



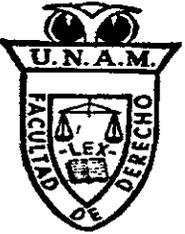
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO SEMINARIO DE DERECHO PENAL

“PROPUESTAS DE SEÑALAR TERMINO A LA INSTITUCION DEL MINISTERIO PUBLICO, CUANDO EL ORGANO JURISDICCIONAL LE NIEGA EL PEDIMENTO DE ORDEN DE APREHENSION O COMPARECENCIA, O DECRETA LA LIBERTAD EN EL TERMINO CONSTITUCIONAL CON LAS RESERVAS DE LEY”

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE: LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA: IGNACIO ALBINO SILVA



ASESOR DE TESIS: DR. PEDRO HERNANDEZ SILVA

CIUDAD UNIVERSITARIA

2001

29511A



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

TESIS CON FALLA DE ORIGEN



FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE DERECHO PENAL

UNIVERSIDAD NACIONAL

AVISO

DIRECTOR GENERAL DE LA ADMINISTRACION
ESCOLAR DE LA U.N.A.M.
P R E S E N T E.

El alumno ALBINO SILVA IGNACIO, ha elaborado en este Seminario a mi cargo y bajo la dirección del DR. PEDRO HERNANDEZ SILVA, la tesis profesional intitulada "PROPUESTAS DE SEÑALAR TERMINO A LA INSTITUCION DEL MINISTERIO PUBLICO, CUANDO EL ORGANO JURISDICCIONAL LE NIEGA EL PEDIMENTO DE ORDEN DE APREHENSION O COMPARECENCIA O DECRETA LA LIBERTAD EN EL TERMINO CONSTITUCIONAL CON LAS RESERVAS DE LEY", que presentará como trabajo recepcional para obtener el título de Licenciado en Derecho.

El profesor, DR. PEDRO HERNANDEZ SILVA, en su calidad de asesor, nos comunica que el trabajo ha sido concluido satisfactoriamente, que reúne los requisitos reglamentarios y académicos, y que lo aprueba para su presentación en exámen profesional.

Por lo anterior, comunico a usted que la tesis "PROPUESTAS DE SEÑALAR TERMINO A LA INSTITUCION DEL MINISTERIO PUBLICO, CUANDO EL ORGANO JURISDICCIONAL LE NIEGA EL PEDIMENTO DE ORDEN DE APREHENSION O COMPARECENCIA O DECRETA LA LIBERTAD EN EL TERMINO CONSTITUCIONAL CON LAS RESERVAS DE LEY" puede imprimirse, para ser sometida a la consideración del H. Jurado que ha de examinar al alumno ALBINO SILVA IGNACIO.

En la sesión del día 3 de febrero de 1998, el Consejo de Directores de Seminario acordó incluir en el oficio de aprobación la siguiente leyenda:

"El interesado deberá iniciar el trámite para su titulación dentro de los seis meses siguientes (contados de día a día) a aquél en que le sea entregado el presente oficio, en el entendido de que transcurrido dicho lapso sin haberlo hecho, caducará la autorización que ahora se le concede para someter su tesis a examen profesional, misma autorización que no podrá otorgarse nuevamente sino en el caso de que el trabajo recepcional conserve su actualidad y siempre que la oportuna iniciación del trámite para la celebración del examen haya sido impedida por circunstancia grave, todo lo cual calificará la Secretaría General de la Facultad"

ATENTAMENTE
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"
Cd. Universitaria, D. F., 25 de mayo de 2001

DR. LUIS FERNANDEZ DOBLADO,
DIRECTOR DEL SEMINARIO DE DERECHO PENAL

**A mi Universidad Nacional Autónoma de México
y su Facultad de Derecho, por ser la cuna de mi
formación profesional.**

**A mis maestros por su sabiduría y grandes
enseñanzas.**

**A mis padres con cariño y gratitud, por su apoyo
incondicional.**

**A mi esposa y a mis pequeños hijos por su
paciencia y cariño, que fortalecieron mi ser.**

**A mi asesor, Dr. Pedro Hernández Silva mi eterno
agradecimiento.**

Sobre todas las cosas, ¡Gracias Dios Mío!

ÍNDICE

“Propuestas de Señalar Término a la Institución del Ministerio Público, Cuando el Órgano Jurisdiccional le Niega el Pedimento de Orden de Aprehensión o Comparecencia o Decreta la Libertad en el Término Constitucional con las Reservas de Ley”

PROLOGO	1
INTRODUCCIÓN	2
 CAPITULO I LOS PROCEDIMIENTOS PENALES EN NUESTRA LEGISLACIÓN	
1- Proceso y Procedimiento	5
2- Averiguación Previa	7
3- Preinstrucción o Término Constitucional	25
4- Instrucción o Proceso mismo	26
5- Ejecución de Sentencia	29
 CAPITULO II LA INSTITUCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO	
1- Antecedentes históricos	35
2- La Noticia Criminosa (requisitos de procedibilidad)	63
3- Cuerpo del Delito	70
4- Presunta responsabilidad	77
5- Determinaciones del Ministerio Público	82

CAPITULO III
EL ÓRGANO JURISDICCIONAL

1- Auto de Radicación	101
2- Pedimentos que realiza el Ministerio Público al órgano Jurisdiccional (aprehensión, cateos, aseguramiento etc.)	104
3- Pruebas dentro del Término Constitucional	117
4- Resoluciones que dicta el Órgano Jurisdiccional	129

CAPITULO IV

Propuestas de Señalar Término a la Institución del Ministerio Público, Para Ofrecer Pruebas, Cuando el Órgano Jurisdiccional le Niega el Pedimento de Orden de Aprehensión o Comparecencia o Decreta la Libertad en el Término Constitucional con las Reservas de Ley.

1- Garantías Constitucionales y Procesales del Sujeto Activo dentro del Procedimiento Penal.	143
2- El Artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal antes de la reforma del 17 de septiembre de 1999.	148
3- Proyecto legislativo de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para llevar a cabo la modificación al ordenamiento antes señalado.	154
4- Crítica a la mencionada reforma procesal.	157
5- Propuesta de señalar un término a la institución del Ministerio Público para que le acredite al Órgano Jurisdiccional el Cuerpo del Delito y la Presunta Responsabilidad, a efecto de que este pueda resolver favorablemente los pedimentos de aquel.	162
CONCLUSIONES.	170
BIBLIOGRAFÍA.	173

PROLOGO

Quien escribe plasmando ideas para que alguien las lea, tiene la obligación de hacerlo correctamente, pero quien escribe con él deber de cumplir con el compromiso académico de ofrecer un trabajo como tesis, como es mi caso, lo hago esperando la indulgencia de mis lectores, pero eso si, ofreciendo que cada día habré de corregirlo para conseguir el objetivo de mi ensayo.

El tema de mi tesis es producto de las reflexiones que he tenido sobre las diferentes materias que curse a lo largo de mi preparación universitaria, siendo para mí, la más apasionada la del Derecho Penal, ya que en ella se tratan innumerables valores y los más fundamentales e importantes del ser humano, tales como la vida, la libertad, la seguridad, el honor etc., sin embargo y muy en especial mi mayor inclinación fue por el Derecho Del Procedimiento Penal, ello, por considerarlo indispensable para conseguir una mejor justicia penal en nuestro país y, precisamente tocando en mi concepto los puntos que buscan seguridad jurídica a los integrantes de la sociedad, ya que, es en sí la seguridad jurídica la que trae la paz y el orden social. Es por ello, que el tema que pretendo desarrollar lo he denominado “..Propuestas de Señalar Término a la Institución del Ministerio Público, Cuando el Órgano Jurisdiccional le Niega el Pedimento de Orden de Apreensión o Comparecencia o Decreta la Libertad en el Término Constitucional con las Reservas de Ley..”, es oportuno aclarar, que el “Término” a proponer, y que refiero en mi tema de tesis, es para que el órgano investigador ofrezca pruebas, en razón de la negativa de dicho Órgano.

Este pequeño trabajo, no pretende agotar dicho tema, ni ser resolutivo de los problemas que en él se plantean, sino, tan solo ser un indicador de posibles soluciones, proponiendo de forma enunciativa y no exhaustiva, debido a la poca experiencia que en ello se tiene, sin embargo, como estudiosos del derecho y partícipes de un estado de legalidad debemos atender a las necesidades que de éste emanen.

INTRODUCCIÓN

Si hacemos un breve recorrido histórico veremos que durante muchos siglos (o milenios) la humanidad, integrada en ese entonces mayormente por grupos humanos reducidos (familias, tribus) se manejó exclusivamente sobre la base de la costumbre. Ello implicaba una gran estabilidad de las normas que se consolidaban a través de la reiteración de los actos sociales considerados negativos y, consecuentemente, susceptibles de sanción.

La interrelación frecuente entre distintas comunidades, el crecimiento de su población y la diversificación de las actividades de cada comunidad, hizo necesaria la aparición de determinadas personas que debían discriminar qué actos consuetudinarios eran susceptibles de sanción, y así aparecen los jueces. y la jurisprudencia.

Luego, mucho más adelante, la aparición de comunidades agrícola-ganaderas agrupadas bajo el mando de reyes, emperadores o autoridades similares, con una organización social y económica mucho más compleja hace que aparezca la legislación, primero en forma rudimentaria, muy próxima a los enunciados de las sentencias judiciales y siglos después, la actividad de los juristas, que formulan la doctrina, se dedican a la enseñanza, el análisis y la sistematización del derecho.

Pues bien, el orden jurídico positivo no es algo quieto y estático, al contrario, una de sus principales peculiaridades es su constante modificación, renovación y perfección, tomando como punto de apoyo y soporte la también persistente variación y transformación de la organización social que constituye su pilar sociológico.

Porque, es de establecerse, que la vigencia de un orden jurídico se fundamenta en su efectividad, y más aún en su facticidad; y esto es muy importante, porque un orden jurídico vigente podrá ser muy justo, pero no factible.

Ahora bien, debemos tener en claro que cuanto más complejo es un sistema, tanto más resulta imposible su conducción consciente. Pero esto también quiere decir que cuanto más complejo es un sistema, tanto más posible es una decisión fallida.

Todos los días observamos que legisladores y funcionarios se encuentran frente a la posibilidad que sus decisiones, cuya intención fue establecer un mejor equilibrio social, de hecho conduzcan a salvajes e imprevisibles fluctuaciones posiblemente con consecuencias bastante nefastas.

El tema a desarrollar surge del interés de diversas reformas legales que lejos de ser benéficas y prácticas para la sociedad son problemáticas y confusas para ésta; el presente trabajo tratará de mostrar la problemática existente en la determinación de la autoridad jurisdiccional en la negativa del obsequio en la orden de aprehensión o de comparecencia, ó el decreto de la libertad en el término constitucional, cuya consecuencia inevitable es la existencia de inseguridad jurídica e incertidumbre en el inculpado en un delito, que siendo o no culpable se encontrará constreñido a una pena en detrimento de su vivir cotidiano; por lo cual se propondrá una reforma, señalando en esta un término al Ministerio Público en dicho supuesto.

Para el desarrollo del tema en comento se explicará de forma general lo que es el proceso penal, cuáles son las etapas de las que se forma, y cuáles son las consecuencias y resultados finales del proceso penal, de igual forma, identificar las garantías que el proceso penal retoma para cumplir con su objetivo, que es el de impartir justicia, garantizar la observancia y aplicación de las leyes y normas que rigen a la sociedad en general, y como punto medular la propuesta de un término, que como consecuencia, de tranquilidad al sujeto pasivo y seguridad jurídica al inculpado en un delito.

Haremos referencia a los procedimientos penales que existen en nuestra legislación, hablaremos de lo que es el proceso y procedimiento comentando la

diferencia entre estos; abordaremos de forma especial el tema de la averiguación previa ya que es pieza fundamental y pilar del proceso penal, la preinstrucción, la instrucción y ejecución de sentencia.

Así también dada la importancia que ésta representa, estudiaremos de forma breve a la institución del Ministerio Público antecedentes y evolución en diversos países, así como, en nuestro sistema jurídico mexicano; hablaremos de los requisitos de procedibilidad para iniciar una averiguación y efectuar los pedimentos ante el órgano jurisdiccional; el cuerpo del delito tema por demás importante en las decisiones ministerial y jurisdiccional; la presunta responsabilidad requisito necesario en el proceder del ministerio público que arrojará como consecuencia una determinación del órgano investigador.

Estudiaremos al órgano jurisdiccional, comentando lo referente al Auto de Radicación, cabeza del proceso, así como los Pedimentos que realiza el Ministerio Público al Órgano Jurisdiccional como son, la aprehensión, los cateos, el aseguramiento etc.; Analizaremos las Pruebas y su valor, así como, la carga de estas dentro del Término Constitucional y las Resoluciones que dicta dicho Órgano.

Finalmente, se analizarán las Garantías Constitucionales y Procesales del Sujeto Activo dentro del Procedimiento Penal; se comentará el Artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal antes de la reforma del 17 de septiembre de 1999, y el Proyecto legislativo de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para llevar a cabo la modificación a dicho ordenamiento; se realizará una crítica a la mencionada reforma procesal, y como punto medular del trabajo, la Propuesta de señalar un término a la institución del Ministerio Público para que le acredite al Órgano Jurisdiccional el Cuerpo del Delito y la Presunta Responsabilidad, a efecto de este pueda resolver favorablemente los pedimentos de aquel.

CAPITULO I

LOS PROCEDIMIENTOS PENALES EN NUESTRA LEGISLACIÓN

1.- PROCESO Y PROCEDIMIENTO.

En principio debemos hacer mención de lo importante que es identificar y señalar a cada cosa por su nombre para que en estas exista congruencia y correspondencia en cuanto al contenido, dando como resultado un claro y puntual entendimiento de las mismas.

En el desarrollo de nuestro tema, es necesario definir lo que se entiende por proceso y procedimiento, ya que dichas expresiones son de uso necesario y cotidiano en el lenguaje jurídico de nuestra ciencia procesal, ahora bien, en principio podemos decir que el proceso es el continente y el procedimiento el contenido.

“..La distinción entre los conceptos de proceso y Procedimiento, no es precisamente una diferenciación que pueda considerarse bizantina, según lo ha expresado cierto autor de derecho procesal..”.¹

“..Los términos proceso y procedimiento se emplean con frecuencia, incluso por procesalistas eminentes, como sinónimos o intercambiables. Conviene sin embargo, evitar la confusión entre ellos, porque si bien todo proceso requiere para su desarrollo un procedimiento, no todo procedimiento es un proceso... El proceso se caracteriza por su finalidad jurisdiccional compositiva del litigio, mientras que el procedimiento...se reduce a ser una coordinación de actos en marcha, relacionados o ligados entre sí por la unidad del efecto jurídico final, que puede ser el de un proceso o el de una fase o fragmento suyo...Ambos conceptos coinciden en su carácter dinámico, reflejado en su común etimología, de *procedere*, avanzar, pero el proceso, además de procedimiento como forma de exteriorizarse,

¹ Rivera, Silva Manuel El Procedimiento Penal, Citado Por Alcalá-Zamora En Proceso, Autocomposición Y Autodefensa, P. 115

comprende los nexos, que entre sus sujetos es decir, las partes y el juez se establecen durante la sustanciación del juicio..”²

Hernández Pliego. Define al *Proceso* de la siguiente manera: “..El proceso palabra que se recoge del derecho canónico y deriva de *procedere*, avanzar caminar hacia delante además, solo puede presidirse por un miembro del poder judicial...el titular del procedimiento, en cambio, puede serlo un órgano del ejecutivo o del poder legislativo, como ocurre, verbigracia, con el Ministerio Público, que dependiendo del ejecutivo, es el que preside el procedimiento..” así mismo señala que el “..Procedimiento y proceso, se diferencian esencialmente en cuanto a su finalidad. El primero, se integra con una serie de actos ordenados y encaminados hacia un objetivo, ...no necesariamente habrá de ser, como en el proceso, la resolución jurisdiccional de un conflicto de intereses, sometido al conocimiento de la autoridad judicial..”³

“..El proceso es, pues, un conjunto de procedimientos, entendidos éstos, como un conjunto de formas o maneras de actuar. Por lo anterior, la palabra procedimiento en el campo jurídico, no puede ni debe ser utilizada como sinónimo de proceso. El procedimiento se refiere a al forma de actuar y, en este sentido, hay muchos y variados procedimientos jurídicos; por ejemplo, los procedimientos administrativos, notariales, registrales, etc.,...”⁴

Ahora bien, en cuanto al *Procedimiento* se refiere, Eduardo Pallares lo define como “..el modo como va desenvolviéndose el proceso, los trámites a que se está sujeto, la manera de sustanciarlo, que pueden ser ordinaria o sumaria, sumarísima, breve o dilatada, escrita o verbal, con una o varias instancias, con periodo de prueba o sin él, y así sucesivamente..”

² Alcalá-Zamora, Y Castillo, Niceto. *Proceso, Autocomposición Y Autodefensa* Pag.115-116

³ Hernández, Pliego Julio A. *Programa De Derecho Procesal Penal. Segunda Edición.* Edit. Porrúa, S.A. México, 1997, Pág. 7

⁴ Cipriano, Gómez Lara. *Teoría General Del Proceso.* Novena Edición Edit. Harla, México, 1996, Pág. 218.

Dado lo anterior podemos decir que el procedimiento se encuentra dentro del proceso como un eslabón más de varios procedimientos cuya secuencia forman una cadena que nos encaminan a construir y en su caso concluir un proceso a través de una resolución jurisdiccional resultado de un conflicto de intereses; el procedimiento no es sino las formas o pasos ordenados de actuar dentro del proceso que es un todo, encaminados hacia un objetivo, con una finalidad y no necesariamente será una resolución jurisdiccional cuya característica es esencial del proceso penal.

1.- LA AVERIGUACIÓN PREVIA

El Maestro Pedro Hernández Silva en una de sus tan interesantes cátedras del Procedimiento Penal nos enseñó, entre otras cosas, que para entender dicho procedimiento era importante dividir el estudio en tres grandes partes:

La primera, denominada Averiguación Previa o Preparación de la Acción Procesal Penal, la cual se inicia con la noticia criminosa que le llega al Ministerio Público al través de los institutos de la denuncia o querrela, en la que el Ministerio Público cuando reúna los elementos necesarios para ejercitar la Acción Procesal Penal determinará, según corresponda, una consignación sin detenido o con detenido;

La segunda parte del Procedimiento Penal es la Preparación del Proceso o llamado Término Constitucional, conforme lo establece el artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, esta segunda parte se inicia con el Auto de Radicación que dicta el Órgano Jurisdiccional; Si es la consignación sin detenido, en este auto el Órgano Jurisdiccional ordena se estudie el expediente para ver si se encuentran acreditados los elementos que permitan obsequiar la orden de aprehensión o comparecencia por parte del propio Órgano Jurisdiccional; Cuando la consignación es con detenido en ese auto de radicación el Órgano Jurisdiccional ordena se radique la causa, de la intervención al Ministerio Público, se le tome la declaración preparatoria, se le hagan saber al indiciado sus garantías, se le indique el derecho de solicitar su libertad provisional

(si es procedente) informándole su forma de obtenerla, ordena se realicen todas y cada una de las diligencias necesarias para esclarecer los hechos, y por último se resuelva la situación jurídica del indiciado. Si fuera el caso y se hubiese decretado auto de formal prisión o de sujeción a proceso, con ello, se inicia la tercera etapa llamada Instrucción o Proceso que es donde habrán de valorarse todas las pruebas de las partes a efecto de que el Órgano Jurisdiccional conozca la verdad histórica de los hechos y pueda en su oportunidad dictar la sentencia que corresponda.

Todo lo anterior parece muy sencillo, pero a continuación habremos de referirnos a estas tres partes del procedimiento penal, entendiendo que ya desde la segunda parte tenemos la presencia de la trilogía procesal, compuesta por el Órgano de Acusación que es el Ministerio Público, el Órgano de Defensa siendo este el defensor, y sobre los dos el Órgano Jurisdiccional que será el que finalmente habrá de decidir.

Los fundamentos del Procedimiento Penal los vamos a encontrar en primer lugar en nuestra Carta Magna en los artículos que de forma posterior transcribiremos para mejor conocimiento, como son, el artículo 21° estableciendo que la investigación de los delitos corresponde a la institución del Ministerio Público, la declaración de los delitos al Órgano Jurisdiccional, y las sanciones y faltas administrativas de policía y buen gobierno al poder Ejecutivo, así mismo, el artículo 19° señala que nadie puede estar privado de su libertad por más de 72 horas sin que se señale el motivo y delitos por el que se origino su privación, es conveniente transcribir estos dos preceptos para enseguida hacer sus comentarios.

El Artículo 21° dispone:

“Artículo 21. 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. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por 36 horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de 36 horas. Si el infractor fuese jornalero, obrero o trabajador, no podrá ser sancionado con multa mayor del importe de su jornal o salario de un día.

Tratándose de trabajadores no asalariados, la multa no excederá del equivalente a un día de su ingreso.

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

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

La Federación, el Distrito Federal, los estados y los municipios, se coordinarán en los términos que la ley señale para establecer un sistema nacional de seguridad pública.”⁵

Este precepto constitucional reserva la imposición de las penas a las autoridades judiciales, y permite a las autoridades consideradas como administrativa imponer solo arrestos hasta por 36 horas, o en ciertos casos multas que se conmutan por los referidos arrestos, siempre y cuando se trate de infracciones a los reglamentos de policía y buen gobierno. Así mismo, establece la impugnación jurisdiccional por

⁵ Delgado, Moya Ruben Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos, Comentada Décima Edición. Edit. Sista, México 2000

determinaciones del *no ejercicio de la acción penal* lo cual ha sido motivo de discusión y comentarios de múltiples y variados juristas. Este precepto también, da la seguridad de que los delitos sean investigados y sancionados por órganos gubernativos, sin intervención del sujeto pasivo, pues por aplicación de la concepción jurídica que considera al delito como una alteración del orden jurídico social, independientemente del daño resentido por dicho sujeto pasivo, atribuye la persecución del delincuente exclusivamente al Ministerio Público, que es a quien incumbe la representación y la defensa de los intereses de la sociedad; y además, mantiene a los tribunales en una actuación imparcial, ya que los limita a la imposición de las penas, con exclusión de cualquiera otra autoridad, naturalmente mediante la institución del respectivo proceso para definir la verdad de los hechos; todo lo cual prácticamente significa que los tribunales no deben participar en el ejercicio de la acción penal sino limitarse a la substanciación y tramitación, con arreglo a la ley, de las promociones respectivas y a dictar la sentencia que proceda.

Es notable de dicho precepto, el señalar que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, en este sentido el maestro Hernández Silva hace una atinada aclaración, cuestionando al respecto, “...¿por qué el término *perseguir* a los delitos, si los delitos no son perros o gatos para perseguirlos?..; lo que quiso decir el legislador es *la investigación de los delitos incumbe al Ministerio Público*, solo que los legisladores no eran juristas penalistas y por esto no usaron la palabra correcta, por ello, debemos entender que es *la investigación de los delitos* y no la persecución..”⁶.

Esta crítica es, a nuestro parecer atinada, y en todo caso, la persecución se da en contra de los que cometen las conductas delictivas, esto es *la persecución de los delincuentes*.

