportunamente aporten dentro de la averiguación previa y para los fines de ésta, que se tomarán en cuenta, como legalmente corresponda, en el acto de consignación o de liberación del detenido, en su caso. Cuando no sea posible el pleno desahogo de pruebas de la defensa, se reservarían los derechos de ésta para ofrecerlas ante la autoridad judicial y el Ministerio Público hará la consignación si están satisfechos los requisitos para el ejercicio de la acción".

Podemos constatar que ambas normas, la fracción V del artículo 20 Constitucional y el artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, coinciden en otorgar al inculcado el derecho de ofrecer pruebas, y en imponer a la

autoridad el deber de recibir las. Pero la coincidencia termina ahí, porque, en tanto que la fracción V ordena al legislador ordinario conceda al procesado el tiempo necesario para el ofrecimiento y desahogo de pruebas e instruye al Juez que lo auxilie para hacer factible tal desahogo, el artículo 128 procesal no concede al indiciado plazo alguno para el ofrecimiento o desahogo de sus probanzas, ni impone al Ministerio Público el deber de auxiliar tal desahogo.

D). LA IMPORTANCIA DE CUMPLIR A PLENITUD LAS GARANTÍAS QUE EN MATERIA DE AVERIGUACIÓN PREVIA OTORGA LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, EN ESPECIAL EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL.

Conforme a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las garantías fundamentales que protegen al indiciado, están contenidas en los artículos 5, 8, 13, 14, 16, 17, 18, 20 fracciones II, V, IX y X, y 21, y están referidas a trabajo no obligatorio; petición y contestación de escritos; autoridades competentes; fundamentación y motivación; delitos del orden militar; leyes especiales no aplicables: procedimiento legal obligatorio; sujeción a formalidades: leyes nuevas si aplicables; leyes aplicables a las resoluciones; detenciones procedentes; detención en delito flagrante y casos urgentes; libertad inmediata en caso de simple acusación; no ser retenido por el Ministerio Público, durante la averiguación previa, por más de cuarenta y ocho horas; ser puesto en libertad o a disposición de autoridad judicial dentro del plazo de cuarenta y ocho horas; requisitos para practicar cateos; consignación; no prisión por deudas civiles; lugares de detención, menores de edad; abstención de malos tratos, conocimiento del delito; prohibición de incomunicación; intimidación o tortura; suministro de datos para la defensa; nombramiento del defensor, ofrecimiento de pruebas; abstención de obligar al indiciado a declarar, no detención por falta de pago de honorarios a defensores, responsabilidad civil y otro concepto análogo; y autoridades competentes.

El Código Penal para el Distrito Federal establece también garantías para el indiciado durante la averiguación previa; los mencionados numerales se refieren a la procedencia de la aplicación de leyes nuevas en cuanto beneficien al indiciado.

Los artículos 3 Bis, 59, 100, 126, 132, 134 Bis, 136, 152, 165 Bis, 183, 184, 187, 188, 203, 262, 266, 267, 268, 269, 271, 272, 273, 285 Bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, otorgan garantías al indiciado en el período de averiguación previa, tales preceptos se refieren a : libertad del indiciado y no ejercicio de la acción penal en su contra, cuando exista una causa excluyente de responsabilidad, previo acuerdo del Procurador: no ejercitar la acción penal cuando sólo exista confesión del indiciado; entrega de vehículos en depósito a sus propietarios, poseedores o representantes legales; atención médica a detenidos, lesionados o enfermos; detención únicamente por orden del Ministerio Público; detenciones en lugares carentes de rejas, condiciones de validez de la confesión; abstención de incomunicación, intimidación o tortura durante la averiguación previa; instalación en los lugares de detención de teléfonos para uso de los detenidos y nombramiento de defensor desde el momento de la detención; requisitos para la práctica de cateos; estudios de personalidad y características culturales de los indiciados que pertenezcan a grupos étnicos; designación de intérpretes; declaraciones en el idioma del indiciado; formulación de interrogatorios y declaraciones por escrito a los sordos y mudos que sepan leer y escribir; examen de testigos por separado; no detención de personas cuando el delito sea perseguible por querrela y ésta no se haya presentado ante el Ministerio Público; privación de libertad sólo en caso de flagrante delito o casos urgentes; constancia del día, hora y lugar de su detención, nombre y cargo de quienes la practicaron, imputación en su contra y en su caso nombre del denunciante, información relativa a los derechos que