⁶ Hernández, Silva .Pedro Apuntes De La Cátedra De Derecho Procesal Penal. UNAM 2000

“..Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de 72 horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.

Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o de la solicitud de prórroga, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.

Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a procesos. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

Todo maltratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades..”⁷

La redacción del párrafo primero se presenta más técnica y clara que en el texto anterior a la reforma, en lo que respecta al término; la autoridad judicial para

⁷ Deigado, Moya Rubén. Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos, Comentada Décima Edición. Edit. Sista, México 2000

determinar sobre la situación jurídica del indiciado sin que se justifique con auto de formal prisión..., el texto anterior señalaba que: “..ninguna detección ante autoridad judicial podría exceder de tres días..” , y actualmente señala que será de setenta y dos horas, con ello, pudiendo determinar dicho término con una mayor precisión sin dar lugar a interpretaciones o consideraciones dudosas, y en dicha reforma se contemplan más requisitos para la detención judicial.

Por mandato constitucional la Averiguación Previa, ó también llamada Preparación de la Acción Penal corresponde a la Institución del Ministerio Público, en ello, debemos tener cuidado de no confundir la Acción Penal con la Acción Procesal Penal, ya que en cada una nos referimos a situaciones diferentes y nos ubican en momentos distintos, dicho lo anterior, es importante señalar que se debe entender por una y otra.

“..Podemos decir en términos generales, que cuando hablamos de *Acción Penal*, nos referimos a la facultad que tiene el Estado a través del Ministerio Público para solicitar una pena por un delito que se ha cometido, por ello, el Ministerio Público materializa esa facultad hasta el momento de formular conclusiones, cuando estas son acusatorias, antes lo que tiene es *Acción Procesal Penal*... En cuanto a la *Acción Procesal* se refiere, podemos anotar que, es la facultad que tiene el Estado a través del Ministerio Público, de excitar al Órgano Jurisdiccional para que declare el derecho; el derecho y la facultad siempre habrá de tenerla, en cambio la acción penal solo la tendrá al momento que se prueba que se cometió el delito y la ejercita al formular conclusiones..”⁸

En lo que corresponde a la preparación del ejercicio de la acción penal, esta se desarrolla en la Averiguación Previa, sin olvidar que la base legal y fundamental del procedimiento penal se encuentra en ésta, etapa procedimental en la que el Estado por conducto del Procurador y de los agentes del Ministerio Público lleva al

⁸ Hernandez, Silva Pedro. Apuntes De La Cátedra De Derecho Procesal Penal UNAM 2000

cabo las diligencias necesarias que le permitan estar en la postura legal de ejercitar la acción penal, por lo que deben existir los suficientes datos que comprueben el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

Esta etapa es regulada por los siguientes artículos: Artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 1º., fracción I, 2º. Del código de Procedimientos penales y demás relativos, en materia federal; 2º., 3º., fracción I, 94 y siguientes, relacionados, del Código de Procedimientos Penales Para el Distrito Federal.

Es importante señalar el control constitucional existente en cuanto al tiempo del que dispone el Ministerio Público para llevar al cabo la averiguación previa; El artículo 16 constitucional en su texto dispone que “..Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada ..” Lo mismo se encuentra contemplado en los Códigos de Procedimientos Penales, Federal y para el Distrito Federal. (Arts. 194 bis y 268 bis respectivamente), así mismo, es de señalar el control existente a cargo de los agentes del Ministerio Público, para los delitos flagrantes y casos de urgencia, casos en los cuales si hay persona detenida no deberá consentirse la retención por más de 48 horas, por lo que este término al fenecer, se ordenará la libertad o la consignación ante el Juez, aun que dicho plazo según el Código Federal de Procedimientos Penales en el artículo 194-bis señala que podrá duplicarse; esto es, únicamente en los casos de delincuencia organizada, los delitos que para esos efectos se señalan en el Código Penal, vigente, para el Distrito Federal en materia del fuero común, y para toda la República en materia del fuero Federal. Todo lo anterior es justificable dado que en el recorrer de la Averiguación se pueden presentar complejidades que requieran mayor tiempo y atención; bien es cierto que, con un amplio margen de tiempo es posible recabar una mejor y completa información, así como las probanzas y datos necesarios que conformen el cuerpo

del delito y se haga presunta la responsabilidad del indiciado para lograr finalmente un justa determinación por parte del Ministerio Público.

“Artículo 16. 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 de procedimiento.

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

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

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

Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder. En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de 48 horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como *delincuencia organizada*. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o, en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

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

La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles

indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.

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

En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente..”⁹

La garantía de legalidad establecida en este precepto, salvaguarda a toda persona física o moral de cualquier acto de autoridad que pretenda la más mínima de las violaciones a las garantías que consagra nuestra Carta magna, por lo que podemos considerarla como la garantía de las demás garantías. Colín Sánchez hace el siguiente comentario apuntando que “..para la válida promoción de la acción penal, deberán darse los siguientes requisitos: La comisión u omisión de un hecho, reputado en la ley como delito; 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 términos anteriores a la reforma constitucional del 3 de septiembre de 1993, que lo dicho por el denunciante o querellante, este apoyado por declaración de persona digna de fe y de crédito o por otros elementos de prueba que hagan presumir la responsabilidad del inculpado..”¹⁰

⁹ Delgado, Moya Rubén. Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos, Comentada Décima Edición Edit. Sista, México 2000.

¹⁰ Colín, Sánchez Guillermo. Derecho Mexicano De Procedimientos Penales. Decimoséptima Edición. Edit Porrúa, S.A. México, 1998 Pág. 314.

En lo que respecta a su fundamento legal, el Código Federal de Procedimientos Penales establece:

“..ARTICULO 1º.- El presente Código comprende los siguientes procedimientos:

I. El de averiguación previa a la consignación a los tribunales, que establece las diligencias legalmente necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita o no la acción penal;

II. El de preinstrucción, en que se realizan las actuaciones para determinar los hechos materia del proceso, la clasificación de éstos conforme al tipo penal aplicable y la probable responsabilidad del inculpado, o bien, en su caso, la libertad de éste por falta de elementos para procesar;

III. El de instrucción, que abarca las diligencias practicadas ante y por los tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiares del inculpado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de éste;

IV. El de primera instancia, durante el cual el Ministerio Público precisa su pretensión y el procesado su defensa ante el Tribunal, y éste valora las pruebas y pronuncia sentencia definitiva;

V. El de segunda instancia ante el tribunal de apelación, en que se efectúan las diligencias y actos tendientes a resolver los recursos;

VI. El de ejecución, que comprende desde el momento en que cause ejecutoria la sentencia de los tribunales hasta la extinción...”¹¹

¹¹ García, Ramírez Efraín. Legislación Penal Procesal. Código Federal De Procedimientos Penales. Revisión, Decima Edición. Edt. Sista, México 2000.

En atención al desarrollo del primero de nuestros procedimientos penales, es conveniente ocuparse de delimitar la facultad que por disposición constitucional debe desarrollar el Ministerio público y que convencionalmente se ha denominado averiguar. La interpretación de esta palabra debe de ser desde el punto de vista jurídico, si no, ésta pudiese carecer de sentido para el desarrollo de nuestro trabajo. La propia Constitución introducía (hasta antes de la reforma del 93) dicho término en el párrafo primero del artículo 19º, agregando el adjetivo calificativo de “Previa”, y (hasta la fecha) sigue utilizando el verbo que denota la actividad cuando en su segundo párrafo expresa “..si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada..”. Ahora bien, dicho ordenamiento presenta términos que son de manera, un tanto equívocos o ambiguos, ello cuando se establece que “....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..” ideas que reafirma en el texto del párrafo 2º del artículo 102 que señala “..incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución ante los Tribunales, de todos los delitos del orden federal; y por lo mismo a él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculcados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos....”.

Ahora bien, que podemos entender por *perseguir delitos*, para buscar su significado antes de recurrir a su connotación lógica, es preferible, recurrir al Diario de Debates de los Constituyentes de 1916-1917, en que se plasmaron y quedaron asentadas en las actas respectivas, las ideas y opiniones de aquellos, en relación, a cada texto constitucional. Tomando como referencia los textos de los párrafos 27,28,29 y 30 del mensaje de Venustiano Carranza, cuyas ideas quedaron plasmadas en los artículos 21 y 102 constitucionales “..la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, quien tendrá bajo su mando a la Policía Judicial, siendo aquel el obligado a *buscar y presentar* las pruebas que acrediten la responsabilidad de los delinquentes Es así como se expresa en el párrafo 30 del citado mensaje: “..la misma organización del Ministerio Público, a la vez evitará

ese sistema procesal tan vicioso, restituyendo a los jueces toda la dignidad y toda la respetabilidad de la magistratura, dará al Ministerio Público toda la importancia que le corresponde, dejando exclusivamente a su cargo *la persecución de los delitos, la búsqueda de los elementos de convicción* que ya no se hará por procedimientos atentatorios y reprobados, y la aprehensión de los delincuentes..”¹²

En relación, a esas ideas el constituyente José Natividad Macias expresaba: “..y el Poder Judicial se considera facultado no solo para imponer la pena, para decidir en el caso concreto sujeto a su conocimiento, sino que se considera con facultades para perseguir el mismo Poder judicial, a los delincuentes, y por ese entonces se estableció la policía judicial, es decir, los agentes que no eran jueces, sino empleados que estaban a su servicio para buscar las pruebas, (*para averiguar*) los detalles con los cuales se había cometido el delito..” Vino después en México la institución del Ministerio Público; “..Y el Ministerio Público no es más que un órgano del poder administrativo, es decir, del Ejecutivo. Por eso tiene ustedes que en todos los países en que existen instituciones libres, es decir, donde está dividido el poder en tres ramas, el Ejecutivo acusa en nombre de la nación de que se trate.... La policía judicial la forman los agentes que el Ministerio Público tiene a su disposición para ir a *averiguar* (*idem*) donde se cometió el delito, que personas pudieron presenciarlo, etcétera...a que horas apareció el cadáver, que personas pudieron presenciar el hecho, tomar todos los datos conducentes para aclarar la averiguación, y de esa averiguación puede resultar: Pues ese delito lo cometió una persona que tenía tales y cuales señas; Se llega a conocer el nombre del asesino y el lugar en que se oculta; Da cuenta inmediatamente, y el Ministerio Público presenta la acusación ante el Juez, diciendo: Tal día, a tal hora, se cometió un delito de tal clase y el cual consiste en esto; el policía judicial fulano de tal; Ha tomado todos los principales datos; vengo,

¹² Diario De Los Debates. 1916-1917 Párr. 27-30.

pues, a acusar a don fulano de tal, bajo protesta de que es cierto el hecho que se le atribuye, y el cual se encuentra escondido en tal parte..”¹³

Ahora bien, si entendemos que por *perseguir* delitos los constituyentes quisieron darnos a entender que incumbía al Ministerio Público, y a la Policía Judicial la investigación de los delitos, es necesario ahora buscar la relación que pueda existir entre una actividad eminentemente policiaca como es la de investigar y el sentido de la palabra averiguar, para determinar la actividad que materialmente debe desarrollar éste.

Averiguar, como muchas de las palabras que lleva el prefijo latino *a*, significa tender, ir, caminar hacia algo, conducirse hacia determinado lugar, en este caso hacia la verdad. Esto es, que el Ministerio público debe ir en busca de la verdad desconocida, la “verdad histórica”, para dejar que el juez posteriormente, verifique lo conocido y afirmado, esto es, que lo que aquel afirme ante el juez ya debe estar averiguado antes y así figurar en su “pedimento”, en cuanto al hecho delictuoso en sí, dejando como probable única y exclusivamente la responsabilidad del autor. Desde luego que si por investigar entendemos la búsqueda técnica sistemática y científica de pruebas o elementos que nos lleven a la demostración de que se ha cometido un hecho, evento o suceso descrito, prohibido y sancionado por la ley como delito, así como, de la autoría y de la responsabilidad de su autor, podríamos entonces, de forma válida inferir de acuerdo a dichos términos constitucionales; *persecución* y *averiguación*, que los constituyentes usaron este último término y de ahí lo desarrollaron los códigos de procedimientos penales, en el sentido de presentar ya, dicho material recolectado (pruebas) a los Tribunales (artículo 102 constitucional).

Desde luego que prueba no es averiguar, como tampoco averiguar es verificar. Es el Ministerio público el que averigua como trámite previo a la prueba, es esa tarea

¹³ *Los Derechos Del Pueblo Mexicano*. Tomo IV. Edit Manuel Porrúa, S A México, 1978, Págs 293-295

averiguadora de la acusación la base misma de la prueba; Es el Ministerio Público el que lleva las fuentes, como elementos probatorios, al través de los medios como la documental, la testimonial, etc, al proceso para lograr la tarea verificadora del juzgador. De tal manera, que es el Juez, por su parte, quien verifica (a través de esos medios) algo que se dio en la realidad eso es, los hechos, sobre cuya existencia se hace la afirmación por el órgano persecutor, es decir, que comprueba que las afirmaciones del Ministerio Público coinciden con la realidad. Podemos decir, que cuando el Ministerio Publico afirma es por que ha averiguado lo que ha ocurrido y lo lleva ha una convicción propia.

La Averiguación Previa en el Procedimiento Penal Mexicano, como ya señalamos en líneas anteriores, es la primera etapa que se inicia una vez que el Ministerio Público tiene conocimiento de un hecho delictivo, presentado ya sea en forma de denuncia o querrela, por lo que el Ministerio Público en su calidad de investigador reunirá todos los elementos que estime necesarios para determinar la indagatoria respectiva; en el caso de que exista responsabilidad penal por parte del sujeto activo, se ejercitará acción penal ante el Órgano Jurisdiccional competente, solicitándose la aplicación de la ley al caso concreto; en caso de no hacerlo, se propondrá, el no ejercicio de la acción penal, solicitándose sea archivada en forma definitiva; Pero, también se podrá proponer el acuerdo de reserva en espera de que aporten mayores elementos para la debida integración de la indagatoria que se investiga, pero hagamos una reflexión, la cual, atenderemos particularmente en un capítulo posterior, ¿cuánto tiempo se debe esperar para que se aporten mayores elementos, que a consideración del Juez se requieren para poder determinar con certeza y justicia la situación del indiciado?.

Ahora bien, enseguida daremos las definiciones que algunos autores han aportado a la doctrina del derecho penal en lo que respecta a la Averiguación Previa, iniciando por los conceptos etimológicos.

Averiguar: “..Acción y efecto de averiguar (del latín *ad*, *a*, y *verificare*: *deverum*, verdadero y *facere*: hacer). Indagar la verdad hasta conseguir descubrirla. El vocablo es utilizado, en su forma más general y originaria, con referencia a la esfera procesal...La Averiguación comprende por consiguiente, todas las actuaciones necesarias para el descubrimiento de la verdad material, de la verdad histórica..”¹⁴

El siguiente autor señala: “..Averiguar (Significa) inquirir la verdad cuidadosamente. //Informarse// tratar de descubrir la comisión de un delito y quienes sean sus responsables..”¹⁵

El Maestro Guillermo Colín Sánchez apunta que: “..la preparación del ejercicio de la acción penal se realiza en la *Averiguación previa*, etapa procedimental en la que el Ministerio público, en ejercicio de la facultad de policía judicial, practica todas las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar la acción penal, debiendo integrar, para esos fines, el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad..”¹⁶

Aquí el autor hace mención de la policía Judicial refiriéndose al Ministerio Público quien realiza las funciones de investigación; pero debemos recordar lo plasmado en nuestra Carta Magna, de que la Policía Judicial solamente es auxiliar del ministerio Público, no es autónoma con decisiones propias, sino, dependiente y actuante por instrucciones y mando del Ministerio Público.

Leopoldo de la Cruz Agüero señala: “..la *Averiguación Previa* viene a ser la *piedra angular* de ese edificio tan aparentemente bien construido denominado Procedimiento Penal, puesto que con ella el Ministerio Publico debe plasmar las

¹⁴ Instituto De Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. Décimo Cuarta Edición Edit. Porrúa. México, 2000, Pág. 229

¹⁵ Cabanelas, Guillermo Diccionario Enciclopédico De Derecho Usual, Tomo Ia Y B, 20ª Edición. Edit. Heliastra, Buenos Aires Argentina, 1986, Pág. 432.

¹⁶ Colín, Sánchez Guillermo. Derecho Mexicano De Procedimientos Penales. Decimoséptima Edición. Edit. Porrúa, S.A México, 1998, Pág. 311

bases sobre las que se fincará la jurisdicción del Juez, cuyos elementos fundamentales son la comprobación del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del acusado, bajo pena de nulidad del procedimiento y libertad del inculcado si falta uno de ellos..”¹⁷

Para el siguiente autor la Averiguación Previa: “..Empieza en el momento de que la Policía Judicial o el Ministerio Público tiene conocimiento de la comisión de un delito, ya sea por denuncia, por acusación o por querrela, por que el desempeño de sus funciones descubra la comisión de un delito de aquellos que sean perseguidos de oficio, y, cuya Averiguación habrá de contener los elementos para la comprobación del cuerpo del delito, la expresión y descripción de armas, de los objetos o de los instrumentos del delito y las declaraciones indagatorias que se reciben para el esclarecimiento de la verdad y determinar la presunta responsabilidad del sospechoso..”¹⁸

Marco Antonio Díaz De León: Afirma que “..por averiguación previa 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 los tribunales, llamada también fase preprocesal, que tiene por objeto investigar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculcado, para que el Ministerio Público se encuentre en condiciones de resolver si ejercita o no la acción penal..”.

Es una etapa procedimental que no forma parte del proceso penal, pues antecede a la consignación efectuada al Órgano Jurisdiccional, llamada por algunos autores fase preprocesal que tiene por objeto comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de indiciado para que el Ministerio Público se encuentre en

¹⁷ De La Cruz, Aguero Leopoldo Procedimiento Penal Mexicano. Tercera Edición Edit. Porrúa, S.A. México, 1998, Pág. 96.

¹⁸ Pérez, Palma Rafael. Fundamentos Constitucionales Del Procedimiento Penal Primera Edición, Edit Cárdenas Editores. México 1974, Pág 253

condiciones de resolver si ejercita o no la acción penal. No forma parte del proceso penal en virtud de que equivale al cúmulo de actos que le corresponde realizar al Ministerio Público durante su función investigadora del delito. Otros autores la consideran como un procedimiento que se desarrolla antes del proceso penal, con la finalidad de que la autoridad investigadora prepare el ejercicio de la acción penal en contra del presunto sujeto activo del delito.

Cesar Augusto Osorio Y Nieto puntualiza que: “..La Averiguación Previa puede definirse como la fase del procedimiento penal, durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal..”

El siguiente autor, expresa a la Averiguación Previa como un medio de prueba “..La acción penal nace del delito, pero el delito se comete sin preparar las pruebas sobre su existencia y la participación de las personas en el delito. Aun más, es correcta la afirmación de que cometido el delito, el autor o copartícipes buscan alterar la prueba. Lo anterior provoca en los legisladores la existencia de un periodo que debemos llamar prejudicial, que tiende ha encontrar un mínimo de pruebas que permitan el ejercicio de la acción penal...(tuego entonces, el mismo autor agrega)... la Averiguación Previa con miras al fin específico del proceso (determina la Verdad histórica), se conforma con dejar comprobado plenamente el Cuerpo del Delito y aportar indicios para presumir fundamentalmente que el acusado es probable responsable de la acción u omisión ilícita que originó el ejercicio de la acción penal..”¹⁹

Ahora bien y dado lo anterior podemos definir la Averiguación Previa como aquel procedimiento penal (no proceso) en la que el órgano investigador con el auxilio de la policía judicial practica todas las diligencias necesarias para formar el cuerpo

¹⁹ Borja, Osorno Guillermo. Derecho Procesal Penal, Editorial José María Cajica. Puebla 1969, Págs 82 Y 323.

del delito, aportando los elementos que presuman la responsabilidad del indiciado dejando en aptitud al Ministerio Público de determinar el ejercicio o no de la acción penal en contra del indiciado, dependiendo de los elementos que se obtengan de las diligencias practicadas.

2.- PREINSTRUCCIÓN O TÉRMINO CONSTITUCIONAL

Como segunda etapa, dicho procedimiento, tiene diversas denominaciones que varios autores o juristas le han atribuido, así pueden llamarle Periodo Preprocesal, Preinstrucción, Término Constitucional o Preparación del Proceso, si embargo, ello no es lo más importante sino que en esta, abran de buscarse los elementos necesarios para la incoación de un proceso. Dicho periodo se inicia con la primera resolución, dictada por el Juez al recibir la consignación, a la cual se le denomina auto de Radicación, en dicho auto, entre otras cosas el juez ordena: Se radique el asunto; de la intervención al ministerio Público; ordena se proceda a tomar la declaración preparatoria al indiciado; dispone se practiquen todas las diligencias necesarias para comprobar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad; ordena se facilite al indiciado su defensa informándole los cargos que existen en su contra, así como, del nombre de quien depone en su contra, ello, a efecto de que el indiciado pueda estructurar su defensa. Una vez que se cumpla con dichas órdenes y disposiciones contempladas en el auto de radicación, cumplimentada el acta procedimental de declaratoria, (cuyo objeto es el informar al indiciado de todos los cargos que existen en su contra, para la estructura de su defensa), si este desea declarar lo hará, si no, no puede ser obligado ya que se violentaría su derecho en este caso. (Dicho periodo, termina con la resolución del Auto de Formal Prisión, Auto de Sujeción a Proceso ó bien Auto de Libertad por Falta de Elementos)

Como ya se señaló, la consignación es la que da paso a ésta primera etapa del proceso penal propiamente dicho, a la cual como ya se dijo, se le denomina preinstrucción etc., esta se inicia con el auto que dicta el Juez para dar trámite a la consignación auto que también algunos tratadistas la denominan “cabeza del

proceso”, y concluye con la resolución que debe emitir el juzgador dentro de las 72 horas siguientes en que el inculpado es puesto a su disposición (el llamado termino constitucional); ahora bien, este se caracteriza principalmente por que en él se “realizan las actuaciones para determinar los hechos materia del proceso, la clasificación de éstos conforme al tipo penal aplicable, cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, o bien, en su caso, la libertad de este por falta de elementos para procesar...” (frac. II del art. 1º del Código Federal de Procedimientos Penales).

Este segundo procedimiento queda incluido dentro del llamado Averiguación Previa, puesto que para que el agente del Ministerio público pueda resolver si ejercita acción penal o no, habrá de tomar en cuenta todas las actuaciones para así determinar si existen los elementos que conformen el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del sujeto o sujetos a quienes se les imputen dichos hechos, así como también la libertad de aquel por falta de elementos, puesto que si carece de éstos sería absurdo que se procediera en su contra.

Es preciso señalar que en este segundo periodo del Procedimiento ya interviene la trilogía procesal: Órgano de acusación como lo es el Ministerio Público, en esta fase deja de actuar como Autoridad y se convierte en parte (por vicio se le dan mayores consideraciones); Órgano de defensa representado por el Defensor y finalmente, el órgano de decisión que es el Órgano jurisdiccional representado por el Juez, el cual deberá estar siempre por encima de los otros órganos para decidir entre la lucha que se establece entre el sí del Ministerio Público y el no de la defensa, culpable e inocente.

3.- INSTRUCCIÓN O PROCESO MISMO

señalemos que dicha etapa, según el legislador, esta comprende todos los actos practicados ante y por los tribunales con el fin “..de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiares del

inculpado, así como, la responsabilidad o irresponsabilidad de este..” (frac.. II del art. 1º del Código Federal de Procedimientos Penales).

En este, el agente del Ministerio Público y el procesado, por sí, o por medio de su defensor, promoverán todas y cada una las diligencias que estos estimen necesarias con el fin de que en su momento procesal, se determine el cuerpo del delito, así como, la responsabilidad o irresponsabilidad penal de este, resolviendo de plano su situación jurídica.

Esta es la última parte del procedimiento penal y, como su nombre lo indica, sirve para instruir, es la actividad procesal que provee al Juez de las pruebas y razones necesarias para resolver las cuestiones que le son propuestas o que, como quiera que sea él se debe proponer para formar el juicio y convertirlo en la decisión; dicho periodo es muy amplio por que es donde habrán de valorarse las pruebas que las partes ofrezcan, tanto el Ministerio Público como el defensor y, en algunos casos, en el fuero común, las aportadas por el coadyuvante a través del Ministerio Público, asimismo, el juez puede inquirir las pruebas y también puede ofrecerlas el procesado.

Este periodo tan amplio, da inicio con el Auto de Formal Prisión ó Sujeción a Proceso y termina con la Sentencia Definitiva; nuestra constitución establece en su artículo 20º fracción VIII, que “..él procesado Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena máxima excediere de ese tiempo..”, dada la jerarquía constitucional de este precepto no puede ser rebasada o ser inferior a otra disposición.

En la instrucción deben de desahogarse todas las pruebas ofrecidas por las partes y las inquiridas por el juzgador, con la limitación de no excederse de los términos señalados en la ley; sabemos que el conocimiento del cual se allega el juez en la instrucción, es a través de medios de prueba establecidos en nuestra legislación,

los nominados e innominados. Los primeros distinguidos con un nombre: confesional, testimonial, documental, pericial, careos, inspección judicial, la presuncional; y todos aquellos medios que se pueden ofrecer como prueba y constituirse como tales aun careciendo de nombre son los innominados.

La instrucción en materia federal podemos decir que se divide en; Pruebas ordinarias, que van del auto de formal prisión al auto que declara agotada la averiguación; Del auto que declara agotada la averiguación al auto que declara cerrado el proceso; Preparación del juicio, que se integra con las conclusiones de las partes, Ministerio Público y defensor; y Vista y Sentencia.

La primera de las partes se puede decir que es de pruebas ordinarias y la segunda de pruebas extraordinarias:

“..ARTICULO 150.- Transcurridos los plazos que señala el artículo 147 de este Código o cuando el tribunal considere agotada la instrucción lo determinará así mediante resolución que se notificará personalmente a las partes, y mandará poner el proceso a la vista de éstas por diez días comunes, para que promuevan las pruebas que estimen pertinentes y que puedan practicarse dentro de los quince días siguientes al en que se notifique el auto que recaiga a la solicitud de la prueba. Según las circunstancias que aprecie el juez en la instancia podrá de oficio ordenar el desahogo de las pruebas que a su juicio considere necesarias para mejor proveer o bien ampliar el plazo de desahogo de pruebas hasta por diez días más. Al día siguiente de haber transcurrido los plazos establecidos en este artículo, el tribunal, de oficio y previa la certificación que haga el secretario, dictará auto en el que se determinen los cómputos de dichos plazos.

Se declarará cerrada la instrucción cuando, habiéndose resuelto que tal procedimiento quedó agotado, conforme a lo previsto en el párrafo

anterior, hubiesen transcurrido los plazos que se citan en este artículo o las partes hubieran renunciado a ellos.”²⁰

La tercera parte que es la preparación del juicio se realiza con la formulación de conclusiones y la cuarta parte, que es la Vista, en donde el juzgador oye a las partes y cita para Sentencia.

4.- Ejecución de Sentencia

En el desarrollo de este punto, en principio es importante señalar que la palabra ejecución, doctrinalmente hablando, presenta varias acepciones como pueden ser: un cumplimiento, un ejercicio de facultad, efectuación de órdenes, promulgación etc., o como sinónimo podemos señalar el de efectuar, cumplir, verificar, realizar etc.

Ahora bien, como definición de ejecución, desde el punto de vista procesal, es la *realización material*, o la materialización de lo ordenado en una sentencia, o como señala el autor Briseño Sierra “..ejecución procesal...es la realización material, la mutación en el ámbito fáctico, que es una consecuencia de lo que la sentencia ha ordenado...no todas las resoluciones judiciales llevan necesariamente a una ejecución...”²¹

“..Ahora bien, en cuanto a la sentencia podemos decir que: la sentencia es la que pone fin a una instancia o controversia en materia penal, dictada por el órgano jurisdiccional, la razón de que no se le haya llamado a esta resolución un gran final, o de otra manera, es por la sencilla razón que la palabra sentencia quiere decir el sentir de alguien, en ese caso del juez, en dicha resolución hay un substrato lógico indispensable representado por un silogismo, con su premisa mayor que es la norma jurídica, una menor que es el hecho y una conclusión en la

²⁰ García, Ramírez Efraín Legislación Penal Procesal. Código Federal De Procedimientos Penales. Revisión, Décima Edición, Edit Sista, México 2000.

²¹ Briseño. Sierra Humberto, Derecho Procesal, Cárdenas, México, 1969; 2ª. Edit. Harla, México, 1996

que ambos concuerdan o discrepan. El juicio final o fallo, es una construcción mental, sin embargo, la sentencia no puede estar por completo abandonada a la lógica, toda vez que no debe desnaturalizarse del elemento humano dicho fallo..”²²

En el proceso penal en cuanto a la ejecución de penas una vez emitida la sentencia hay posibilidad de ejecutar ésta, haciendo efectivas las sanciones derivadas de la propia sentencia penal, esto es llevándola al cabo, materializando lo ordenado en la sentencia. La mayoría de los casos, las sentencias se refieren a una privación de la libertad, y en algunos casos puede llegar hasta el absurdo extremo de ordenar que se prive de la vida a una persona, y la ejecución radica en el hecho mismo de materializar lo dispuesto por el juzgador en esa sentencia, esto es, en este caso, privando de la vida al sentenciado.

Existe todo un sector del derecho, el cual señala que la ejecución es una consecuencia ulterior del proceso penal mismo. “..Si se trata de los diversos aspectos de privación de la libertad, estamos en el novedoso campo del derecho penitenciario..”²³

“..En el derecho penitenciario, que es un verdadero derecho ejecutivo penal, se estudian, se analizan y se reglamentan todas las cuestiones relativas a la ejecución de estas penas de privación de libertad por parte de los procesados sentenciados a cumplirlas, contrariamente a lo que sucede en el derecho civil, en el cual solo la resistencia del sujeto obligado abre la ejecución, la resistencia en la ejecución del proceso penal es irrelevante para la ejecución misma de la sentencia penal. Esta debe cumplirse, debe ejecutarse, privando de la libertad al sentenciado, con total independencia de que este sentenciado, obligado a cumplir la sentencia, esté anuente a ella o no lo esté..”²⁴

²² Borja, Osorno Guillermo. Derecho Procesal Penal, Editorial José María Cajica. Puebla 1969, Págs. 528 Y 529.

²³ Hernández, Pliego Julio A. Programa De Derecho Procesal Penal Segunda Edición. Edit. Porrúa, S.A. México, 1997.

²⁴ Ídem.

En cuanto al Procedimiento de Ejecución faculta al proceder de los funcionarios competentes en todo lo referente a la ejecución penal a partir del momento en que cause ejecutoria la sentencia y se hayan extinguido las sanciones aplicadas., esto es plasmado por el legislador en nuestra Carta Magna:

“..ARTÍCULO 18.- Solo por delito que merezca pena privativa corporal habrá lugar a la prisión preventiva. El sitio de esta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

El gobierno de la federación y de los estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres purgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

Los gobernadores de los estados, sujetándose a lo que establezcan las leyes locales respectivas, podrán celebrar con la federación convenios de carácter general, para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del ejecutivo federal.

La federación y los gobiernos de los estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores...”²⁵

Este artículo tiene que ver con el derecho penitenciario. Encontramos varias cuestiones que se relacionan con esta rama del derecho penal, y permiten conocer y justificar algunas actuaciones de la autoridad judicial y de la autoridad administrativa en razón a la ejecución de sanciones.

²⁵ Delgado Moya Ruben. Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos, Comentada 10ª Edición, Edit. Sista, México 2000.

ejecución regularmente se encuentran más lejanos del propio tribunal y corresponden o son competencia de entidades u órganos que no son de naturaleza judicial ni dependen jerárquica o administrativamente de los tribunales, éstos como ya se dijo dependen del Ejecutivo.

CAPITULO II

LA INSTITUCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

1.- Antecedentes del Ministerio Público

La función del Ministerio Público en nuestro país representa una pieza del proceso penal moderno, pues dicho Órgano tiene el carácter de acusador en nombre del Estado y cuya aparición en el panorama de enjuiciamiento constituye uno de los caracteres relevantes de nuestro sistema penal mexicano.

En México, no es, sino hasta el año de 1910 cuando la institución de Ministerio Público adquiere su regulación jurídica, pues en ése año, el General Porfirio Díaz, expide la primera ley orgánica del Ministerio Público y lo contempla no como un simple auxiliar de la administración de justicia, sino también como parte en el juicio, *interviniendo en asuntos que afectaren el interés público.*

En la actualidad el funcionario del Ministerio Público aparte de constituir un elemento de nuestro sistema procesal penal, tiene una función trascendental dentro de la fase de la integración de la Averiguación Previa. “..La averiguación de los delitos del Fuero Común, en el Distrito Federal, esta a cargo de los agentes investigadores del Ministerio Público, adscritos a la Dirección General de Averiguaciones Previas, de la Procuraduría General de Justicia y por los Agentes comisionados en las oficinas del Ministerio Público ubicadas en todas las delegaciones de policía..”²⁸

A partir del 17 el Ministerio Público se torno su naturaleza en representante social debido al abuso de los tribunales, los jueces eran omnipotentes, y tenían a la policía a su cargo, mandaban detener sin motivo, se valían de sospechas y pesquisas, delaciones anónimas etc.

²⁸ Barria López Fernando. Averiguación Previa, Enfoque Interdisciplinario. Cuarta Edición Edit. Porrúa, México, 1997, Pág. 33.

Venustiano Carranza a los constitucionalistas les envió una carta, señaló que bastaba de los abusos y proponía que se creara una institución, y esa fue el Ministerio público, y que se le entregaran las facultades de solicitar las aprehensiones de los jueces cuando se reunieran los elementos para ello, y desde esas fechas el Procedimiento Penal en México se torno más en acusatorio que en inquisitorio, por que, si el Ministerio público no acusa, los jueces no pueden dictar sentencia, gran avance de seguridad jurídica para los participantes.

La mayoría de los tratadistas coinciden en que la Institución del Ministerio Público nació en Francia, con el surgimiento de los procuradores del rey francés del siglo XIV, instituidos para la defensa de los intereses de éste. Los funcionarios tuvieron su origen en la ordenanza de Felipe el Hermoso, la que hizo referencia tanto al procurador y al abogado del rey como procuradores de los intereses de la Corona adquiriendo representatividad ante los tribunales. Más tarde, estos funcionarios se fusionaron con la encomienda de representar a la Corona ante los parlamentos – máxima autoridad– y los tribunales; dirigían todos los asuntos que el rey les encomendaba y paralelamente eran los encargados del “*parquet*”²⁹.

Al iniciar el siglo XVI adoptaron el nombre de abogados generales para distinguirse de los abogados del rey acreditados en los tribunales inferiores. El Ministerio Público desde su aparición fue único y solidario; la conclusión o dictamen emitido por algún miembro del *parquet* se entendía que era realizado en nombre del *parquet* mismo. Aquí encontramos como diría el jurista Juventino Castro dos de los principios que caracterizan al Ministerio Público mexicano; “...el de unidad e indivisibilidad, por cuanto a que existen identidad de mando y dirección en todos sus actos que realizan los miembros de la institución que

²⁹ “Parquet” Con Este Nombre Eran Llamados Los Miembros Del Ministerio Público, Por Tener Su Colocación Sobre El Piso De La Audiencia, Al Pie Del Estrado, Desde El Cual Participaban En La Administración De Justicia. Ayarragaray, Carlos A., *El Ministerio Público*, Buenos Aires Argentina, Edit. Lajouane Y Cia., 1928, Pp. 44 Y 45.

constituyen una pluralidad pero con representación única. Se consideran miembros de un solo cuerpo y bajo una misma dirección..”³⁰

“..Con la Revolución Francesa, en 1791 el Ministerio Público sufrió una profunda transformación por la influencia ejercida del procedimiento inglés y la prevención de la Asamblea Constituyente contra esta institución de origen y desenvolvimiento real. Se creó el oficio de comisario del rey, designado por el monarca, al cual dotó de inamovilidad e independencia, en relación, al poder del que emanaba. Únicamente se le permitió intervenir en acusaciones criminales y de requerir en nombre del interés de la ley. En cambio, el juez de paz poseía una función doble, acusaba e instruía; obraba oficiosamente en caso de flagrante delito o de muerte sospechosa; reconocía el derecho de queja “*querrela*” a los particulares lesionados por el delito, en tanto que la denuncia correspondía a cualquier ciudadano; realizaba una instrucción previa con características de obligatoria, secreta y escrita..”³¹

“..Con el Código de Instrucción Criminal de Napoleón, en 1808, la Ley de organización Judicial del 20 de abril de 1810 y el Código de Procedimiento Penal, entre otros ordenamientos, el Ministerio Público francés funcionó bajo la autoridad del Ministerio de Justicia —quien tenía sobre el *parquet* poder disciplinario—, representó al poder ejecutivo, veló por los intereses del Estado y la observancia de la leyes; Dio seguimiento a la ejecución de las sentencias, defendió los intereses de los incapaces y tuvo el ejercicio de la acción pública. El Ministerio de Justicia ejerció su autoridad a través del Procurador General ante la Corte de Casación (*órgano de protección de los derechos fundamentales*). El Procurador General actuó como jefe del *parquet*, y por conducto de los procuradores generales actuaba ante los tribunales de apelación; a través de los procuradores de la

³⁰ Castro, Juventino V. *El Ministerio Público En México*, México, Porrúa, 1982.

³¹ Ayarragaray, Carlos A. *El Ministerio Público* Edit. Lajopuane Y Cia. Buenos Aires Argentina, 1928 Pág. 47 Y 48.

República procedió ante los tribunales de instancia y de gran instancia; todos ellos fueron auxiliados por un cuerpo de abogados con funciones de asesoría..”³²

En efecto, el *parquet* tuvo diversas composiciones ante la Corte de Casación, la de Apelación y los Tribunales de Primera Instancia. En las Cortes de Casación se encontraba el Procurador General de la República, representante del Ministerio Público que tenía la palabra en las asambleas generales y en las audiencias; intervino como parte adjunta para determinar la admisión del recurso; se auxilió de abogados generales y éstos lo sustituyeron en los casos de impedimento por orden de antigüedad y por razón de necesidad.

“..La unidad e indivisibilidad radica en que los ministerios públicos están obligados a cumplir las instrucciones que emite el Ministerio de Justicia, a través del Procurador General ante la Corte de Casación. Ahora bien, el Artículo 5º de la Ordenanza del 23 de diciembre de 1858, les reconoce *libertad* en el uso de la palabra durante las audiencias en las que intervengan como parte principal o accesoria en los procesos judiciales, por tanto, sus alegatos no están vinculados a las instrucciones superiores..”³³

“..El Ministerio Público como órgano administrativo representa los intereses del gobierno ante los tribunales y proporciona asesoría cuando se considera que existe interés público. Realiza dos funciones esenciales que en el fondo se oponen; en primer término es un órgano protector de la ley a través de su actividad procesal que lo faculta para interponer el recurso de casación en aras del interés de la ley; en el segundo, es autoridad administrativa cuando la institución tiene la representación del gobierno ante los tribunales, por lo tanto, depende

³² Fix Zamudio, Héctor, “Función Constitucional Del Ministerio Público”, En *Anuario Jurídico V/1978*, México, UNAM, 1979.

³³ Passat, Michel Laure, *Le Ministère Public Entre Son Passé Et Son Avenir*. Paris, 1967, Pág. 106 A 108. En Matena Civil Y Ante El Proceso Judicial, El Ministerio Público Interviene Como Parte Principal A Través De La Llamada Vía De Accion En La Que Él Inicia La Demanda Y Funge Como Parte Actora, En Cambio, Se Le Llama Parte Accesoria Cuando El Ministerio Público Interviene A Traves De La Vía De Requerimiento Y Cuando Él No Ha Entablado La Demanda Ni Es Incoada En Contra De Él; Únicamente Interviene Para Emitir Una Opinión

jerárquicamente de la administración. Esto significa que los miembros del Ministerio Público actúan simultáneamente como magistrados judiciales y como funcionarios administrativos; en el primero se desempeña como parte principal o accesoria en materia civil y cuando se requiere tutelar intereses jurídicos relativos a menores, incapacitados, inherentes a la familia y al estado civil; en el ámbito criminal se constituye en parte acusadora en el proceso penal, colabora con el juez instructor de la averiguación de los delitos pero adquiere cierta autonomía en los casos de flagrancia. En aquellos casos en que su función es representativa de los intereses del Estado ante los tribunales, y cuando proporciona asesoría en las hipótesis de existencia de interés público, se dice que actúa como funcionario administrativo..³⁴

“..El ejercicio de la acción represiva está encomendado a los miembros del Ministerio Público, en tanto que los particulares sólo intervienen como auxiliares durante la instrucción. La jurisdicción de instrucción se asemeja a la previa averiguación por cuanto a que no resuelve sobre la culpabilidad del sujeto sino únicamente a determinar si ha lugar o no a la formación de la causa..³⁵

Al igual que el Ministerio Público mexicano, el ejercicio de la acción penal que ejerce el Ministerio Público francés, implica además de la consignación una serie de actos encaminados a obtener la declaración judicial a través de requerimientos ante el órgano jurisdiccional.

“..La Corte de Casación es un órgano protector de los derechos fundamentales, cuyos antecedentes se descubren en el *Conseil des parties* de la monarquía francesa creada por la revolución como una expresión del principio de división de poderes. La Corte de Casación está estructurada como un organismo que ejerce el control supremo de la legalidad de todos los tribunales, es decir, es el órgano de

³⁴ Fix Zamudio, Hector. “Función Constitucional Del Ministerio Público”, En *Anuario Jurídico VI/1978*, México, UNAM, 1979 Pág. 154 Y 155

³⁵ Ayarragaray, Carlos, El Ministerio Público Edit. Lajopuane Y Cia Buenos Aires Argentina, 1928. Pág. 56 Y 57.

control relativo a la constitucionalidad de los derechos fundamentales de la persona humana, especialmente de la libertad personal; función que realiza en forma paralela con el Consejo de Estado..”³⁶

El Attorney General De Los Países Angloamericanos. En la función de procurador (*solicitor*) en Inglaterra presenta un indiscutible interés por las especiales características de su organización que tiene su origen en épocas muy remotas.

“..Lo que se conoce en Inglaterra como *Legal Profesion* se divide en dos categorías; procuradores (*solicitor*) y abogados (*barristers*). La organización *bar* es la que en Gran Bretaña agrupa un conjunto de abogados y procuradores que actúan en los distintos tribunales. También es una expresión utilizada para designar algún tribunal. Retrospectivamente, en Inglaterra surgieron dos clases de juristas; el defensor (*pleader*) y el procurador (*attorney*). Este último era un agente general de litigante para toda acción legal en la que comparecía a nombre de su cliente. El pleader o defensor tenía funciones más limitadas, ya que únicamente comparecía como abogado de su defendido. Posteriormente surgió otra clase de procurador (*Solicitor*) con una categoría inferior a la del Attorney, y que posteriormente se fusionaron y fueron desempeñadas por una misma persona..”³⁷

Las características de la actual legislación inglesa derivan de las particularidades de su raza, del medio y del respeto a las viejas normas representadas en el *Common Law* y el *Estatute Law*; el primero, es el derecho consuetudinario contenido en las sentencias de los tribunales, en la aplicación de reglas establecidas y en las nuevas interpretaciones basadas en la analogía de disposiciones vigentes; el segundo, se constituye por el derecho legislado.

³⁶ Fix Zamudio, Héctor, “Protección De Derechos Humanos En Europa Continental”, En *Veinte Años De Evolución De Los Derechos Humanos*, México, 1974, Pp. 347 Y 348.

³⁷ “La Profesión De Procurador En Inglaterra Y Gales”, En *Revista Información Jurídica*, Número 113, Octubre De 1952

“..Desde el punto de vista histórico, la legislación inglesa no reconoce al rey como fuente de la justicia; es el individuo quien ha cuidado de sus derechos y promovido la paz dentro de su seno. En el espíritu inglés, respetuoso de las libertades individuales, se encuentra el fundamento más sólido del sistema acusatorio y su procedimiento está determinado por las influencias del derecho romano y el derecho canónico que la realeza sustentaba por sí y para sí. Desde tiempos muy remotos, el rey recurrió a un agente denominado *Attorney* y posteriormente apareció la figura del *Solicitor general*, ambos funcionarios, en su origen, jurisconsultos consejeros y representantes del rey y están al servicio del Estado en aquellos casos en que se lesione el interés de la Corona..”³⁸

“..Mediante ley del 3 de enero de 1879, sancionada en 1880, se estableció la Dirección de Persecuciones Públicas (*Director of Public Persecution*), bajo la vigilancia del *Attorney general* y de su sustituto (*Solicitor General*)..”³⁹

“..El director de persecuciones públicas, con el auxilio de abogados nombrados por el *Lord Chancellor* (Ministro de Justicia), ha realizado la acusación bajo el control y dirección del *Attorney general* cuando se trata de delitos graves y en aquellos en los que se encuentra prevista la pena de muerte y en los que existe interés público..”⁴⁰

“..La Dirección de Persecuciones brinda asesoría y asistencia a los oficiales de policía, magistrados y particulares comprometidos en los procesos e interviene en los asuntos que interesan la seguridad del Estado..”⁴¹

³⁸ Anson William, R, *Loi Et Pratique Constitutionnelles De l' Angleterre. La Couronne. Le Parlement*, Trad. Por Gandilhon, París, 1905, Pag. 242.

³⁹ Ayarragaray, Carlos A., *El Ministerio Público. Edit. Lajopuane Y Cía. Buenos Aires Argentina, 1928 Pág. 79 Y 80*

⁴⁰ Fix Zamudio, Hector, “Función Constitucional Del Ministerio Público”, En *Anuario Juridico V/1978*, México, UNAM, 1979, Pág. 156

⁴¹ Ayarragaray, Carlos, *El Ministerio Público. Edit Lajopuane Y Cía Buenos Aires Argentina, 1928 , Pág. 80.*

El Solicitor general auxilia en sus funciones al Attorney general, pero como miembro del gabinete depende directamente del Gobierno y sigue la suerte del gabinete.