tiene de comunicarse inmediatamente con quien estime conveniente, designe sin demora persona de su confianza para que lo defienda o asista, no declarar; si el indiciado es indígena designarle traductor que además le informe de sus derechos; en caso de ser extranjero, que se llame a su representación consular o diplomática; que se informe su detención al servicio público de localización de personas; libertad caucional; arraigo domiciliario y su extensión al centro de trabajo; presentación directa ante el Juez y no internamiento en reclusorios preventivos cuando se trate de delitos imprudenciales cuya pena privativa de libertad no exceda de cinco años; investigación de los hechos por el Ministerio Público y la policía judicial y sujeción de ambos a los reglamentos y leyes orgánicas correspondientes y al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; cuando el indiciado no hable o no entienda suficientemente el castellano, se le nombrará traductor desde el primer día de su detención, quien deberá asistirle en todos los actos procedimentales y en la correcta comunicación con su defensor.

Los artículos 3, fracción II; 23 y 24 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal señalan la sujeción de la Policía Judicial al mando del Ministerio Público, lo cual constituye también una garantía para el Idiciado durante la averiguación previa.

El Procurador General de Justicia del Distrito Federal, a través de disposiciones administrativas dadas a conocer mediante circulares, puede establecer un marco de garantías que opere en favor de la colectividad y que junto con las demás garantías constitucionales y la ley secundaria, constituya un sistema sólido de seguridad jurídica durante la averiguación previa.

El meollo del asunto está en que las garantías constitucionales en favor del indiciado en materia de averiguación previa, SE LE RESPETEN y se considere que impartir justicia por

parte del Ministerio Público en indagatoria es consignar, pero también puede impartir justicia si otorga la libertad en la etapa de investigación al indiciado.

CONCLUSIONES

PRIMERA.-

El párrafo 7° del artículo 16 Constitucional, prevé que ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de 48 horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; partiendo de dicho supuesto, la presente tesis tiene como objeto fundamental que la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, o la Procuraduría General de la República, emitan la circular correspondiente que disponga una forma escrita para el caso de que el órgano investigador, ordene la libertad de una persona que se encuentra retenida, documento en el cual conste el tiempo en el que estuvo a disposición del representante social y el motivo de la detención.

SEGUNDA.-

El motivo principal de nuestra propuesta, es equilibrar las disposiciones relativas a la detención y retención posterior de una persona en el local correspondiente, donde el Ministerio Público lleve a cabo sus investigaciones, pudiendo ser la agencia del Ministerio Público, o la agencia investigadora especializada; en virtud de que cuando se consigna al presunto responsable ante la autoridad judicial, se lleva a cabo dicho acto procedimental por escrito, mediante el pliego de consignación correspondiente y en los casos excepcionales en que dicho representante social ordena la libertad del indiciado, NO SE HACE POR ESCRITO TAL ORDEN.

TERCERA.-

Sin lugar a dudas, para lograr la libertad de un presunto responsable en una averiguación previa, se ofrecieron las pruebas respectivas conforme a lo dispuesto por la fracción V, VII y IX del artículo 20 Constitucional, en las cuales se prevé la posibilidad de que en indagatoria se pueda demostrar que el presunto responsable no cometió delito alguno, y dicha actividad, no puede soslayarse, como sucede frecuentemente cuando el Ministerio Público ordena la libertad de una persona que se encuentra retenida, presentándolo como un acto de generosidad de la autoridad administrativa de referencia y lo hace de manera formal, únicamente permitiéndole que la persona retenida abandone el sitio donde se estaban realizando las investigaciones conducentes, sin otorgarle documento alguno que avale tal decisión.