“..En la instrucción previa y en el procedimiento la función acusatoria está supeditada a la actividad del ofendido, sus parientes o terceros; de modo que no existe la figura del ministerio público, ya que se le substituye por la iniciativa particular o por la acción de sociedades encargadas de perseguir a los delincuentes en los casos de ultraje al pudor, delitos a través de la pornografía, sociedad protectora de animales, sociedad para perseguir falsificadores de documentos y valores de crédito, etc. La acción puede ser ejercitada por el ofendido o por el particular en ejercicio de la acción popular y representados por abogados o procuradores privados; por ende, en el sistema jurídico inglés no existe la función del ministerio público con las dimensiones de parte genérica acusadora en el proceso penal..”⁴²

En Inglaterra, la información preparatoria o instrucción previa o averiguación, es pública. La acusación radica en los particulares como atributo de los ciudadanos y como signo de soberanía. En Estados Unidos de Norteamérica, al igual que en Inglaterra, existe la figura del *Attorney General* y el *Solicitor General*.

“..La figura del *Solicitor General* (procurador judicial) fue creada por la Judiciary Act del 22 de junio de 1870. Originalmente su función era de coadyuvante del Attorney General (procurador general o abogado general). El Solicitor General ejerce su autoridad como auxiliar y ayudante del Attorney general y dada su responsabilidad derivada o accesoria las funciones del solicitador requieren del examen del Attorney General. El decreto judicial de 1789 estableció que el

⁴² René, David, *Sistemas Jurídicos Contemporáneos*.

Attorney General deberá seguir y conducir todos los juicios en la Suprema Corte en los que participen los Estados Unidos..”⁴³

“..Varios autores aluden al Solicitor General como el abogado general, procurador judicial o procurador del tesoro; y al Attorney General como procurador general, abogado general o consejero legal del gobierno federal. Es por ello que para evitar confusiones nos referiremos al Solicitor general como procurador judicial o del tesoro; y al Attorney general como al procurador general..”⁴⁴

Inicialmente, el Attorney general se instituyó como un asesor del congreso y no fue sino hasta 1870 cuando se convirtió en el jefe de una dependencia perteneciente al ejecutivo. Éste es el principal funcionario legal del Gobierno de la nación y tiene a su cargo el Departamento de Justicia, es nombrado por el presidente con la autorización del senado. El Attorney general ejerce un amplio control sobre la administración de justicia federal y sobre los demás funcionarios del Ministerio Público denominados bajo la figura de fiscales. Es el consejero legal del poder ejecutivo y responde, en nombre de la nación, a todas las demandas que se inicien en contra de ella; puede ser consultado en materia legal por los jefes de los distintos departamentos del Gobierno.

“..El Departamento de Justicia está presidido por el Attorney General. Se le ha considerado como la oficina jurídica más grande del mundo por tener a su cargo la dirección de asuntos jurídicos más importantes de los Estados Unidos..”⁴⁵

El Attorney general responde en nombre de la Unión a las demandas planteadas en contra de ella; ejerce autoridad sobre los *district attorneys* (fiscales acreditados en los tribunales federales para formular acusaciones por violación a las leyes federales; en materia de hacienda pública reciben instrucciones del Solicitor

⁴³ Arbor, Ann, “The Solicitor General And Intragovernmental Conflict”, En *Michigan Law Review*, Vol. 76, No. 2, 1977, Pág. 331

⁴⁴ Frx Zamudio, Héctor, “Función Constitucional Del Ministerio Público”, *Anuario Jurídico VII1978*, México, UNAM, 1979.

general y están obligados a remitirle a éste un informe de los asuntos pendientes en las cortes de distrito).

Los *district attorneys* están distribuidos en los estados y son elegidos mediante elección popular por los habitantes de cada ciudad o distrito determinado. En razón de que sus poderes residen en un carácter popular, no dependen del attorney general y se conduce con autonomía en aquellos casos que dirigen las persecuciones públicas y únicamente ajustan sus funciones a las constituciones de cada Estado. Asimismo, están facultados para nombrar un *assistant district attorney* y son responsables de los actos de éste; conservan su independencia frente al poder ejecutivo estatal.

El cargo de *district attorney* es utilizado como medio para adquirir popularidad y obtener mayor proyección política; sin embargo, tiene una función eminentemente de acusador público.

El *district attorney* de los estados de la Unión Americana son elegidos por un período de uno a cuatro años, con excepción de la disposición prevista en New Jersey, en cuyo caso el período es de cinco años; en el caso de Tennessee es de ocho años. En la mayoría de los estados de Norteamérica la designación del *district attorney* es por elección popular, aunque algunos Estados delegan en la Suprema Corte, en las Cámaras o en el gobernador su designación; en este último caso se requiere la aprobación del senado.

“..Dada la magnitud del Departamento de Justicia, su estructura e integración ha sido considerada compleja, pero advirtiendo que el punto esencial de sus funciones es el asesoramiento jurídico y la representación del gobierno de los Estados Unidos ante los tribunales, su intervención se ha extendido procesalmente en los asuntos penales, ya que un sector de sus integrantes puede

⁴⁵ Ídem., Pág. 156.

actuar como acusador en los delitos de carácter federal y en los relativos a la seguridad del Estado, tráfico de estupefacientes, protección a la propiedad federal, crimen organizado, etc. En este último caso intervienen las oficinas jurídicas federales (*United States Attorneys*) coordinadas por la División Criminal..”⁴⁶

Por lo que respecta al solicitador general, se ha sostenido que no obstante que su labor inmediata es dirigida por el attorney general, representa al gobierno federal ante la Suprema Corte Federal, en cuyas últimas apariciones ésta ha mostrado gran respeto en los puntos de vista expresados por el solicitador general. También se ha sostenido que el solicitador tiene amplia autoridad para formular la posición legal de Estados Unidos y que ha adquirido una fuerte influencia política en las dependencias y departamentos gubernamentales. Todo esto se debe a que las personas encargadas de tomar decisiones reconocen que en última instancia pueden necesitar del apoyo del solicitador general, ya que éste ejerce una influencia considerable sobre la política del gobierno norteamericano.

Dentro de las funciones que se le atribuyen se pueden identificar las siguientes:

- a) Como protector del interés público.
- b) Como defensor del Gobierno.
- c) Como abogado del ejecutivo.

Se ha sostenido que al desempeñar la función de defensor del interés público, dentro de la Suprema Corte, el solicitador se ha manifestado en contra de dependencias administrativas por la incorrecta aplicación del procedimiento. En los litigios penales ha llegado a admitir los errores y prácticas sospechosas de funcionarios gubernamentales para evitar las condenas sustentadas en persecuciones ilegales. El solicitador general es vulnerable a la destitución por parte del presidente de Estados Unidos, y se ha dicho que es completamente evidente que el solicitador funge únicamente durante el tiempo que determine el presidente,

⁴⁶ ídem. Pág 156 Y 157.

por ende, no puede pensarse que mantenga una posición de independencia en contra de la voluntad del ejecutivo; así las cosas, es de esperarse que el solicitador general cumpla sus responsabilidades como un agente del presidente.

Puede concluirse que en Estados Unidos existe un ministerio público, bajo la figura de las fiscalías, que está encargado de la persecución de los delitos en todos los estados de la Unión, y junto a las jurisdicciones federales con intervención facultativa ante las cortes inferiores.

El attorney general norteamericano es un acusador público y consejero permanente, jefe del Departamento de Justicia y miembro del Departamento Ministerial. Se ha sostenido que se ocupa en el cuarto grado para ocupar la vacante presidencial. Sus dictámenes son formulados ante el presidente o gobernador del estado en aquellos casos en que su opinión es solicitada sobre determinadas cuestiones legales.

Los district attorneys federales son oficiales nombrados en cada distrito judicial para perseguir a los autores del delito con la autoridad de Estados Unidos y bajo el mando del attorney general. Son agentes públicos sujetos a la revocación de acuerdo con la ley de cada estado. Además, estos district attorneys son nombrados y removibles por el presidente de Estados Unidos.

El solicitador general es nombrado por el poder ejecutivo y substituye al attorney general en los casos de ausencia o impedimento. A diferencia de la legislación inglesa, el solicitador general inglés depende del gabinete y no del attorney general, lo cual es totalmente contrario en Norteamérica, ya que el solicitador general guarda dependencia con el attorney general.

La Prokuratura General De La Urrs. “..Antes de la desarticulación del bloque soviético, encontramos que la *prokuratura* rusa tiene su antecedente en el decreto del zar en el año de 1711, en el que se establecen funcionarios encargados de la

defensa del patrimonio de la Corona, a través de un fiscal superior cuya función principal fue intervenir y vigilar aquellos asuntos legales en que tuviera interés la Corona y para suprimir las injusticias..”⁴⁷

“..En 1722, con Pedro El Grande se crea la *prokuratura*, restablecida por Lenin en los primeros años de la revolución..”⁴⁸

La Constitución Soviética, de fecha 7 de octubre de 1977, considerada por el Estado socialista como la obra del pueblo que refleja los principios básicos de la actividad del Estado, sus tareas para el fomento planificado de la economía nacional y para el aprovechamiento de los adelantos del progreso técnico-científico y de los soportes económicos, reconoce como objetivo el mejoramiento de las garantías, el cumplimiento de los derechos sociales de los trabajadores, la promoción de la cultura jurídica del pueblo y la democracia socialista.

El Artículo 164 de la Constitución de 1977 sostiene: “..*El control supremo del cumplimiento exacto y uniforme de las leyes por todos los ministerios, comités, departamentos estatales, empresas, instituciones y organizaciones, órganos ejecutivos y administrativos de los soviets locales de diputados populares, koljoses, así como por los funcionarios públicos y los ciudadanos, incumbe al fiscal de la URSS y a los fiscales subordinados a él..*”

Los órganos del ministerio fiscal son independientes de todo órgano local en el ejercicio de sus funciones, únicamente están subordinados al fiscal general de la URSS.

⁴⁷ Fix Zamudio, Héctor Hector. “Protección Interna Y Derechos Humanos”, En *Veinte Años De Evolución De Los Derechos Humanos*, México, 1974, Pág 158

⁴⁸ Ídem Pag 253

“..La prokuratura general sirvió como instrumento de vigilancia del gobierno central y como dispositivo de observancia de todos los organismos gubernamentales; no como inspector de la legalidad sino como uno de los brazos del partido..”⁴⁹

El control fiscal estaba centralizado en forma rigurosa; todos los poderes relacionados con el ejercicio del control supremo del cumplimiento exacto de las leyes incumbía al fiscal general de la URSS. La centralización se hace evidente en razón de que el fiscal general designaba a los fiscales de las repúblicas, de los territorios y regiones autónomas; además, aprobaba el nombramiento de los fiscales de comarca, distrito y de ciudad.

A diferencia del control que ejercían otros departamentos, el del Ministerio Fiscal se caracterizaba por extenderse a todas las esferas de la vida estatal, incluyendo ministerios y departamentos con funciones de control e inspección. El Ministerio Fiscal tenía derecho a reclamar actos jurídicos o de cualquier índole promulgados por los órganos centrales y locales de la administración del Estado, cooperativas y cualquier otra organización social, para comprobar si funcionaban con apego a las leyes. Tenía la facultad de exigir, a los funcionarios de los órganos, la exhibición de la documentación que estimara necesaria; tenía facultades para hacer comprobaciones, visitas por reclamaciones de los dirigentes, funcionarios, así como adoptar medidas oportunas para eliminar las infracciones de la legalidad ocasionadas por los funcionarios y restablecer los derechos violados en forma inflexible.

El Ministerio Fiscal vigilaba que los órganos de investigación judicial y de instrucción previa cumplieran con las reglas establecidas por la ley en la averiguación de los delitos.

⁴⁹ Morgan Glenn, G, “La Fiscalización General. Función De La Procuración Soviética”, En *Revista De La Comisión Internacional De Juristas*, Vol I, Núm. 2, Ginebra, 1960, Pp. 142 Y 143.

El fiscal velaba porque ninguna persona fuese indebidamente detenida, ya por la ausencia de decisión del tribunal o bien por la falta de orden del propio fiscal.

En el Artículo 54 de la Constitución Rusa de 1977, la detención se practicaba cuando existían datos suficientes para presumir que el indiciado se ocultaba o se impedía el esclarecimiento del hecho; y sólo tenía lugar en aquellos casos en que se encontrase prevista pena privativa de libertad.

El Artículo 165 de dicha constitución establecía que el Ministerio Fiscal era un órgano estrictamente jerarquizado, encabezado por un procurador general y designado por el soviét supremo, con duración en el cargo por cinco años y responsable ante su órgano designador.

“..Únicamente el soviét supremo tenía facultades para anular las órdenes y decisiones del procurador general cuando éstas no armonizaran con la ley. El llamado presidium del soviét supremo tenía funciones originarias de carácter legislativo y de decisiones trascendentes del Estado. Asimismo, podía ejercer funciones judiciales e incluso anular decisiones y órdenes emanadas del consejo de los ministerios de las repúblicas, bajo el argumento de ser contrarias al sentido de la ley..”⁵⁰

Las funciones del Ministerio Fiscal eran múltiples; vigilaba el cumplimiento de la ley de los órganos estatales, empresas, funcionarios, ciudadanos; supervisaba la legalidad de las causas ante los tribunales, en los lugares de detención, de prisión preventiva y ejecución de penas.

“..Los órganos del Ministerio Fiscal funcionaron sobre la base de la legalidad socialista en relación con la constitución de la URSS y las de las repúblicas federales y autónomas; en su función existía interacción con los soviets de

⁵⁰ Locher, Detrich A , “La Prokuratura Soviética Y El Individuo”, *Revista De La Comisión Internacional De Juristas*, Haya, 1957 P. 71.

diputados populares, órganos estatales, colectividades de funcionarios y ciudadanos en la consolidación del orden jurídico..”⁵¹

El Ministerio Fiscal soviético concentró amplias atribuciones en aras del cumplimiento de la legalidad. El Fiscal General y sus subordinados tenían la facultad para exigirle a los órganos de justicia la entrega de las querellas y causas con el propósito de corroborarlas; apelar contra las sentencias y decisiones que haya adquirido fuerza legal. Podían suspender el cumplimiento de las decisiones legales de cualquier tribunal contra la que se haya entablado un recurso hasta en tanto se resolviera. El Fiscal General podía exponer ante la sesión plenaria del tribunal supremo su opinión acerca de las instrucciones que se les debía dar a los tribunales en cuestiones de práctica judicial. En aquellos casos en que la sesión plenaria del tribunal supremo tomara una decisión que se estimase no estar de acuerdo con la ley el fiscal tenía el derecho y la obligación correlativa de iniciar un juicio contra dicha decisión; ésta se desahogaba ante el presidium del soviet supremo.

El Ministerio Fiscal tenía facultades para verificar que en los lugares de reclusión se hallaran personas detenidas por autorización del propio fiscal o por decisión del tribunal. Inspeccionaba que en esos lugares se cumpliera con el régimen establecido por la ley para sentenciados. En caso de encontrar violaciones tenía atribuciones para dictar las medidas necesarias y acusar a los responsables; para decretar la inmediata libertad de las personas ilegalmente detenidas; revisar las causas penales para corroborar la detención del sujeto; formular interrogatorios a los reclusos y exigir de los directores de los centros de reclusión la explicación por infracciones a la ley.

Los establecimientos penitenciarios debían enviar al fiscal, en el plazo de veinticuatro horas, la demanda presentada por un recluso, y quedaba obligado el

⁵¹ Constitución Del País De Los Soviets, Moscú, Progreso, Pág. 189.

titular del centro penitenciario a acatar las indicaciones que le hiciera el fiscal. De conformidad con el Artículo 54 de la Constitución de la URSS de 1977, la detención de una persona únicamente era justificada cuando existía mandamiento judicial o autorización del fiscal. La detención exigía la existencia de elementos suficientes para presumir que el inculpado se sustrajera a la acción de la justicia. La detención sólo tenía lugar para aquellos crímenes graves; en casos excepcionales una persona podía ser custodiada bajo la sospecha de que hubiera cometido un delito y durante un término máximo de diez días debía presentarse la denuncia; en caso contrario se le ponía en libertad. La facultad para ordenar detenciones estaba reservada a un número determinado de fiscales.

El órgano sumarial y el juez de instrucción tenían facultad para ordenar la detención de una persona, con la obligación de informar al fiscal en un plazo no mayor de veinticuatro horas, para que éste sancionara la detención o la revocara durante las cuarenta y ocho horas siguientes.

En síntesis, el Ministerio Fiscal de la URSS tenía como atribuciones esenciales la fiscalización y vigilancia de la ley o legalidad soviética, y que como pudimos observar, de una manera breve, pueden ser consideradas como "*amplias*", pues su función se extendía a todas las esferas burocráticas del estado soviético, y organizaciones sociales, con excepción a las decisiones adoptadas por los ministros de la URSS, las cuales se encargaban de ejecutar la política del partido y del mismo Estado.

"..Los funcionarios de la prokuratura rusa ocuparon una posición de supremacía similar a la del soviet supremo, las repúblicas federales, los presidium respectivos, los consejos de ministros y el propio partido socialista.." ⁵²

⁵² Fix Zamudio, Hector, Hector, "Protección Interna Y Derechos Humanos", En *Veinte Años De Evolución De Los Derechos Humanos*, Mexico, 1974, Pag. 160

El procurador o fiscal general de la URSS era designado y removido por el soviet supremo y duraba en su encargo cinco años. Los fiscales de las comarcas autónomas, distritales y urbanas eran designados por los fiscales de las repúblicas federales bajo la aprobación del procurador o fiscal general ruso; todos duraban en su cargo cinco años y conservaban independencia frente a los órganos locales en el ejercicio de sus funciones; únicamente estaban subordinados al procurador general de la URSS.

Conviene puntualizar que el fiscal general tenía facultades acusatorias en materia penal, posibilidad legal para incoar acciones civiles, administrativas o disciplinarias en contra de los funcionarios o ciudadanos que incurriesen en actos violatorios a la ley. En el derecho soviético, la figura denominada “protesta”, era la forma principal de la procuraduría orientada a descubrir las violaciones a la ley en el desempeño de los órganos público-administrativos, dirigidos a la autoridad infractora o ante el superior jerárquico de ella con el propósito de corregir la irregularidad legal. La “propuesta” debía ser atendida en un plazo de diez días e implicaba la suspensión inmediata de los actos materia de la protesta y daba lugar a sanciones administrativas ante casos de omisión. “La protesta” también podía entablarse en contra de resoluciones judiciales por estimarse violatorias a la ley. Dicho de otra forma, la protesta es un medio legal similar a una acción y al mismo tiempo un recurso.

“..También existió la figura denominada *“propuesta”*, que constituía un medio de acción menos oficial para reparar las violaciones a la ley y suprimir las causas que generaron la violación. En el caso de la propuesta, una vez que la recibía el infractor, bien se tratara de una organización social, económica o pública, tenía la obligación de cesar las infracciones y las causas de origen en un plazo no mayor de un mes..”⁵³

⁵³ Dietrich A., Loeber. La Prokuratura Soviética Y El Individuo. Revista De La Comisión Internacional De Justas, Haya 1957. Pág. 85.

La diferencia esencial entre la protesta y la propuesta radica en la importancia de los efectos jurídicos que producen estas dos acciones; la propuesta no entrañaba un efecto suspensivo de la aplicación de los actos que motivaron la acción, en tanto que la protesta generaba la suspensión inmediata de los actos mismos.

El Fiscal General de la URSS tenía facultades para señalar a los órganos de investigación policial las directrices propias de la averiguación, inclusive, estaba facultado para conducir personalmente la función investigadora; contaba con atribuciones para revocar a un juez investigador o a quien efectuara la investigación policial; la prokuratura podía anular las decisiones de las autoridades instructoras cuando considerara que fuesen ilegales e infundadas; podía solicitar la revisión de cualquier asunto civil o criminal. Aún más, podía protestar contra una sentencia ejecutoriada. Cualquier persona que estimare que se han violado sus derechos podía presentar una demanda ante la prokuratura para asegurar y preservar sus derechos.

Puede observarse que la prokuratura soviética contaba con un sinnúmero de facultades que lo convertían en un órgano sumamente poderoso, y al mismo tiempo ineficaz para enfrentar las violaciones cometidas por el soviet supremo y el partido, dada su dependencia y jerarquía respecto de ellos. Era un órgano del régimen más que de la justicia.

El Ministerio Público Mexicano. “..En el derecho azteca, el monarca era la máxima autoridad judicial y delegaba funciones en un magistrado supremo con facultades de competencia para conocer de inconformidades (recursos) en materia criminal. Este magistrado delegaba, a su vez, funciones en otro magistrado para ejercer competencia dentro de determinado territorio; este último magistrado designaba a los jueces encargados de los asuntos criminales y civiles. Existió clasificación de jueces con jurisdicción y competencia para “barrios”, con facultades para conocer de los delitos leves y establecían un tribunal colegiado compuesto por tres o cuatro jueces para conocer de delitos graves. Estos jueces

tenían facultades para ordenar la aprehensión de los acusados, posteriormente instruían el proceso en forma sumaria y el magistrado supremo dictaba la resolución definitiva sometida a su consideración.." ⁵⁴.

La persecución de los delitos era de oficio y bastaba el rumor de la comisión de un hecho delictuoso para iniciar la persecución respectiva. La facultad de acusar estaba al alcance de los particulares y se formulaba directamente ante los jueces.

"..Con motivo de la colonización, el derecho azteca fue desplazado por el derecho español. Las leyes españolas fueron una mezcla heterogénea de preceptos legales orientados a establecer lineamientos generales del procedimiento penal y un sistema inquisitorial que dio lugar a confusión con las disposiciones de carácter eclesiástico, profano y real.." ⁵⁵

El sistema inquisitorial en materia criminal dotó al juez de un poder omnímodo caracterizado por la ausencia de garantías para el acusado y que generaron afrentas a la dignidad humana, incomunicaciones prolongadas, tormentos para obtener la confesión, ocultamiento del nombre del acusador, ausencia del defensor y sentencias en secreto sin previa audiencia.

Para la persecución de los delitos y la aplicación de las sanciones se estableció el Tribunal del Santo Oficio, la Audiencia y el Tribunal de la Acordada, así como tribunales especiales para juzgar a vagos y otro tipo de delitos.

Originalmente, el establecimiento de la audiencia fue con el propósito de que funcionara como órgano equilibrador del poder de los peninsulares, sin embargo, se tiene noticia de su fracaso, del imperio de las persecuciones motivadas por la venganza, anarquía en la justicia, maltrato a los indios y excesos en todos los órdenes.

54 Colín Sánchez, Guillermo. *Derecho Mexicano De Procedimientos Penales*, México, Porrúa, 1970, Pp. 23 Y 24.

55 González Bustamante, Juan José, *Principios De Derecho Procesal Penal Mexicano*, México, Porrúa, 1971, Pág. 17 Y 18

"..En los albores del México independiente continuaron vigentes las leyes españolas. Prevalecía la Constitución de Cádiz que introdujo los jueces de partido con jurisdicción en materia civil y penal. La Constitución de Cádiz disponía que no se podía detener a nadie sin que precediera información sumaria del hecho por el que se establecía pena corporal; la necesidad de mandamiento escrito de los jueces para realizar detenciones y la facultad de cualquier persona para detener al inculpado en casos de flagrancia; se establecía que dentro de las veinticuatro horas siguientes a la detención se le haría saber al inculpado el motivo de la restricción a su libertad. se le debía tomar declaración en ese lapso, se le debía leer al inculpado el motivo de la detención, y los elementos que sustentan la acusación. El proceso era público y excluía la confiscación de bienes, el tormento y la trascendencia de la pena.." ⁵⁶

"..El Decreto Constitucional de 1814 llamado Para la Libertad de la América Mexicana, la Constitución de 1824, las Siete Leyes Constitucionales de 1836, las Bases Orgánicas de 1843 y los Proyectos de 1842 siguieron la tradición de los españoles por cuanto a integrar la figura del fiscal dentro de los organismos judiciales, con facultades de acusación en el proceso penal pero sin establecer un organismo unitario y jerárquico.." ⁵⁷

"..Bajo el régimen de Antonio López de Santa Anna se dictaron las Bases para la Administración de la República, en los que se expresaba el nombramiento de un Procurador General de la República que sería recibido por los tribunales con el carácter de parte y representando los intereses de la Nación.." ⁵⁸

"..Siendo presidente Ignacio Comonfort, el 5 de marzo de 1856 se promulgó la ley denominada Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, en la que se dispone que los tribunales tomen como base de la averiguación la consignación

⁵⁶ Cohn Sánchez, Guillermo, *Derecho Mexicano De Procedimientos Penales*, México, Porrúa, 1970. Pág. 43 Y 44.

⁵⁷ Fix Zamudio, Hector, Ídem. Pág. 163 Y 164.

⁵⁸ Instituto De Ciencias Penales, *Manual De Introducción A Las Ciencias Penales*, México, Secretaría De Gobernación, 1976, Pág. 84.

hecha por el fiscal...La Ley de Jurados Criminales, expedida por Benito Juárez el 15 de junio de 1869, establece tres procuradores a quienes por primera vez se les denomina representantes del Ministerio Público, pero el cambio sólo radica en la denominación y su ventaja única consiste en que se constituyen en parte acusadora con independencia de la parte ofendida por el delito. El Código de Procedimientos Penales de 1880 fue un elemento importante para la integración del Ministerio Público, al disponer en su Artículo 28 que el Ministerio Público se considera una magistratura instituida para pedir y auxiliar la pronta administración de la justicia en representación de la sociedad y para defender ante los tribunales los intereses de la misma y a través de los medios establecidos por la ley..⁵⁹

En septiembre de 1910 Porfirio Díaz expide la primera Ley Orgánica del Ministerio Público considerándolo no como mero auxiliar de la justicia sino como parte en el juicio con ingerencia en todo asunto que afecte el interés público y el de los incapacitados. Se le crea como institución que tiene jerárquicamente al Procurador General de Justicia; lo dota de unidad, con actuación impersonal y como institución que emana del Poder Ejecutivo. El primero de diciembre de 1916, el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, Don Venustiano Carranza, envió un documento a manera de exposición de motivos en relación al proyecto al Artículo 21 constitucional, en el que expresa: *"... las leyes vigentes tanto del orden federal como del común, han adoptado la institución del Ministerio Público, pero tal adopción ha sido nominal porque la función designada a los representantes de aquél, tienen un carácter meramente decorativo para la recta y pronta administración de justicia. 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 para emprender verdaderos asaltos contra los reos para obligarlos a confesar, lo que sin duda, desnaturaliza las funciones de la judicatura. La sociedad recuerda los errores*

⁵⁹ Rivera Silva, Manuel, *El Procedimiento Penal Mexicano*, México, Porrúa, 1983, Pág. 73

cometidos por los jueces que, ansiosos de renombre, veían con positiva fruición que llegase a sus manos un proceso que les permitiera desplegar un sistema completo de opresión, en muchos casos en contra de personas inocentes y en otros contra la tranquilidad y el honor de las familias, no respetando, en sus inquisiciones, ni las barreras mismas que terminantemente establecía la ley. La misma organización del ministerio público, a la vez que evitará ese sistema procesal tan viciado, 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 búsqueda de los elementos de convicción, que ya no se hará por procedimientos atentatorios o 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 cuanto sospechoso juzgan, sin más mérito 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 expedir sino en los términos y con los requisitos que el mismo artículo exige ...” Las Bases de Organización y Funcionamiento quedaron previstas en el Artículo 102 constitucional.

Se considera que en México el Ministerio Público mexicano es conformado por tres elementos “..1.- Del ordenamiento francés se tomó como característica principal el de unidad e indivisibilidad, ya que cuando actúa lo hace en nombre y representación de la institución.;2- La influencia española radica en el procedimiento al formular conclusiones, ya que éstas siguen los mismos lineamientos formales de un pedimento del promotor fiscal del Tribunal de la Inquisición;3.- El elemento nacional radica en el monopolio del ejercicio de la

acción penal, y además porque el Ministerio Público es el jefe de la policía judicial..”⁶⁰

“..El Ministerio Público es y debe ser el más fiel guardián de la ley, órgano desinteresado y desapasionado, representante de los más altos intereses de la sociedad; debe velar por la defensa de los débiles e incapaces, pedir la justa penalidad de un criminal en defensa de la sociedad, debe ser el más meticuloso y empeñado en que brille la inocencia de un acusado que su propio defensor y más severo en el castigo del culpable que la víctima del delito; el más celoso guardián del estricto cumplimiento de las leyes..”⁶¹

“..El Ministerio Público ha sido considerado, por algunos, como el ilustre representante de la sociedad y de la ley; custodio de la libertad y los derechos de los ciudadanos, y por otros, como un engendro *teratológico* semejante a los imaginados por la mitología de la antigüedad clásica. Opinión que día a día va adquiriendo aceptación, sin embargo, dada la misión del ministerio público y para la realización fiel de su mandato, se requiere de hombres sanos, animados del más alto espíritu de libertad, ecuanimidad y justicia para dignificar a esta institución que es fuerza pura y exenta de toda pasión, llena de alta moralidad, de continuo atenta, con vía de animosa vigilancia a la tutela de las leyes y común libertad; respetada por el tiempo y las revoluciones que causaron la ruina de tantas leyes y de tantos órdenes, no la conmovieron, y en el gran movimiento de libertad que hoy fatiga a los pueblos se mantuvo derecha y firme..”⁶²

Don Luis Cabrera sostuvo que “..para que el Ministerio Público cumpla con sus responsabilidades es necesario que se diera un altísimo e insólito civismo, al grado de acusarse entre sus propios miembros ante los tribunales. El ejercicio de

⁶⁰ Piña Y Palacios, Javier, *Derecho Procesal Penal*, México, Botas, 1948, Pág. 59 A 61.

⁶¹ Castro, Juventino. *El Ministerio Público En México*, Edit. Porrúa México 1982.

⁶² Aguilar Y Maya, José, “Dignidad Y Funciones Del Ministerio Público Federal”, En *Revista De Derecho Penal De La Universidad Autónoma De San Luis Potosí*, Abril-Mayo De 1942, Pág. 34 Y Ss.

la acción penal no debe ser en términos arbitrarios e injustos, sino racional y justa. En cuanto a sus miembros, arraigarles la convicción de que son servidores públicos de la colectividad ante la cual tiene que responder moral y legalmente de su actividad..”⁶³

La actuación del Ministerio Público mexicano, durante la fase de la averiguación previa, ha sido objeto de discusión y de fuertes reproches cuando determina el no ejercicio de la acción penal y no permite que el ofendido o la víctima acudan a ningún recurso legal que implique una revisión o análisis de una determinación de esa magnitud.

Frente a esta circunstancia, el Estado no permaneció inmóvil y en fecha 31 de diciembre de 1994 se reformaron diversas disposiciones de la Constitución Política; particularmente, el Artículo 21 constitucional fue adicionado con un cuarto párrafo para establecer que: “..*Las resoluciones del ministerio público sobre no ejercicio y desistimiento de la acción penal podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley..*”

No cabe duda que, dado el carácter de autoridad administrativa que reviste al Ministerio Público, sus actos deben estar sujetos al control constitucional, por lo tanto, es una reforma afortunada frente a los agravios que produce el Ministerio Público cuando determina abstenerse de ejercitar la acción penal o cuando recurre a la figura del desistimiento.

El hecho de que la acción penal la posea el Ministerio Público no lo faculta a asumir una actitud de arbitro en perjuicio de la sociedad que representa.

“..La reciente reforma constitucional debilita y cuestiona el llamado “*monopolio de la acción penal*”. En efecto, la acción penal no es un derecho subjetivo, cuyo

⁶³ Cabrera, Luis, “La Función Constitucional Del Procurador General De La República”, En *Revista Mexicana De Justicia*, Vol. Iii, Núm. 9. Julio-Agosto De 1982. Pag. 134 Y 135

ejercicio sea potestativo para el Estado. Es un poder-deber, porque mediante ella el Estado cumple la obligación primordial de mantener la paz social con la justicia..”⁶⁴

La acción penal es el medio para exigir la realización de la justicia penal. A través de aquélla se solicita el castigo al responsable. La necesidad de acusar se basa en el principio de legalidad, y la posibilidad de abstenerse de acusar, previa valoración de orden político, se funda en el principio de oportunidad.

Es conveniente observar aquí que el principio de oportunidad es la cara opuesta del de la legalidad, y por ende, está vinculado con el llamado Estado de Derecho.

“..Retrospectivamente observamos que el derecho no puede existir sin la sociedad ni ésta sin aquél; históricamente el derecho, en su génesis, ha precedido al Estado. El Estado de Derecho es una expresión propia del Estado moderno, aún y cuando Kelsen sostiene que el Estado es el que crea al derecho o que el Estado es el orden jurídico, ello no basta para fundar el Estado de Derecho..”⁶⁵

La conexión entre el Estado y el Derecho tiene un sentido determinado, en principio el Estado deriva del orden jurídico. El Estado de Derecho es la expresión del ordenamiento jurídico; es la exteriorización que ostenta un poder, una formulación de normas jurídicas, y el Estado a su vez, se integra a ese orden jurídico que crea.

Como puntos distintivos, en cuanto al Estado de Derecho podemos señalar la supremacía de la ley, el principio de la separación de poderes para mejor distribución y limitación en el ejercicio de sus funciones, y fundamentalmente el reconocimiento a la persona de los derechos que cada individuo posee y que el Estado esta obligado a garantizar.

⁶⁴ Pallares, Eduardo, *Prontuario De Procedimientos Penales*, México, Porrúa, 1982, Pág. 8.

⁶⁵ Hernández Gil, Antonio, *La Constitución Y Su Entorno*, T. Vii, Madrid, España, Espasa Calpe, 1988, Pág. 544 Y Ss

En los tiempos actuales, la Institución del Ministerio Público enfrenta graves problemas en el plano de la operatividad, eficiencia y eficacia en su función constitucional encaminada en contra de la criminalidad. A ello se suman situaciones que cuestionan la legalidad de su actuación, en razón de los intereses del ofendido, al respeto de las garantías de los inculpados etc.

La ausencia de programas y discontinuidad de acciones tienen que ver con la creciente ola de delincuencia. La ausencia e insuficiencia de la especialización y la profesionalización de los sujetos quienes participan en esta tarea de prevención y procuración de justicia, son factores causales que se reflejan en la inseguridad pública.

El Ministerio Público en su quehacer cotidiano podemos decir, ha Incumplido con su condición de garante de la legalidad, y los inculpados han padecido excesos, lo que dio paso al reconocimiento jurídico del defensor dentro de la averiguación previa. La afectación física a los inculpados durante la fase de investigación, y consentida por el Ministerio Público, propiciaron la necesidad de formular disposiciones jurídicas específicas como la Ley Para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Ante ello, se estableció, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, y después las Comisiones Estatales de Derechos Humanos, con reconocimiento legal. Esto refleja una desconfianza de la sociedad en los órganos persecutores del Estado y a su vez el propio Estado reconoce sus excesos de la propia institución acusadora.

En cuanto al carácter de *representante social* del Ministerio Público es un tanto descuidada. El ofendido o la víctima desde un principio se enfrentan a un grave problema desde el momento en que formulan su denuncia o querrela ante el Ministerio Público, pues, se les atiende en forma tardía y de mal modo, y en ocasiones la gratuidad de la justicia no es tal.

La figura de la Coadyuvancia, prevista en las leyes adjetivas, es limitada, pues autoriza parcialmente a la víctima en su participación dentro del proceso penal.

En los delitos de competencia federal, en el mayor número de los casos, la víctima resulta ser el Estado.

La reciente adición al último párrafo del artículo 20º constitucional representa otro esfuerzo significativo tendiente a reconocer el derecho de la víctima para recibir asesoría jurídica. Creemos que la víctima del delito no se *siente* debidamente representada por el *representante social*.

Ahora bien, por otro lado, como sabemos el indiciado no puede ser privado de su libertad sino en los casos estrictamente previstos por la ley; tiene derecho a un defensor que ante situaciones de insolvencia económica es sufragado por el Estado; tiene acceso a instituciones defensoras de los derechos humanos; durante su reclusión *deben tener* habitación, vestido, alimentación, educación, trabajo, capacitación para el trabajo, actividades deportivas, artísticas, artesanales, culturales y recreativas; además, servicio médico, derecho a cohabitar, gozar de la visita de su familia y amigos, todo ello en teoría, sin embargo, es triste reconocer el descuido tanto de la autoridad administrativa como de la jurisdiccional, en el cumplimiento de su encomienda.

La función del llamado representante social en su quehacer cotidiano ha sido limitada Incumpliendo con su condición de garante de la legalidad, ha sido en parte ineficiente, en lo que respecta al inculpado, en el mejor de los casos le interesa obtener una declaración de culpabilidad de este, y a su vez que. “..La víctima del delito ha sido reducida a algo menos que un espectador y a algo más que un impertinente para el órgano jurisdiccional..”⁶⁶

⁶⁶ Castro, Juventino. *El Ministerio Público En México*, 4a. Edición, México, Porrúa, 1982, Pág. 107

2.- La Noticia Criminosa (requisitos de procedibilidad)

El Ministerio Público no puede actuar a tontas y a locas, sino, tiene que cumplir primeramente con algunos principios para que su actuación sea confiable, y estos principios son los siguientes: de iniciación, Oficiosidad, Legalidad y Mediatez.

Oficiosidad.- En cuanto al primero debemos decir que, para que actúe el Ministerio público debe existir previamente una denuncia o querrela formulada por una persona física digna de fe; el segundo quiere decir que una vez que el Ministerio Público tiene conocimiento de un hecho delictuosa a través de la denuncia o querrela, ya no es necesaria la excitación del particular, por lo que este, debe continuar con la investigación y realizar todas las actuaciones necesaria hasta saber si lo que se le dijo es delito y encontrar los elementos necesarios para una consignación, y que no son otros más que el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, tomando en consideración los requisitos que dispone nuestra Carta Magna en su artículo 16 constitucional;

Legalidad.- En cuanto al de legalidad destacaremos que, tanto en la primera fase del procedimiento penal, que es la averiguación previa, como en el proceso, el Ministerio público debe ser en todo momento observador y respetuoso de las disposiciones de la ley; es muy común el escuchar que la institución del Ministerio Público es una institución de buena fe, y a decir verdad, no existe Institución gubernamental que sea de mala fe, por ello diremos que la Institución del Ministerio Público es aquella que representa a la sociedad y como tal se encuentra obligada a cuidar con gran celo dicha encomienda, ya que dicha actuación es el pilar fundamental y cimiento donde se finca el proceso que se empapará de los conocimientos de dicha averiguación para encontrar la tan ansiada verdad histórica;

Mediatez.- El de Mediatez se refiere a que el órgano investigador debe acudir oportunamente al escenario del delito para poder recoger los vestigios de la conducta ilícita, y en su oportunidad, pueda determinar lo que corresponda en

términos legales, el Ministerio Público con mayor celo debe cumplir la ley y no apartarse jamás del camino recto, sobre todo procurar integrar la verdad histórica de lo denunciado, recuérdese que es un representante social y tan forma parte de la sociedad el implicado en el delito, como el ofendido, finalmente el afán del Ministerio Público es que se encuentre la verdad histórica, perjudique o beneficie a los que intervienen.

Como ya se señaló, la Averiguación previa se inicia con la Noticia Criminosa, y esta le llega al Ministerio Público por los institutos creados por la ley, que como sabemos son: la Denuncia, la Querella, la Excitativa y la Autorización. El Ministerio Público solamente puede actuar si hay una denuncia o una querella, este es el principio de iniciación, el legislador constitucional se refirió a ello, para evitar delaciones anónimas que trajeran como resultados venganzas entre particulares, por lo que creó los institutos que sirven para dar conocimiento o llevar la noticia al Ministerio Público y estos son: *la denuncia, la querella la excitativa y la autorización*; las más usuales son la denuncia y la querella, por lo trataremos de dar una definición de estas mismas.

Denuncia.- La denuncia la podemos señalar como una relación de hechos, formulada por cualquier persona física, desde luego, hechos que se estimen delictuosos, anteriormente la Querella en el artículo 16° al referirse a ésta señalaba Querella o Acusación, considerándolos sinónimos, pero no es así, puesto que Querella es queja, no acusación, por ello, la única institución para acusar es el Ministerio Público, y los particulares pueden quejarse mas nunca acusar. Cabe aclarar que en dicho sentido, actualmente en nuestra Constitución no se hace menciona a la acusación, sin embargo nuestro Máximo Ordenamiento muestra huellas de ese equívoco al señalar en su artículo 20° fracción tercera "...III. Se le hará saber en audiencia pública y dentro de las 48 horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador" lo que presupone no una denuncia, ni una querella, sino una acusación, facultad única y exclusiva del Ministerio Público.

Denuncia, gramaticalmente proviene “..del verbo denunciar, que proviene del latín denuntiaré, el cual significa hacer saber, remitir un mensaje..”⁶⁷

En relación a la expresión enunciada, ésta tiene varios significados y el más amplio es el que la entiende como un acto en virtud del cual una persona hace del conocimiento de un órgano de autoridad, la verificación o comisión de determinados hechos, con el objeto de que dicho órgano promueva o aplique las consecuencias jurídicas o sanciones previstas en la ley para tales hechos. Dentro de este concepto se puede ubicar a la denuncia en el campo del derecho Procesal Penal; que la define, como un acto por medio del cual una persona pone en conocimiento del Ministerio Público en su carácter de órgano investigador la comisión de hechos que pueden constituir un delito perseguible de oficio.

“..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 este 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 se 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..”⁶⁸

A continuación citaré algunos conceptos de prestigiados autores, sobre lo que señalan y definen como denuncia en nuestro Derecho Mexicano:

García Ramírez, nos dice que la denuncia es “..Una participación de conocimiento, hecha a la autoridad competente sobre la comisión de un delito que se persigue de oficio..”⁶⁹

⁶⁷ Instituto De Investigaciones Jurídicas Diccionario Jurídico Mexicano. Décimo Cuarta Edición Edit. Porrúa. México, 2000, Pág. 899.

⁶⁸ De La Cruz, Agüero, Leopoldo. Procedimiento Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México 1998 Tercera Edición. Pág. 98

⁶⁹ García Ramírez, Sergio, *Proceso Penal Y Derechos Humanos*, 2a Ed , México, Porrúa, 1993, Pág. 341.

Rivera Silva, señala que denuncia es: “..La relación de actos, que se suponen delictuosos, hecha ante la autoridad investigadora con el fin de que ésta tenga conocimiento de ellos y hecha por cualquier persona..”⁷⁰

El maestro Hernández Silva, nos dice que la denuncia es “..una relación de hechos que se estiman delictuosos, formulada por cualesquier persona ante el Ministerio Público..”⁷¹

De las anteriores definiciones podemos observar en primer plano que, existen elementos comunes como son: una relación de hechos o actos que se estimen delictuosos, hecha ante un órgano investigador, formulada por cualesquier persona; al decir cualesquier persona nos referimos a las personas físicas no morales (puntualiza el maestro Hernández Silva), ya que si estas en algún momento se produjeran con falsedad se harían reos de un delito, ello, por que las penas solo son aplicables al que siente y una persona moral es insensible; es de saber que solamente son sujetos activos del delito las personas físicas y no las morales, en cambio sujetos pasivos si pueden ser ambas.

Manuel Rivera Silva, “..la denuncia es la relación de actos que se suponen delictuosos, hecha ante la autoridad investigadora, con el fin de que ésta tenga conocimiento de ellos..”⁷²

Carlos M. Oronoz Santana, “..la denuncia es la relación de hechos que se consideran delictuosos ante el órgano investigador, quien inicia la diligencia que se conoce como averiguación previa y que presenta las siguientes características: una narración de hechos presumibles delictivos, se presenta ante el órgano investigador y puede ser hecha por cualquier persona..”⁷³

⁷⁰ Rivera Silva, Manuel, *El Procedimiento Penal Mexicano*, México, Porrúa, 1983., Pág. 98.

⁷¹ Hernández, Silva .Pedro. Apuntes De La Cátedra De Derecho Procesal Penal. UNAM 2000.

⁷²Rivera Silva, Manuel, *El Procedimiento Penal Mexicano*, México, Porrúa, 1983.,, Pág. 108.

⁷³ Oronoz Santana Carlos M. Manual De Derecho Procesal Penal. Edit. Limusa, Tercera Ed., México, 1990, Pág. 66

El destacado jurista Colín Sánchez Guillermo, señala que denuncia es: “..un medio informativo por medio del cual se hace del conocimiento del Ministerio Público lo que se sabe acerca del delito, ya sea que el propio portador de la noticia haya sido afectado; o bien, que el ofendido sea un tercero; Por lo que la denuncia puede presentarla cualquier persona, en él cumplimiento de un deber impuesto por la ley..”⁷⁴

Para Cesar Augusto Osorio Y Nieto, “..la denuncia es la comunicación que hace cualquier persona al Ministerio Público de la posible comisión de un delito perseguible de oficio..”⁷⁵

Dentro del ámbito del Derecho Procesal Penal, la denuncia de hechos probablemente delictuosos, pueden, ser formulados de manera verbal o por escrito, ante el Ministerio Público o la Policía Judicial. Cuando la denuncia sea presentada en forma verbal, se hará constar en el acta, que será elaborada por el funcionario que la reciba, y en ambos casos, deberá contener el domicilio y, la firma o huella digital del denunciante al que se le protestará para que se conduzca con verdad. El denunciante se limitará a describir los hechos que le constan y que supuestamente son delictivos, pero sin calificarlos jurídicamente; por lo que el Ministerio Público debe prevenir al denunciante para que ajuste su denuncia a esta exigencia, e informarle sobre la trascendencia jurídica del acto que realiza, y las penas en que incurrirán quienes se conducen con falsedad ante la autoridad.

Por lo que respecta a la denuncia, y desde mi punto de vista, creo que denunciar las conductas delictivas es de interés general; pues al quebrantarse el ordenamiento jurídico surge un sentimiento de repulsión hacia el infractor. Por lo que a toda la sociedad nos debe importar que las sanciones se actualicen, con una medida mínima a provocar ejemplaridad y de esa forma, se prevenga el delito.