CUARTA.-

Ambas resoluciones, ordena la libertad o consignar al presunto responsable, requieren de una actividad sistemática, jurídica y ordenada, que permitan concluir al Ministerio Público, con el auxilio de la policía investigadora ministerial y el de los demás colaboradores, que se deben tomar cualquiera de las referidas decisiones, motivo por el cual pensamos que deben ser hechas por escrito, debidamente fundamentadas en las normas legales que al efecto sean aplicables.

QUINTA.-

La libertad es uno de los bienes más preciados por el hombre, ésta se encuentra protegida por el artículo 16 Constitucional, que junto con el 14 de nuestra Máxima Ley,

estructuran la base toral de la seguridad jurídica con que debe contar todo individuo en nuestro país, por ello no entendemos que cuando a un presunto responsable no se le ha demostrado su responsabilidad penal, o se ha probado su inocencia en una indagatoria, el hecho de ordenar su libertad en una averiguación previa, sea tratado de manera tan informal y poco seria, con lo cual no se le da un respeto alguno ni al Ministerio Público, ni a los representantes legales, sean particulares o de oficio con los que debe contar toda persona que está retenida ante el representante social.

SIXTA.-

Proponemos, en consecuencia, que se instrumente un mecanismo mediante el cual, en el caso que nos ocupa, cuando de ordenar la libertad del indiciado se trate, sea por escrito, debidamente apoyado y fundamentado en nuestra Máxima Ley, así como en los Códigos de Procedimientos Penales, tanto Federales como del Fueron Común, así como en las Circulares y demás disposiciones reglamentarias, porque el hecho de concederla, implica una actividad seria y basada en el derecho y a ese esfuerzo se le debe dar la seriedad respectiva mediante el documento correspondiente por escrito.

BIBLIOGRAFIA

- ARILLA BAS, Fernando. El procedimiento Penal en México. Editorial Porrúa. México 1997. 18°. Edición.
- CASTRO, Juventino. El Ministerio Público en México. Editorial Porrúa. México 1983.
- COLÍN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Editorial Porrúa. México 1995. 15°. Edición.
- DE LA CRUZ AGÜERO, Leopoldo. Procedimiento Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México 1996. 2° Edición.
- DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa. Tomos I y II. México 1996. 3°. Edición.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa. México 1996. 7°. Edición.
- FRANCO SODI, Carlos. Procedimiento Penal. Editorial Botas. México 1956.
- FRANCO VILLA, José. El Ministerio Público en México. Editorial Porrúa. México 1985.
- GOMEZ LARA, Cipriano. Teoría General del Proceso. Editorial Harla. México 1993.
- GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. Editorial Porrúa. México 1971.
- HERNANDEZ PLIEGO, Julio A. Programa de Derecho Procesal Penal. Editorial Porrúa. México 1998. 3°. Edición.
- ISLAS, Olga y otro. El Sistema Procesal Penal en la Constitución. Editorial Porrúa. México 1979.

- MARQUEZ PIÑERO, Rafael. Diccionario Jurídico Mexicano. Editorial Porrúa. México 1996.

- OROÑOZ SANTANA, Carlos. Manual de Derecho Procesal Penal. Editorial Limusa. México 1996.

- OSORIO Y NIETO, César Augusto. La Averiguación Previa. Editorial Porrúa. México 1997. 8° Edición.

- RIVERA SILVA, Manuel. El Procedimiento Penal. Editorial Porrúa. México 1997. 26° Edición.

- ZAMORA-PIERCE, Jesús. Garantías y Proceso Penal. Editorial Porrúa. México 1994. 7° Edición.