⁷⁴ Colín. Sánchez Guillermo. Derecho Mexicano De Procedimientos Penales. Decimoséptima Edición. Edit. Porrúa, S.A. México, 1998.

⁷⁵ Osorio Y Nieto. César Augusto. La Averiguación Previa. Edit. Porrúa, S.A. México, 1994, Pág. 7.

Lo anterior, puede justificar que la mayor parte de los delitos sean perseguibles de oficio.

¿Quiénes pueden presentar la denuncia?. Como ya se estudió, la denuncia es noticia del crimen, en general puede ser presentada por cualquier persona, aunque no sea la víctima del delito; sin importar que la misma provenga de un procesado, sentenciado, nacional o extranjero, sexo, edad, religión.

Querella.- La querella, es otro medio legal en el que participa una persona llamada ofendido, querellante o legítimo representante, para poner en conocimiento ante el Ministerio Público, que se la ha causado un daño, pero con la particularidad de que solo esta puede hacerlo, o en su caso, su representante legal siempre y cuando se trate de delitos que sean perseguibles a instancia de parte, expresándole su voluntad de proceder contra del responsable.

La querella es un derecho potestativo de los particulares ofendidos a consecuencia de la comisión de un determinado delito, esto es, nadie puede obligar al querellante a declarar en contra del responsable si aquel no lo desea.

Ahora bien, para comprender la importancia de la figura jurídica de la *querella* en nuestro sistema penal mexicano, considero necesario recurrir a los criterios de algunos destacados juristas que han enriquecido la doctrina mexicana.

En principio señalemos que proviene de: “..latín querella, acusación ante un juez o tribunal competente con que se ejecutan en forma solemne y como parte en el proceso la acción penal contra los responsables de un delito..”⁷⁶

Cesar Augusto Osorio Y Nieto, define a la querella como “..una manifestación de voluntad, de ejercicio potestativo formulada por el sujeto pasivo o el ofendido con

⁷⁶ Instituto De Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. Décimo Cuarta Edición. Edit. Porrúa. México, 2000, Pág 2647

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..”⁷⁷

Guillermo Colín Sánchez, en su obra señala a la querrela “..como un derecho potestativo que tiene el ofendido por el delito, para hacerlo del conocimiento de las autoridades y dar su anuencia para que sea perseguido..”⁷⁸

Según palabras del maestro Hernández Silva, en una de sus cátedras del procedimiento penal señaló que: “..Querrela es una relación de actos que se estiman delictuosos, formulados por el ofendido ante el Ministerio Público, para que éste considerando, si se reúnen los elementos en su oportunidad acuse..”⁷⁹

Rivera Silva la define como “...la relación de hechos expuesta por el ofendido ante el órgano investigador, con el deseo manifiesto de que se persiga al autor del delito..”⁸⁰

Excitativa.- La Excitativa, no muy común en el derecho procesal mexicano, es otra de las formas de hacer del conocimiento al Ministerio Público de la existencia de un hecho ilícito, su uso no es muy frecuente solo es para aquellos delitos de corte internacional que formula el país ofendido, podemos decir que es una queja que hace que presenta un país extranjero cuando se comete un delito en su agravio, dado esto no existen muchos antecedentes con relación a ello.

Autorización.- La Autorización es parte de los delitos en que, cuando las personas gozan de fuero, Diputados, Senadores, secretarios de estado, etc. Necesitan dar las cámaras su autorización para llevar a esas personas un juicio

⁷⁷ Osorio Y Nieto. César Augusto. La Averiguación Previa. Edit. Porrúa, S.A. México, 1994, Pág. 7.

⁷⁸ Colín Sánchez Guillermo Derecho Mexicano De Procedimientos Penales. Decimoséptima Edición. Edit. Porrúa, S.A. México, 1998

⁷⁹ Hernández, Silva .Pedro. Apuntes De La Cátedra De Derecho Procesal Penal. UNAM 2000.

⁸⁰ Rivera Silva, Manuel, *El Procedimiento Penal Mexicano*, México, Porrúa, 1983.

previo para desaforar, siendo la Cámara de Diputados la que funge como órgano acusador y la de Senadores como órgano jurisdiccional.

Como sabemos la tarea del órgano investigador es muy dura y de una responsabilidad plena y trascendental para el camino del proceso, ya que con su actuación fija y establece las bases para dicho proceso; lo preocupante es que en la actualidad la Institución del Ministerio Público no se encuentra exenta de violar la ley por diversas razones, en cuanto a la integración de la Averiguación, en ocasiones no se logra perfeccionar y se integran de manera defectuosa o se trata de perfeccionar con prácticas no legales que violentan todo estado de derecho, y estamos concientes en la necesidad de una estructura fiel y verídica de los hechos, así como, una profesional y correcta investigación e integración de la averiguación para poseer un buen cimiento para el proceso penal.

3.- El Cuerpo del Delito.

Recordando la reforma de fines del 93, donde no se hablo de cuerpo del delito sino de acción típica, ahora en la nueva reforma del 99 volvemos a hablar de cuerpo del delito; ahora es, la comprobación de los elementos materiales necesarios para integrar la infracción punitiva, de esto varios autores han dado algunas opiniones en lo que respecta al cuerpo del delito.

Para dar inicio al estudio de este punto es importante citar el artículo 16° de nuestro Máximo Ordenamiento, precepto por demás importante al que retorna nuevamente la figura jurídica de El Cuerpo del Delito, cuyo texto hasta antes de las reformas del 8 de marzo de 1999 señalaba: “..No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado..”

Dicho párrafo fue objeto de reforma el 8 de marzo de 1999. El primer cambio es la eliminación en la figura de la *Acusación*, por haber caído en desuso y no encontrar una aplicación práctica; dejando solo las figuras de la denuncia y la querrela como requisitos de procedibilidad para el inicio de la cometida a un proceso penal. Así mismo, y por demás discutido es el cambio que se da en cuanto a los requisitos para librar la orden de aprehensión, que anteriormente era la acreditación de los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad.

Al señalar el Art. 16º la exigencia de estos requisitos para el libramiento de la orden de aprehensión, tenía repercusión en el ejercicio de la acción penal, cuyo titular es el Ministerio Público, quien debía satisfacer los requisitos señalados para ejercitarla.

Según los legisladores en cuanto al esquema planteado en el Diario de Debates en la reforma de 1993 se decidió cambiar con dos argumentos fundamentales:

“..Era necesario disminuir la carga probatoria que tenía el Ministerio Público para ejercitar la acción penal, y como consecuencia era necesario que no se le exigiera al Ministerio Público la acreditación de todos los elementos del tipo penal por que ello obligaba que en la averiguación previa se realizara un proceso, así el Ministerio Público realizaba la función de juez con lo que se desnaturalizaba todo el procedimiento.

Había una lucha entre el Ministerio Público y el órgano jurisdiccional. La corte hizo indebidamente una interpretación sobre la exigencia de los elementos del tipo, lo que provocó que los jueces le exigieran al Ministerio Público la acreditación plena de los elementos del tipo; esa exigencia trajo como consecuencia que en muchos casos a juicio de los jueces no se tuvieran por acreditadas plenamente los elementos del tipo por lo que negaba la orden de aprehensión o que en su momento se decretara la libertad a los detenidos..”. Ante esto se dijo, que era mucha carga probatoria para el Ministerio Público.

Ahora bien, actualmente y con las reformas del 8 de marzo de 1999 el texto en su segundo párrafo quedo integrado de la siguiente manera “..No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado..”

Así el Art. 16° , estable como requisitos para librar la orden de aprehensión: La Comprobación del cuerpo del delito y la Acreditación de la probable responsabilidad penal.

Con esta reforma se busca disminuir la carga probatoria del Ministerio Público, ya que la acreditación del cuerpo del delito solo se refiere a los elementos objetivos y a los elementos normativos. Al Ministerio Público se le elimina la obligación de acreditar los elementos subjetivos del tipo penal, por lo menos a nivel de cuerpo del delito.

Ahora bien el Tipo penal cuenta con 3 elementos que son: Los Objetivos, Subjetivos y Normativos.

Con el actual esquema se elimina la comprobación del elemento subjetivo, lo que produce efectos probatorios complicados para cumplir con el principio de tipicidad.

Tenemos como Elementos objetivos:

1. Conducta: acción u omisión.
2. Lesión o puesta en peligro del bien jurídico.
3. Sujeto activo, sujeto pasivo (no).
4. Resultado material.
5. Nexo causal (solo si hay resultado material).
6. Objeto material.
7. Forma de intervención del sujeto.

8. Las demás circunstancias de tiempo, modo, lugar y ocasión.

Los elementos normativos, son aquellos que exige la norma y requieren de una valoración jurídica para los efectos de su acreditación.

Como Elementos subjetivos tenemos:

1. Dolo y culpa.

2. Específicos o subjetivos distintos al dolo o la culpa. Por ejemplo: Con el propósito de...Al que con ánimo de...

Los creadores de la reforma dijeron que todo esto era excesivo, que el Ministerio Público se convertía en juez al tener que acreditar todos esos elementos, por lo que se debía cambiar a cuerpo del delito. El Ministerio Público no estaría obligado a acreditar si hubo dolo o culpa u otro elemento subjetivo específico, lo que provocaría a su vez que el sujeto al momento en que es llevado ante el juez todavía no sepa que delito se le está imputando. Se puede dar que al dictarse el Auto de Formal Prisión todavía el gobernado no sepa por que delito se le va a procesar, ya que en este momento lo que interesa a la constitución es la acreditación del cuerpo del delito.

Este esquema limita los derechos del gobernado pues este tiene derecho a saber en el Auto de Formal Prisión porque delito se le va a seguir proceso penal.

La jurisprudencia había definido al cuerpo del delito como: "...el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen un delito con total abstracción de la voluntad del dolo, que se refiere solo a la culpabilidad, salvo los casos de dolo específico en las cuales éste constituye un elemento importante de carácter moral que requiere comprobación..". Pero como se habían olvidado de los elementos normativos, ahora dentro del cuerpo del delito se comprenden los elementos objetivos y normativos.

El Art. 168 3er párrafo Código Federal de Procedimientos Penales, hace una mezcla de conceptos al hablar de la probable responsabilidad:

- (a) Forma de intervención del sujeto.
- (b) Forma en que cometió el delito (dolo o culpa)
- (c) Elementos de la antijuricidad.

Aquí se mezclan elementos subjetivos que fueron extraídos del tipo penal para llevarlos al ámbito de la responsabilidad, por lo que se logra rescatar, pues aunque no hay que probar estos elementos subjetivos en el cuerpo del delito, si se tiene que hacer en la probable responsabilidad.

Por otro lado, algo que va en contra de la propia reforma es lo que señala el Art. 134 que dice: en cuanto aparezca de la Averiguación Previa que se han acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en los términos del Art. 168, el Ministerio Público ejercerá la acción penal ante los tribunales y expresará, sin necesidad de acreditarla plenamente la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos en cuanto la descripción típica lo requiera.

Aquí se obliga al Ministerio Público a decir como intervino el sujeto, si actuó dolosa o culposamente o si hay elementos subjetivos específicos. Esto le garantiza al sujeto saber de que se va a defender.

Por otra parte y por demás ilustrativo daremos algunas definiciones que varios autores han aportado en cuanto a lo que estos consideran por cuerpo del delito.

Nos dice el maestro Rivera Silva: “..es un aparte del todo, de la misma manera que el cuerpo humano es una parte de la identidad del hombre, por eso se dice, el cuerpo del delito es un parte del todo y se integra con todos los elementos materiales del tipo penal de que se trate, por ello nos dice el maestro Pedro Hernández Silva, que por tratarse de una parte del delito, debemos señalar que parte es, y nos dice, que cuerpo del delito es la conducta y la tipicidad, en este

último elemento del delito, se encierra todo lo necesario para que se integre el cuerpo del delito, para que fuera delito, son necesarios los otros elementos que son la antijuricidad y la culpabilidad. Creo que con esto queda clara la idea de que debe entenderse por cuerpo del delito..”

“..Los elementos materiales a los que nos referimos son todos los que integran el tipo, ya sean valorativos, subjetivos, normativos etc., pondremos un ejemplo claro, ...el objeto del delito de robo se integrará con los elementos siguientes: apoderamiento de cosa mueble ajena, sin derecho, ni consentimiento de quien puede disponer de esa cosa con arreglo a la ley por eso hablamos que el cuerpo del delito es la tipicidad..”⁸¹

El cuerpo del delito de conformidad con el 19º constitucional es uno de los elementos medulares para que pueda decretarse un auto de formal prisión, el cual señala expresamente que: “..Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de 72 horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado..”

Ahora bien, la Suprema Corte señala que “..Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan el delito, con total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refiere sólo a la culpabilidad, pues así se desprende del capítulo relativo a la comprobación del cuerpo del delito..” Así mismo, agrega que: “..Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal..”

⁸¹ Rivera Silva, Manuel, *El Procedimiento Penal Mexicano*, México, Porrúa, 1983, Págs. 155, 156 Y 159

Cuando hablamos de Cuerpo del Delito nos referimos a cuestiones impersonales que se refieren a la verificación de un hecho tipificado por la ley como delito, (el tipo), independientemente de la autoría de la conducta y su comprobación, tal como lo señala la Suprema Corte, “..constituye la base de todo procedimiento penal, y sin ella no puede declararse la responsabilidad del acusado, ni imponérsele pena alguna..”

Ahora bien, citaremos algunas tesis jurisprudenciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en cuanto a lo que refieren a la figura jurídica de El Cuerpo del Delito:

“..CUERPO DEL DELITO Y PRESUNTA RESPONSABILIDAD. PRUEBA POR LOS MISMOS ELEMENTOS. Si bien es cierto que cuerpo del delito y la presunta responsabilidad resultan ser conceptos diferentes, en virtud de que el primero se refiere a cuestiones impersonales relativas a la verificación de un hecho tipificado por la ley como delito, independientemente de la autoría de la conducta, y la segunda radica en la atribución de la causación del resultado a una persona; también lo es que, puede suceder que un medio de convicción sirva para acreditar ambos extremos, ya que en ese caso, por un lado puede revelar la existencia de un hecho determinado como delito y por el otro atribuir la comisión del suceso a un sujeto específico; por tanto, tener por justificadas ambas premisas con los mismos datos probatorios no trae como consecuencia una violación de garantías.

CUERPO DEL DELITO, MEDIOS PARA COMPROBARLO. La autoridad judicial goza, en principio, del más amplio criterio para estimar los elementos conducentes a la comprobación de un hecho delictuoso, aun cuando no sean de los que define y detalla la ley, si no están reprobados por la misma de tal manera que, aun cuando alguno de los medios que la ley señala para comprobar el cuerpo del delito, no se hayan usado o se hayan usado deficientemente, si con los demás que

la ley proporciona, se llega a la comprobación del hecho criminoso, ello es bastante para que no se puedan tener por conculcadas las garantías individuales.."

Ejemplificamos de la siguiente manera lo que la suprema corte de justicia de la nación señala en cuanto a los elementos materiales de un delito "...servidores públicos. El delito de ejercicio indebido del servicio publico, interpretación de la fracción v del artículo 214 del Código Penal Federal. Los elementos materiales y objetivos constitutivos del delito de ejercicio indebido de servicio público, son: a) Que el sujeto activo del delito sea servidor público; b) Que éste, por razón de su empleo, cargo o comisión, tenga obligación de custodiar, vigilar, proteger o dar seguridad a personas, lugares, instalaciones u objetos; y, c) Que por el incumplimiento de su deber, el sujeto activo, en cualquier forma, propicie daño a las personas, lugares, instalaciones u objetos o bien, que por lo mismo haya pérdida o sustracción de objetos que se encuentren bajo su cuidado. De lo anterior se concluye que únicamente pueden tipificar este ilícito los custodios, guardias o vigilantes, que por razón de su función estén obligados precisamente a custodiar, vigilar, proteger o dar seguridad a objetos, lugares o instalaciones, por lo que si en la especie el quejoso si bien es cierto que era funcionario público al desempeñarse como residente de Conservación de Caminos Rurales de la Secretaría de Comunicaciones y Transportes y que tenía a su resguardo el vehículo robado, no hay indicio alguno del que se demuestre que por razón de su empleo, cargo o comisión, tuviere la obligación de cuidar, vigilar, proteger o dar seguridad al referido objeto materia del delito.

Comprobar el cuerpo del delito, es demostrar la existencia de los elementos de un proceder histórico que encaja en un tipo penal, y esa demostración, habrá de hacerse con las pruebas que se hayan reunido en el término constitucional.

4.- Presunta Responsabilidad

La Suprema Corte ha determinado que el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad "...resultan conceptos diferentes, en virtud de que el primero se refiere a cuestiones impersonales relativas a la verificación de un hecho tipificado

por la ley como delito, independientemente de la autoría de la conducta, y la segunda radica en la atribución de la causación del resultado a una persona; también lo es que, puede suceder que un medio de convicción sirva para acreditar ambos extremos, ya que en ese caso, por un lado puede revelar la existencia de un hecho determinado como delito y por el otro atribuir la comisión del suceso a un sujeto específico; por tanto, tener por justificadas ambas premisas con los mismos datos probatorios nos trae como consecuencia una violación de garantías..”

Como ya hemos señalado el cuerpo del delito es uno de los elementos medulares que dispone nuestra Constitución para que, entre otras cosas, se este en posibilidad de librar una orden de aprehensión, decretar un auto de formal prisión, ejercitar acción penal etc, así mismo, se señala la necesidad inminente de la existencia de la probable responsabilidad como requisito de procedencia en algunas de las determinaciones judiciales.

“..Tanto en la práctica, como en la doctrina, se hace referencia indistintamente a la responsabilidad probable o presunta de una persona; ambos calificativos son sinónimos, significan: lo fundado en razón prudente o, de lo que se sospecha, por tener indicios. En consecuencia existe probable responsabilidad, cuando haya elementos suficientes para suponer que una persona pudo haber tomado parte, de alguna manera en la concepción, preparación o ejecución de un acto típico, antijurídico y culpable..”⁸².

Aunque es de mencionar que el Código Penal Para el Distrito Federal en su artículo 13° señala los que en un momento dado pueden resultar con esa parte de responsabilidad, sea como autores o partícipes del delito, el cual transcribimos para referencia.

“..Artículo 13.- Son autores o partícipes del delito:

⁸² Colín Sánchez Guillermo. Derecho Mexicano De Procedimientos Penales. Decimoséptima Edición. Edit. Porrúa, S.A. México, 1998.Pág. 386.

- I.- Los que acuerden o preparen su realización.
 - II.- Los que los realicen por sí;
 - III.- Los que lo realicen conjuntamente;
 - IV.- Los que lo lleven a cabo sirviéndose de otro;
 - V.- Los que determinen dolosamente a otro a cometerlo;
 - VI.- Los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión;
 - VII.- Los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito y
 - VIII.- Los que sin acuerdo previo, intervengan con otros en su comisión, cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo.
- Los autores o partícipes a que se refiere el presente artículo responderán cada uno en la medida de su propia culpabilidad..⁸³.

Para hablar de la Presunta Responsabilidad, es menester dar el concepto de responsabilidad, y esto, a nuestro concepto es: el deber jurídico en el que se haya un imputable de dar cuenta a la sociedad de sus actos, ahora bien, presumir quiere decir, suponer con datos firmes y objetivos algo; recordemos que presunción se deriva de prueba, que quiere decir que hay prueba para ello, por eso es presunta o probable, por dicha razón el legislador no emplea la palabra posible que es más incierta, ya que ella quiere decir que puede ser o no ser, no hay datos para alguna u otra cosa, pero presumir es diferente, por que ahí se cuenta con datos objetivos y ciertos, por lo que este elemento es tan importante para que quede integrado el auto de formal prisión, dado que, con los elementos del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad puede decretarse dicho auto o en su caso, a falta de estos un auto por falta de elementos para procesar.

En cuanto a la determinación de la presunta responsabilidad del procesado corresponde, sin duda, de manera principal, al Juez; sin embargo también concierne al Ministerio Público. Es indudable que, durante la averiguación previa,

⁸³ Código Penal Para El Distrito Federal.

para que el Ministerio Público este en posibilidad de resolver la libertad del sujeto o consignación es menester que se consideren y valoren de forma armónica los hechos, así como, las pruebas existentes que se hayan desprendido de la diligencias practicadas, dado que, aún integrado el cuerpo del delito, sin la existencia de la presunta responsabilidad, no se podrá ejercitar acción penal. El juez en distintos momentos procesales debe tener la certeza en cuanto la existencia de la presunta responsabilidad del sujeto, para estar en aptitud de determinar sobre la situación del mismo.

“..En la práctica, bastan indicios para considerar demostrada la presunta responsabilidad; no obstante, el juzgador no debe atenerse exclusivamente a lo indicado, porque, lo más prudente, es atender a los diversos medios de prueba establecidos en cada uno de los códigos adjetivos, para que previo análisis de los hechos, en relación con estos, faciliten una resolución consistente, clara y precisa, y así se eviten procesos inútiles y molestias, sin fin, a las personas..”⁸⁴

Como ya se mencionó, el Art. 168 3er párrafo CFPP, hace una mezcla de conceptos al hablar de la probable responsabilidad, se mezclan elementos subjetivos extraídos del tipo penal para trasladarlos al ámbito de la responsabilidad, y aunque no hay que probar estos elementos subjetivos en el cuerpo del delito, si se tiene que hacer en la probable responsabilidad.

Según el maestro Hernández Silva, los elementos a satisfacer para tener por acreditada la probable responsabilidad son cuatro:

1.- Acreditar que la conducta es antijurídica: es decir, que sea:

* Típica;

* Antijurídica, contraria a derecho; y,

⁸⁴ Colín Sánchez Guillermo. Derecho Mexicano De Procedimientos Penales. Decimoséptima Edición. Edit. Porrúa, S.A. México, 1998. Pág. 387.

* Se debe demostrar que no haya ninguna causa que excluya el carácter antijurídico de la conducta de acuerdo a lo dispuesto por el Art. 15º del Código Penal para el Distrito Federal.(excluyentes del delito).

“..El delito se excluye cuando: El hecho se realice sin intervención de la voluntad del agente; Atipicidad; Se actúa con el consentimiento del titular del bien jurídico afectado, siempre y cuando (el bien jurídico sea disponible, Que el titular del bien jurídico tenga la capacidad jurídica para disponer del mismo, Que el consentimiento sea expreso o tácito); Legítima defensa; Estado de necesidad (estado de necesidad justificante: justifica su conducta en dos bienes de igual valor. Estado de necesidad exculpante: se sacrifica el bien jurídico de menor valor); Cumplimiento de un deber jurídico en ejercicio de un derecho; El hecho típico sea realizado por un inimputable; Acción u omisión realizado bajo error invencible; Inexigibilidad de otra conducta; Caso fortuito..”⁸⁵

“..En 1993 se cambia la denominación de excluyentes de responsabilidad a excluyentes del delito. Los componentes del delito son: la Conducta; Tipicidad; Culpabilidad; y la Antijuricidad.

La legítima defensa excluye la antijuricidad; la responsabilidad penal solo se excluye por la culpabilidad;

2.- La forma de comisión del delito, si la conducta desplegada por el sujeto fue doloso o culposo (elementos subjetivos);

3.- La forma de intervención del sujeto: si es autor material, cómplice o instigador.

Autor: la autoría se determina en función de la división del trabajo. Se caracterizan por tener una intervención directa en la comisión del delito.

⁸⁵ García, Ramírez Efraín Código Penal Para El Distrito Federal, Comentado, Revisión. Edit. Sista, México 2000

Partícipe: sujetos que auxilian en la comisión del delito pero no tienen el control directo del delito. (tiene una pena menor que el autor)..”⁸⁶

Por lo tanto tienen que estar comprobada, acreditada su forma de intervención.

4.- Comprobar elementos del tipo normativo a nivel de probable responsabilidad como son:

- a) La imputabilidad.
- b) El conocimiento de la antijuricidad.
- c) La exigibilidad de una conducta (elementos de culpabilidad).

Es decir, tiene que acreditar que el sujeto es inimputable, pues tenía la capacidad de comprender que su conducta es ilícita; que sabía que su conducta era contraria a derecho, aquí entra la figura del *Error De Prohibición* que se concretiza cuando el agente desconoce la ilicitud de su conducta, y que al sujeto le era exigible otra conducta, sin haber sido obligado a actuar como lo hizo, que había una libre determinación del sujeto.

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

5.- Determinaciones del Ministerio Público

En 1992 surge la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en el ámbito constitucional, como uno de los mecanismos de control a las determinaciones del Ministerio Público logrando un freno en su a veces irresponsable y arbitraria actuación. La mayoría de las quejas que se presentaban eran contra las actuaciones del Ministerio Público.

⁸⁶ Hernández, Silva .Pedro. Apuntes De La Cátedra De Derecho Procesal Penal. UNAM 2000.

En el Art. 21º se otorga al Ministerio Público la facultad de investigar y perseguir delitos expresando “..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..” De manera indebida se identifica o se ha pensado que esta atribución es un monopolio, pero lo que tenemos en realidad es una atribución específica para el Ministerio Público esta falsa interpretación dio lugar a que las resoluciones del Ministeriales no fueran objeto de control directo; por ello fue necesario crear dicho mecanismo en cuanto a la actuación del Ministerio Público, para ello, entre otras cosas, la reforma del artículo 16º de nuestra Constitución que dispone la impugnación a la determinación del no ejercicio y desistimiento de la acción penal.

La consignación.- El Órgano investigador después de haber practicado, en la averiguación previa, todas las diligencias necesarias dispuestas por la legislación, será necesario que, como representante de la sociedad, ponga en conocimiento del Órgano Jurisdiccional los intereses de los particulares, o del Estado, en el caso concreto, los hechos denunciados que sean constitutivos de algún delito.

Podemos señalar que, durante el proceso penal la acción se presenta en tres etapas que son: la de investigación en donde se prepara el ejercicio de la acción cuyo fundamento serán las pruebas y elementos obtenidos durante esta; la persecución, que consiste en que una vez existiendo el ejercicio de la acción ante los tribunales, esta, constituye la instrucción, entendida como la acusación que hace el Ministerio Público en su actuar punitivo donde puede establecer de forma precisa las penas que serán objeto de análisis judicial, y por ello podemos decir que dicha etapa constituye la esencia del juicio, dado que en esta pedirá la aplicación de las sanciones privativas de libertad o en su caso pecuniarias, o ya sea como consecuencia del hecho delictivo, la reparación del daño en forma de indemnización o la restitución de la cosa afectada.

Algunos autores, en relación a los términos de Consignación y Acción Penal los consideran como sinónimos, sin embargo la mayoría coinciden que es por medio de la consignación como nace el ejercicio de la acción penal.

Etimológicamente la palabra acción proviene del latín actio onis "...derivación de "agere" que significa hacer, su acepción gramatical en: toda actividad o movimiento que se encamina a determinado fin..."⁸⁷

Al respecto Colín Sánchez señala: "...la consignación es el acto procedimental, a través del cual el Ministerio Público ejercitará la acción penal, poniendo a disposición del Juez las diligencias o el indiciado..."⁸⁸

Ahora bien, el ejercicio de la Acción penal, no es sino la puesta en conocimiento de un juez de una investigación hecha por la Autoridad Administrativa la cual debe ser objeto de estudio en un proceso penal.

De otra forma podemos decir que es la facultad que tiene el Estado a través del Ministerio Público para solicitar una pena por un delito que se ha cometido, por ello, el Ministerio Público materializa esa facultad hasta el momento de formular conclusiones, cuando estas son acusatorias, antes lo que tiene es Acción Procesal Penal que es la facultad de excitar al Órgano Jurisdiccional.

Ahora bien, en cuanto a la acción penal se refiere, el Ministerio Público debe de estar sujeto a determinadas consideraciones que la ley le marca para decidir si ejercita o no dicha acción. Ello quiere decir que previo cumplimiento a las disposiciones legales podrá llevar al cabo dicha determinación antes no, dando cumpliendo así con lo ordenado por nuestra Constitución Federal, con motivo de la reforma al Art. 16º de nuestro Máximo Ordenamiento, el Ministerio Público para ejercitar la acción penal debe en principio cumplir con lo siguiente:

⁸⁷ Palomar De Miguel, Juan. Diccionario Para Juristas. Editorial Mayo, México 1981. Pág. 13.

⁸⁸ Colín, Sánchez Guillermo Derecho Mexicano De Procedimientos Penales. Decimoséptima Edición. Edit Porrúa, S.A Mexico, 1998

I. Acreditar el cuerpo del delito, es decir los elementos objetivos, adjetivos o materiales y de la descripción típica.

II. Acreditar la probable responsabilidad es decir: La Forma de comisión del delito: dolo y culpa; Forma de intervención del sujeto en la comisión del delito: autor intelectual, autor material, coautor, partícipe.;Culpabilidad del sujeto: que el sujeto es imputable, que no exista un error de prohibición y que le era exigible la realización de la conducta.

De otra forma podemos decir que la Consignación es el acto procesal a través del cual, el Estado por conducto del agente del Ministerio Público ejercita la acción penal. Para cuyos fines, remite al juez el acta de Policía Judicial y al indiciado, o en su caso, únicamente las diligencias, iniciándose con esto el proceso, tal pareciere que en ocasiones pone diligencias y en otras indiciados, si embargo, lo que realmente pone en manos del Juez es un pliego petitorio conocido con el nombre de y tal como lo señala el artículo 134 de Código Adjetivo Penal en materia Federal “..En el pliego de consignación, el Ministerio Público hará expreso señalamiento de los datos reunidos durante la averiguación previa..”

La consignación, en ocasiones no se acompaña de indiciado; el acto de consignación como de lo anterior se desprende puede darse en dos formas: sin y con detenido, ahora bien, cuando la consignación es sin detenido y se trata de delitos que se sancionan con pena corporal, contendrá pedimento de orden de aprensión, pero 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.

El Código Adjetivo Penal para el Distrito Federal en su artículo 168bis señala que “..Si la consignación es con detenido deberá inmediatamente ratificar la detención, si ésta fuere constitucional, en caso contrario decretará la libertad con las reservas de ley..”, así, en el término constitucional el juez tiene que resolver la situación jurídica del sujeto, si el juez dicta un Auto de Formal Prisión o de sujeción a proceso significa que el ejercicio de la acción penal estuvo bien realizado o correcto; si dicta un auto de libertad por falta de elementos para procesar significa que el ejercicio de la acción penal fue incorrecto.

Cuando la consignación es sin detenido el Ministerio Público puede solicitar la orden de aprehensión, y el juez después de analizar si se cumple con los requisitos de ley podrá en su caso dictar una orden de aprehensión o comparecencia, lo que hace suponer que la consignación está bien hecha.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal al respecto señala:

“..Artículo 286 Bis.- Cuando aparezca de la averiguación previa que existe denuncia o querrela, que se han reunido los requisitos previos que en su caso exijan la ley y que se ha acreditado la existencia del cuerpo del delito la probable responsabilidad del indiciado, el Ministerio Público ejercitará la acción penal ante el órgano jurisdiccional que corresponda..”

Así mismo que, “..El juzgado ante el cual se ejercite la acción penal, radicará de inmediato el asunto. Sin más trámite le abrirá expediente en el que se resolverá lo que legalmente corresponda y practicará, sin demora alguna, todas las diligencias que resulten procedentes....Tratándose de consignación sin detenido por delito grave o delincuencia organizada, inmediatamente debe radicarse el asunto, y

dentro de las veinticuatro horas siguientes la autoridad resolverá sobre el pedimento de la orden de aprehensión..⁸⁹.

Si el juez no resuelve de forma oportuna sobre ello el Ministerio Público deberá interponer su queja ante la Sala Penal del Tribunal Superior que corresponda.

La Reserva.- Como ya se ha hecho mención en párrafos anteriores, una vez realizadas todas y cada una de las diligencias necesarias en la investigación, el Ministerio público, sea ya como agencia investigadora en turno o mesa de Trámite, procederá a emitir una resolución que decidirá la situación jurídica del indiciado en la Averiguación previa, en este sentido la resolución a desarrollar en estas líneas es la reserva.

Dicha resolución tiene lugar cuando de las diligencias practicadas no se comprueba la existencia de un delito o la responsabilidad del sujeto activo, pero con la opción de que se pueden aportar elementos de prueba siempre y cuando no prescriba por el transcurso del tiempo; es decir, "la reserva" tiene lugar cuando existe la posibilidad de cualquier naturaleza para el Ministerio público de proseguir con la integración de la Averiguación previa, esto es, se reserva el expediente mientras tanto se buscan mayores elementos o se tienen diligencias por desahogar.

En este sentido se entiende que no se han practicado todas las diligencias necesarias, ya sea por situación de hecho o por alguna dificultad material. Cuando se tropieza con una situación de hecho, la lógica jurídica indica que se deben desahogar todas las diligencias pendientes, y dicha autoridad debe practicar todas las diligencias necesarias para que se de cumplimiento a lo establecido por el Art. 16º de nuestro Máximo ordenamiento.

⁸⁹ García, Ramírez Efraín. Legislación Penal Procesal Código De Procedimientos Penales Para El Distrito Federal. Revisión, Décima Edición. Edit Sista, México 2000.

III.- Cuando, aún pudiendo ser delictivos la conducta o los hechos de que se trate, resulte imposible la prueba de su existencia por obstáculo material insuperable;

IV.- Cuando la responsabilidad penal se halla extinguida legalmente, en los términos del Código Penal; y

V.- Cuando de las diligencias practicadas se desprenda plenamente que el inculpado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal..”⁹³

La abstención de ejercitar la acción penal es prácticamente una obligación del Ministerio Público. Es contradictorio pensar que el órgano persecutor sustente válidamente una acusación de hechos que no son constitutivos de un delito. O cuando la acción se encuentra extinguida. O existe la prueba plena de una excluyente del delito, etc. Pero lo que no debe quedar sin control es precisamente el ejercicio de esa facultad que no se ajuste al principio de legalidad.

Los supuestos que regula el Artículo 137 del Código Federal de Procedimientos Penales para no ejercitar la acción penal parten de la hipótesis de que el Ministerio Público ha realizado un completo desarrollo de las diligencias necesarias para determinar si es procedente o no la acusación. Por lo que en tal caso, si la conducta o hecho probado no es constitutivo de un delito, si se demuestra plenamente la falta de participación del sujeto, se halla extinguida la responsabilidad penal, se acredita una excluyente del delito.

A las arbitrariedades del pasado, y no obstante la disposición constitucional que señala que las detenciones solo pueden hacerse en flagrancia y caso urgente, esta no se cumplía, por ello en 1991 se reforma la ley procesal a fin de evitar las detenciones prolongadas, con ello se empiezan a frenar las decisiones del Ministerio Público cuando declaraba el no-ejercicio o el desistimiento.

⁹³ García, Ramírez Efraín. Legislación Penal Procesal. Código Federal De Procedimientos Penales. Revisión, Décima Edición. Edit. Sista, México 2000.

En el año de 1994 se adiciona a la constitución, en su artículo décimo sexto un cuarto párrafo que señala: "...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.."

Hoy en día, otro de los problemas se centra en determinar cuál es el recurso para impugnar la abstención del ejercicio de la acción penal o el desistimiento presentado por el Ministerio Público y qué autoridad jurisdiccional ha de conocer de las impugnaciones.

Ahora bien, tocando un poco y de forma muy somera este punto, podríamos señalar, que partiendo de la premisa de que todo acto de autoridad está sujeto al análisis y control constitucional, sería la vía del amparo ante el juez de distrito en materia administrativa en razón de la naturaleza administrativa que posee el Ministerio Público, sin embargo podemos hacer otro planteamiento que deriva de esta reflexión, esto es, en que si habrá de promoverse el "recurso" ante un juez de Distrito en materia administrativa o ante uno en materia penal, en función de la naturaleza administrativa del Ministerio Público o la materia de la acción penal, respectivamente, de acuerdo con el criterio sostenido por el poder Judicial de la Federación, el juicio de amparo indirecto es el mecanismo para impugnar las decisiones del Ministerio Público en cuanto al desistimiento y no-ejercicio de la acción penal.

Las figuras del no ejercicio de la acción penal y el desistimiento son distintas, en este sentido la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho: "...La acción penal es el poder de que está dotado el Ministerio Público para solicitar la actuación del órgano jurisdiccional y la instauración del proceso penal en contra de persona determinada, con el propósito de que se aplique la pena o medida de seguridad correspondiente, mientras que el desistimiento de tal acción es la renuncia a esa solicitud o abandono del derecho respectivo, que la representación expresa dentro del proceso para evitar que este continúe o culmine..". Por

consiguiente si la acción penal 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 Inejercicio y el Desistimiento de la Acción penal.- Estas, son Instituciones que las vincula un mismo motivo: la improcedencia de la acusación por hecho determinado constitutivo del delito de que se trate, pero en el fondo son figuras distintas, fundamentalmente por el momento procesal en que aparecen en el drama penal y sobre todo por la diferente evolución legislativa que han desarrollado dentro del procedimiento penal federal.

En el desistimiento de la acción penal necesariamente tiene que intervenir su titular que es el Ministerio Público, así desistirse de la acción penal significa retirar la pretensión punitiva, es decir, plantear el retiro de la acusación o persecución del delito por parte del Ministerio Público.

La jurisprudencia señala que “..el desistimiento de la acción penal es la renuncia a esa solicitud o el abandono del derecho respectivo, que la representación social expresa dentro del proceso.. para evitar que éste continúe o que culmine..”

Sin embargo, el Ministerio Público no puede desistirse libremente de la acción penal, porque la acción penal es una acción pública según la jurisprudencia, por lo que no puede quedar a discreción del Ministerio Público el desistirse o no, pero es válido decir que el planteamiento que haga el Ministerio Público de desistirse de la acción penal puede ser convalidada por el procurador de justicia correspondiente. Así el Ministerio Público puede plantear el desistimiento de la acción penal, pero éste tiene validez jurídica cuando el procurador la convalida.

El desistimiento no implica la conclusión del proceso dado que el Ministerio Público como institución puede plantear ante el órgano jurisdiccional la posibilidad de retirar su función punitiva, pero a quien le corresponde resolver sobre el carácter fundado o infundado del planteamiento del Ministerio Público es el órgano

jurisdiccional, ya que el Ministerio Público cuando inicia el proceso penal actúa como parte por lo que el ejercicio de su función no se convierte en una acción vinculante para el órgano jurisdiccional, así aunque el Ministerio Público puede desistirse de la acción penal, este desistimiento no produce efectos hasta que el órgano jurisdiccional lo tenga como válido pues el Ministerio Público dentro del proceso actuará como parte y como tal quién resolverá es el juez.

El problema que ha generado la reforma al Art. 21º constitucional, es que de acuerdo con el texto del referido artículo, era que el desistimiento de la acción penal es un acto de autoridad y como tal puede ser impugnado por la vía jurisdiccional; este es un problema técnico, pues no es posible actuar por ninguna instancia el desistimiento de la acción penal porque no es un acto de autoridad, ya que el Ministerio Público actúa como parte.

Casos en que el Ministerio Público puede desistirse

1. Cuando se desvanecen los elementos que sirvieron de base para decretar el auto de formal prisión.
2. Cuando un hecho delictivo deja de ser delito por motivo de una reforma.
3. Cuando se comprueba que el sujeto no es responsable del delito.
4. Todas las causas de extinción:
 - a) Muerte del delincuente.
 - b) Amnistía.
 - c) Perdón del ofendido o legitimado para otorgarlo.
 - d) Reconocimiento de inocencia o indulto.
 - e) Prescripción.
 - f) Cumplimiento de la pena o medida de seguridad.
 - g) Vigencia y aplicación de una nueva ley más favorable.
 - h) Existencia de una sentencia anterior dictada en proceso seguido por los mismos hechos.

Por lo tanto el desistimiento produce el sobreseimiento, es decir, concluye el proceso penal, y aquí tiene efectos de sentencia absolutoria.

“..El desistimiento de la acción penal es un instituto dinámico que ha venido evolucionando legislativamente en el Código Federal de Procedimientos Penales, en virtud de que de ser en un principio una forma anormal que por sí concluía el proceso se ha transformado ahora en la petición que el Ministerio Público realiza como parte dentro del juicio penal, para que, según el motivo legal que lo fundamente, no continúe la acusación ante los tribunales, por no existir elementos para seguir procesando a un inculpado, en la inteligencia de que esta petición queda sujeta a la resolución que sobre el particular dicte el juez. De tal suerte que no vincula, fuera de los supuestos de legalidad, a la función judicial...”⁹⁴

El solo desistimiento del Ministerio Público (petición de sobreseimiento) no produce por sí la conclusión del proceso, tal y como se reglamentó al comenzar su vigencia el Código Federal de Procedimientos Penales de 1934, siendo en consecuencia incorrecto, al menos literalmente, que la propia Constitución establezca que la resolución del Ministerio Público de desistirse de la acción penal será impugnada por la vía jurisdiccional, pues lo que se va impugnar por esa vía, sin que opere algún motivo de inconstitucionalidad, es la resolución del juez que decreta el sobreseimiento por desistimiento de la acción penal.

En la Exposición de Motivos de la Iniciativa de Reforma al Código Federal de Procedimientos Penales, del 30 de septiembre de 1983, se señaló: “..La expresión *desistimiento* (que usa el Código Federal de Procedimientos Penales) ha provocado serios cuestionamientos por parte de quienes sostienen, con argumentos atendibles, que si bien el Ministerio Público ostenta en los términos del Artículo 21 constitucional la facultad exclusiva de perseguir, esta facultad es en esencia un poder-deber que no puede manejar discrecional o arbitrariamente el

⁹⁴ García Ramírez, Sergio, *Proceso Penal Y Derechos Humanos*, 2a Ed. , México, Porrúa, 1993, P. 223 Y Ss

Ministerio Público, sino se encuentra sujeto a precisos mandamientos de carácter legal. Por lo anterior, el Ministerio Público no puede desistirse de una acción intentada, como si ésta quedase a su discreción o arbitrio, aunque sí puede y debe, en su caso, promover la cesación del procedimiento y el sobreseimiento del mismo, con la correspondiente libertad absoluta del inculpado, en determinados supuestos, habida cuenta de que en el proceso penal el Ministerio Público actúa como parte de buena fe..⁹⁵

La petición del Ministerio Público de desistirse de la acción penal es, pues, una promoción unilateral que por sí no concluye el proceso, sino hasta que el juez la decreta procedente. Es dable entonces delimitar bajo este entendimiento los supuestos que regula el Código Federal de Procedimientos Penales como figuras de ese desistimiento, para así determinar los casos específicos en que el Ministerio Público puede promover esa instancia.

En tal orden de ideas, el desistimiento conforme a la regulación vigente que establece el Código Federal de Procedimientos Penales comprende los siguientes supuestos:

1) el sobreseimiento que contempla el Artículo 138 que señala textualmente:

“..ARTICULO 138.- El Ministerio Público promoverá el sobreseimiento y la libertad absoluta del inculpado, cuando durante el proceso aparezca que la conducta o los hechos no son constitutivos de delito, conforme a la descripción típica contenida en la ley penal; que el inculpado no tuvo participación en el delito que se persigue; que la pretensión punitiva está legalmente extinguida, o que existe en favor del inculpado una causa excluyente de responsabilidad.

⁹⁵ Citado Por Garcia Ramirez, En Su Obra *Proceso Penal Y Derechos Humanos*. Pág. 232.

También se sobreseerán los procedimientos concernientes a delitos culposos que sólo produzcan daño en propiedad ajena y/o lesiones de los comprendidos en los artículos 289 y 290 del Código Penal, si se cubre la reparación del daño causado a la víctima u ofendido y el inculpado no haya abandonado a aquéllas ni haya actuado hallándose en estado de ebriedad o bajo el efecto de estupefacientes o psicotrópicos. Lo anterior no se concederá cuando se trate de culpa que se califique de grave conforme a la parte conducente del artículo 60 del Código Penal..”

2) la cancelación de la orden de aprehensión a que se refiere el Artículo 200;

“...ARTICULO 200.- Si por datos posteriores el Ministerio Público estimare que ya no es procedente una orden de aprehensión, o que debe reclasificarse la conducta o hecho por los cuales se hubiese ejercitado la acción, y la orden no se hubiera ejecutado aún, pedirá su cancelación o hará la reclasificación, en su caso, con acuerdo del Procurador o del funcionario que corresponda, por delegación de aquél. Este acuerdo deberá constar en el expediente. La cancelación no impide que continúe la averiguación, y que posteriormente vuelva a solicitarse orden de aprehensión, si procede, salvo que por la naturaleza del hecho en el que la cancelación se funde, deba sobreseerse el proceso. En los casos a los que se refiere este artículo, el juez resolverá de plano..”

Desde que el artículo 200 del Código Federal de Procedimientos Penales entró en vigor, en 1934, se reguló la revocación de la orden de aprehensión que solicitaba el Ministerio Público, cuando por “datos posteriores” estimaba que ya no era procedente una orden judicial aún no ejecutada. De tal forma que sólo bastaba que existiera la autorización del Procurador para que el juez de plano la revocara. Por consiguiente, desde ese momento tuvo la característica del desistimiento de la acción penal. Posteriormente, esta figura fue evolucionando legislativamente, y

actualmente, además de regularse la figura de reclasificación de la conducta o hecho constitutivo de la acusación en dicho precepto, se prevé la cancelación de la orden de aprehensión, que por ser una figura que deja sin efectos la continuación de la acusación, si el juez estima procedente cancelar la orden girada. Es claro entonces que cuenta con los rasgos distintivos del desistimiento de la acción penal y, por ende, debe ser tratada como tal.

3) la reclasificación del hecho determinado sancionado como delito que prevé el Artículo 200;

“..Artículo 200. Si por datos posteriores el Ministerio Público estimare que ya no es procedente una orden de aprehensión, o que debe reclasificarse la conducta o hecho por los cuales se hubiese ejercitado la acción, y la orden no se hubiera ejecutado aún, pedirá su cancelación o hará la reclasificación..”

La reclasificación de la conducta o hecho materia de la acusación es un desistimiento tácito de la acción penal. Se podría pensar que en este caso el Ministerio Público no se desiste de la acción ejercitada al no abandonarse la instancia acusadora, pues implica sólo la reconsideración técnica del hecho determinado constitutivo del delito o delitos materia de la acusación. Sin embargo, al solicitarse la reclasificación del delito se está abandonando la acción penal del delito por el cual se había ejercitado y ordenado la aprehensión pendiente de ejecutar. Lo que, por negligencia o corrupción, puede originar absoluciones injustas en perjuicio del interés de perseguir el delito a la luz de un tecnicismo fuera del control de legalidad. Es por ello, que dicha figura tácitamente es un desistimiento de la acción penal que debe quedar sujeto al control jurisdiccional.

4) las conclusiones no acusatorias previstas en los Artículos 291 y 294

“..ARTICULO 291.- Cerrada la instrucción, se mandará poner la causa a la vista del Ministerio Público, por diez días, para que formule

conclusiones por escrito. Si el expediente excediere de doscientas fojas, por cada cien de exceso o fracción, se aumentará un día al plazo señalado, sin que nunca sea mayor de treinta días hábiles.

Transcurrido el plazo a que se refiere el párrafo anterior sin que el Ministerio Público haya presentado conclusiones, el juez deberá informar mediante notificación personal al Procurador General de la República acerca de esta omisión, para que dicha autoridad formule u ordene la formulación de las conclusiones pertinentes, en un plazo de diez días hábiles, contados desde la fecha en que se le haya notificado la omisión, sin perjuicio de que se apliquen las sanciones que correspondan; pero, si el expediente excediere de doscientas fojas, por cada cien de exceso o fracción se aumentará un día en el plazo señalado, sin que nunca sea mayor de treinta días hábiles.

Si transcurren los plazos a que alude el párrafo anterior, sin que se formulen las conclusiones, el juez tendrá por formuladas conclusiones de no acusación y el procesado será puesto en inmediata libertad y se sobreseerá el proceso.....

.....ARTICULO 294.- Si las conclusiones fueren de no acusación, el juez o tribunal las enviará con el proceso al Procurador General de la República, para los efectos del artículo 295.

Se tendrán por conclusiones no acusatorias, aquéllas en las que no se concretice la pretensión punitiva, o bien, ejercitándose ésta, se omite acusar:

- a) Por algún delito expresado en el auto de formal prisión; o
- b) A persona respecto de quien se abrió el proceso.

ARTICULO 295.- El Procurador General de la República o el Subprocurador que corresponda oírán el parecer de los funcionarios que

deban emitirlo y dentro de los diez días siguientes al de la fecha en que se haya recibido el proceso, resolverá, si son de confirmarse o modificarse las conclusiones. Si transcurrido este plazo no se recibe respuesta de los funcionarios primeramente mencionados, se entenderá que las conclusiones han sido confirmadas..”

5) la libertad por desvanecimiento de datos que promueve el Ministerio Público Federal conforme al Artículo 424 del mismo ordenamiento.

Cabe mencionar que dicho Artículo desde su vigencia señaló: “..La solicitud del Ministerio Público para que se conceda la libertad por desvanecimiento de datos no implica el desistimiento de la acción penal. En consecuencia, el tribunal puede negar dicha libertad a pesar de la petición favorable del Ministerio Público..” (lo cursivo es nuestro). El texto vigente es idéntico, pero agrega al final: “..salvo que se esté en el caso previsto por el Artículo 138..”. Ahora bien, es claro que esta disposición resulta anacrónica. Primero, porque el desistimiento de la acción penal como figura que concluía por sí el proceso ya no se encuentra regulada así por la ley. Por lo que sale sobrando que se determine que la libertad de desvanecimiento de datos que promueva el Ministerio Público no constituye aquel. Segundo, porque aún cuando se trate del caso previsto por el Artículo 138 (sobreseimiento) la procedencia del mismo se sujeta a la decisión del juez y no a la petición favorable del Ministerio Público. Por lo tanto, a fin de adecuar dicha figura al contexto vigente, es necesario que dicho instituto se contemple como lo que es, una forma de desistimiento de la acción penal. Inclusive, autores como Juventino V. Castro, en su obra *La procuración de la justicia federal* (p. 67 y ss.), que tan severamente ha criticado al desistimiento, modera su criterio al destacar que la libertad por desvanecimiento de datos que promueve el Ministerio Público no vincula obligatoriamente al juez.

En todos los casos señalados, el Ministerio Público Federal como parte acusadora promueve la conclusión del proceso penal por existir un motivo legal que impide,

por razones de legalidad, de presunción de inocencia y economía procesal, la continuación de la persecución del delito de que se trate ante los tribunales.

CAPITULO III EL ÓRGANO JURISDICCIONAL

1.- Auto de Radicación

Como ya se ha hecho mención en anteriores párrafos, después de que el Ministerio Público ha reunido los requisitos de ley para determinar en cuanto a el ejercicio de la acción procesal penal y consignar, ya sea, solo poniendo a disposición del juez la averiguación previa, o esta, acompañada del indiciado, que en su caso dicha averiguación solo contendrá los elementos de las diligencias efectuadas en el término dispuesto por la ley Suprema, que como ya sabemos es de 48 horas. “..Artículo 16º ...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; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada..”

El auto de radicación, es la primera resolución que dicta el juez; con esta se manifiesta indudablemente la relación procesal; incuestionablemente con esta resolución tanto el agente del Ministerio Público, como el procesado quedan sujetos, a partir de ese momento, a la potestad del juez de instrucción.

Ahora bien, “...Una vez que la averiguación previa es consignada ante el Juez, este cuenta con tres días para dictar el auto de radicación (sin detenido)... e inmediatamente sí es con detenido...”⁹⁶

El tiempo dentro del cual debe dictarse el auto de radicación es de forma precisa así determinado por la ley, tanto en la legislación del Distrito Federal como en la Federal; al respecto estos señalan que “..será de inmediato..”, así mismo, que si durante el plazo de tres días, contados a partir del día se haya hecho la consignación sin detenido, no se dicta dicho auto, el agente del Ministerio Público

* Cisneros./Feregrino. Formulario Especializado En Derecho Penal. Editorial Harla Segunda Edición 1998. Pág 9

del fuero común, podrá reunir en queja ante los magistrados de la Sala Penal del Tribunal Superior, que corresponda. Es de manera importante que en caso de que la consignación sea con detenido, se anote la fecha y hora exacta en que se recibió la consignación, ya que desde ese momento comienzan a correr los plazos tanto de la declaración preparatoria como del auto de formal prisión.

Es de aclarar que tratándose de consignación sin detenido por delito grave o delincuencia organizada, “..inmediatamente debe radicarse el asunto, y dentro de las 24 horas siguientes la autoridad resolverá sobre el pedimento de la orden de aprehensión. si el juez no resuelve de manera sobre ello, el Ministerio Público procederá a interponer el recurso previsto por el legislador para esos casos..”⁹⁷

Hernández Pliego, señala que “...en la consignación con detenido, el juez tendrá que dictar de inmediato auto de radicación y el inculpado quedará a su disposición, para todos los efectos constitucionales y legales (fundamental para el cómputo del término constitucional) desde el momento mismo en que el Ministerio Público lo interne en el reclusorio o centro de salud que corresponda, dejando constancia de que quedó el detenido a disposición de la autoridad judicial, y entregará copia de aquella al encargado del reclusorio ...En el párrafo sexto del Art. 16º de la Constitución se ordena como acto crucial que al ser la consignación con detenido el juez ratifique la detención que ordeno el Ministerio Público, si esta fue en flagrancia o caso urgente..”⁹⁸

Dentro de los diez días contados a partir de que se haya acordado la radicación el juez ordenará o negará la aprehensión, rehaprensión, comparecencia o cateo solicitado por el Ministerio Público, esto en materia Federal, por ello la importancia de que se precise la anotación de fecha y hora en que se reciba la radicación.

⁹⁷ García, Ramírez Efraín. Legislación Penal Procesal. Código De Procedimientos Penales Para El Distrito Federal. Revisión, Décima Edición. Edit. Sista, México 2000.

⁹⁸ Hernández, Pliego Julio A. Programa De Derecho Procesal Penal Segunda Edición. Edit. Porrúa, S.A. Mexico, 1997

Cuando se trate de delitos considerados como graves, la radicación se hará de inmediato y el juez ordenará o negará la aprehensión o cateo solicitados por el ministerio público, dentro de las 24 horas contadas a partir del momento en que se haya acordado la radicación.

Si dentro de los casos antes indicados el juez no dicta auto de radicación o no resuelve sobre los pedimentos de aprehensión, rehaprensión, comparecencia o cateo, el Ministerio Público podrá ocurrir en queja ante el Tribunal Unitario de Circuito que corresponda. Tal como lo dispone el artículo 286bis del Código Adjetivo para el Distrito Federal “..Si durante el plazo de tres días, contados a partir del en que se haya hecho la consignación sin detenido, el juez no dicta auto de radicación en el asunto, el Ministerio Público podrá recurrir en queja ante la Sala Penal del Tribunal Superior que corresponda..”

“..Si el juez niega la aprehensión, rehaprensión, comparecencia o cateo, por considerar que no se encuentran reunidos los requisitos de los artículos 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 195 del Código Federal Adjetivo, se regresará el expediente al ministerio público para el trámite que correspondiere..”⁹⁹

En cuanto a los efectos jurídicos del auto de radicación, dependerán de la forma en que se haya efectuado la consignación, esto es, sin detenido o con él.

En el primer caso, al dictar el auto de radicación, el juez debe tomar en cuenta, si los hechos ameritan una sanción corporal, o sí, por el contrario se deban sancionar con pena alternativa, dado que, dichas situaciones nos conllevan cada una hacia consecuencias jurídicas diferentes: en cuanto al primer caso, previa observancia y cumplimiento de los requisitos dispuestos por nuestra Carta Magna en su artículo 16º, procederá la orden de aprehensión; en el segundo, la citación,

⁹⁹ García, Ramírez Efraín. Legislación Penal Procesal. Código Federal De Procedimientos Penales. Revisión, Décima Edición. Edit. Sista, México 2000

la orden de comparecencia, o en su caso, la orden de presentación, para lograr se presente el sujeto ante el juez.

En el segundo caso, se toma en consideración: “..el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa..” ¹⁰⁰

Al respecto el artículo 286 Bis. señala “..El juzgado ante el cual se ejercite la acción penal, radicará de inmediato el asunto. Sin más trámite le abrirá expediente en el que se resolverá lo que legalmente corresponda y practicará, sin demora alguna, todas las diligencias que resulten procedentes..”, así mismo, “..si la consignación es con detenido deberá inmediatamente ratificar la detención, si ésta fuere constitucional, en caso contrario decretará la libertad con las reservas de ley..” por otro lado el mismo precepto dispone, “..El juez ordenará o negará la aprehensión, reaprehensión o comparecencia solicitada por el Ministerio Público dentro de los cinco días contados a partir de la fecha en que se haya acordado la radicación..”

En esta disposición, se contienen un conjunto de garantías, fiel reflejo, de la evolución del Derecho de Procedimientos Penales, en cuanto a su objetivo y fines.

2.- Pedimentos que realiza el Ministerio Público al órgano jurisdiccional (aprehensión, cateos, aseguramiento etc.)

Es de señalar que entre las obligaciones, encomienda y labor del Ministerio Público, se encuentra la de realizar diversas solicitudes o pedimentos al órgano jurisdiccional (previa observancia y cumplimiento de las disposiciones legales), medidas necesarias, que al parecer de la autoridad administrativa garanticen el buen término de su actuación de representante social, y así lograr certeza jurídica

¹⁰⁰ Delgado, Moya Rubén. Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos, Comentada Décima Edición. Edit Sista. México 2000

al sujeto activo y pasivo en el delito, garantizando en su caso, el encuentro de un camino que los acerque a la tan anhelada justicia.

Para hablar sobre los pedimentos del Ministerio público y el obsequio de estos por el órgano jurisdiccional, es menester tocar lo dispuesto por nuestra Ley Suprema en sus artículos 14º, en cuanto a los actos privativos, los cuales producen efectos de disminución, menoscabo o la privación definitiva de un derecho del gobernado, que sin previa observancia de lo dispuesto por dicho precepto denotaría una flagrante violación a las garantías del gobernado; y el Art. 16º en cuanto a los actos de molestia, que consagra principios genéricos aplicables a cualquier materia y a la actuación de todas las autoridades.

En su primer párrafo el artículo señala: "...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.."

En este precepto se contempla una protección al gobernado, pues no puede ser molestado, salvo que este acto provenga de una autoridad competente para ello. Por lo que para que se pueda presentar un acto de esta naturaleza es necesario que dicha autoridad cumpla en principio con lo establecido por la Ley Suprema, y consiguientemente, las leyes secundarias aplicables al caso.

La jurisprudencia señala que la garantía de legalidad consagrada en el Art. 16º; establece que todo acto de autoridad, precisa encontrarse debidamente fundado y motivado, entendiéndose, por lo primero la obligación de la autoridad que la emite para atar los preceptos legales, sustantivos y adjetivos, en que se apoye la determinación adoptada; y por lo segundo, que exprese una serie de razonamientos lógico-jurídicos, sobre el porque considera que el caso concreto se ajusta a la hipótesis normativa.

Por lo que, para todo acto de autoridad es indispensable que se cumpla previamente con los requisitos establecidos por la ley, así tenemos que para librar la orden de aprehensión el artículo 16º estable como requisitos: la Comprobación del cuerpo del delito y Acreditación de la probable responsabilidad penal.

Ahora bien, previa solicitud del Ministerio Público, la única autoridad facultada para librar una orden de aprehensión es la autoridad judicial, quien debe de acreditar en principio: La existencia de una: Denuncia, que como ya se dijo, es poner en conocimiento de la autoridad hechos que probablemente pueden ser constitutivos de delito, y la puede hacer cualquier persona; o la Querrela: que señalamos, es la puesta en conocimiento de hechos a la autoridad que pueden ser constitutivos de delitos en perjuicio del ofendido; es realizado por el propio ofendido.

2. Que la conducta que pudiera ser considerada como delito tenga pena privativa de libertad.

3. En cuando al fondo, acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

Con la acreditación de todos estos elementos, el juez estaría facultado para dictar una orden de aprehensión.

Por otro lado, los delitos cuya pena no es privativa de libertad no es posible dictar una orden de aprehensión, lo que procede es orden de comparecencia.

La orden de comparecencia no tiene fundamento constitucional; esta deriva de la legislación secundaria, la orden de comparecencia; surge como una figura del derecho procesal que faculta al juez para expedirla cuando el delito no tiene pena privativa de libertad, pero debe cumplir con los mismos requisitos de la orden de aprehensión. La diferencia es que el delito no tiene pena privativa de la libertad. Su efecto es poner al sujeto a disposición del juez, es decir, igual que una orden

de aprehensión, con el objeto de que se tome su declaración preparatoria y se resuelva su situación jurídica. Sería prudente que se regulara a nivel constitucional para evitar cualquier comentario sobre si es inconstitucional. Cuando se ejercita acción penal con detenido no es necesario pedir orden de aprehensión, pues se tiene al inculcado.

Ahora, “..si el juez niega la aprehensión, reaprehensión, comparecencia o cateo, por considerar que no se encuentran reunidos los requisitos de los artículos 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 195 del Código Federal Adjetivo, se regresará el expediente al ministerio público para el trámite que correspondiere..”.(Art. 142 del Código Federal de Procedimientos Penales).

El artículo 16º también consagra una hipótesis que ha sido objeto de varias consecuencias jurídicas en la práctica, y es la que señala el 3er párrafo: “..la autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal..”¹⁰¹

Esta disposición va dirigida a la autoridad ejecutora, es decir a la policía judicial. Significa que, una vez que se dicta la orden de aprehensión, se remite a la Policía Judicial, vía Ministerio Público, para que esta cumpla con su cometido, con obligación de poner al individuo, inmediatamente a disposición del juez sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad.

Hay casos en donde el Ministerio Público, una vez aprehendido el sujeto y antes de ser puesto a disposición del juez, le toma su declaración ministerial; esta declaración pierde valor jurídico porque la constitución marca la obligación de poner al sujeto a disposición del juez, sin dilación alguna; por ello las

¹⁰¹ Delgado, Moya Ruben Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos, Comentada Décima Edición Edit Sista, México 2000.

declaraciones deben ser consideradas como nulas, independientemente de la responsabilidad penal en que incurren las autoridades.

Ahora bien, es importante conocer y distinguir en qué momento, se considera, queda el sujeto a disposición del juez. Los jueces dicen que comienza a partir de que tienen el oficio (pero entonces, el plazo anterior es una privación ilegal de la libertad). Los jueces están obligados a que en el momento en que les avisen a tomar al detenido su declaración preparatoria ya que el término comienza a correr a partir de que se tiene el oficio.

"..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.." Párrafo 4º, Art.16º Constitucional.

"..solo 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 de 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..". Párrafo 5º, Art.16º Constitucional

Estos párrafos derivan de la reforma de 1993, se refieren a las detenciones que puede llevar a cabo el Ministerio Público.

El Ministerio Público está facultado para decretar la detención en Flagrancia y Caso urgente.

Hasta 1990 todavía no se le hacía caso a la flagrancia por lo que se podrían dar detenciones prolongadas (aun sin flagrancia) por eso la ley procesal se reforma y se define lo que es la flagrancia y caso urgente, por lo que las detenciones disminuyeron.

El Ministerio Público tiene la facultad de decretar la detención de los individuos, siempre y cuando, se actualicen las hipótesis de flagrancia y caso urgente. **Flagrancia:** la regla general se refiere a cuando el sujeto es detenido al momento de la comisión del delito:

“.. Artículo 193. Se entiende que existe flagrancia cuando:

I. El inculpado es detenido al momento de estar cometiendo el delito.

II. Inmediatamente después de ejecutado el delito el inculpado es perseguido materialmente (cuasiflagrancia).

III. El inculpado es señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos, por quién hubiese participado con el en la comisión del delito, o se encuentre en su poder el objeto o instrumento, producto del delito, o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundamentadamente su participación en el delito; siempre y cuando se trate de delito grave así calificado por la ley; no haya transcurrido un plazo de 48 horas desde el momento de la comisión de hechos delictivos, se haya la averiguación previa respectiva, y no se hubiera interrumpido la persecución del delito..”¹⁰²

En esos casos, el Ministerio Público decretará la retención del indiciado, si están satisfechos los requisitos de procedibilidad y el delito merece pena privativa de la libertad, o bien ordenará la libertad del sujeto cuando la sanción no sea privativa de la libertad o alternativa.

Esta posibilidad de detención puede recaer en cualquier persona o autoridad, pero con la obligación de entregarlo inmediatamente al Ministerio Público, quien decretará su detención.

¹⁰² García, Ramírez Efraín. Legislación Penal Procesal Código Federal De Procedimientos Penales. Revisión, Décima Edición Edit. Sista, México 2000

La actual delincuencia a ocasionado que se vaya ampliando el concepto de la flagrancia con la intención de ir supliendo la incapacidad o deficiencia de la policía para detener a los delincuentes. Así el concepto de flagrancia se ha ido distorsionando, resultando atentatorio de la esfera jurídica del gobernado.

Caso urgente: se da cuando no existe la posibilidad de pedirle a un juez el libramiento de una orden de aprehensión y se tenga la certeza de que el sujeto se va evadir de la actuación de la justicia el artículo 194 del Código Federal de Procedimientos Penales señala al respecto que: En casos urgentes el Ministerio Público podrá bajo su responsabilidad, ordenar por escrito la detención de una persona, fundando y expresando los indicios que acrediten: Que el indiciado haya intervenido en la comisión de alguno de los delitos señalados como graves; Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la justicia; y Que por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia no pueda ocurrir ante autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión.

Esto presupone que existe una averiguación previa, que esté integrada, pues lo único que falta es pedirle al juez la orden de aprehensión; además que se tengan elementos para presumir que el sujeto se va a evadir de la acción de la justicia.

En la práctica esto difiere, pues para el Ministerio Público hay caso urgente cuando el sujeto tiene la intención de evadir la acción de la justicia. El mayor número de detenciones del Ministerio Público se fundan en el caso urgente, cuando debería ser al revés pues la regla general es la flagrancia y la excepción el caso urgente.

El juez puede decretar la ilegalidad de las detenciones, si No está justificada la flagrancia o caso urgente o por que el Ministerio Público se excedió en el término de 48 horas.

Esto tiene como efecto dejar al sujeto en libertad con las reservas de ley, sin perjuicio de que el Ministerio Público pueda solicitar una orden de aprehensión, y el juez en casos de delitos graves debe en 24 horas dictar la orden de aprehensión.

El término de 48 horas opera solo para la flagrancia tiempo en el que el Ministerio Público debe de resolver al situación jurídica del inculpado. En el caso urgente es distinto, pues presupone la existencia de una averiguación previa integrada y lo único que necesita es solicitar al juez la orden de aprehensión.

El Arraigo.- En cuanto a las peticiones hechas por el Órgano persecutor, nos encontramos con la figura del arraigo, que se refleja como una medida precautoria, mediante la cual se tiene a determinada persona, que se presume, participo de alguna manera en una conducta de las calificadas por la ley como delito, dicha persona se mantiene en determinado lugar bajo estrecha vigilancia, la cual queda limitada a un espacio o lugar específico y por un tiempo determinado, entretanto se resuelve su situación jurídica; esta se puede presentar con motivo de una averiguación previa. La ley nos señala que cuando el Ministerio Público estime necesario el arraigo del indiciado, previa consideración de las características del hecho imputado y las circunstancias personales de aquél, podrá recurrir al órgano jurisdiccional, fundando y motivando su petición, para que éste, oyendo al indiciado, resuelva sobre dicha petición con vigilancia de la autoridad, que ejercerán el Ministerio Público y la policía judicial como auxiliar de este último. Ahora bien, el arraigo solo ejecutará por el tiempo indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, la legislación así mismo dispone que no se debe exceder de 30 días, sin embargo, es posible a petición del Ministerio Público prorrogar dicho lapso por un término igual, esto es, de 30 días más. Por lo que finalmente el juez podrá resolver sobre la subsistencia o el levantamiento del arraigo, escuchando al Ministerio Público y al arraigado.... Artículo 133 bis. del Código Federal de Procedimientos Penales y 270 bis de la Ley Adjetiva para Distrito Federal.

“..Cuando por la existencia de elementos, pueda suponerse que el imputado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y por la naturaleza del delito o de la pena aplicable el imputado no deba ser internado en prisión preventiva, el Ministerio Público podrá solicitar al juez, fundada y motivadamente, o éste disponer de oficio, con audiencia del imputado, el arraigo de éste con las características y por el tiempo que el juzgador señale, sin que en ningún caso pueda exceder de 30 días, prorrogables por otros 30 a solicitud del Ministerio Público o bien tratándose de la averiguación previa o bien en el proceso por el término constitucional en que este deba resolverse...” Artículo 205 del Código Federal de Procedimientos Penales y 301 de la Ley Adjetiva para Distrito Federal.

“..En cuanto a las personas, si estas hubieren de ausentarse, y, que pudieren declarar acerca del delito, de sus circunstancias o de la persona del acusado, a solicitud de cualquiera de las partes, el juez podrá arraigar a la persona o personas por el tiempo estrictamente indispensable para que estos rindan su declaración; sin embargo, si éste arraigo resultare indebido el arraigado tendrá derecho a exigir se le indemnice por los daños que dicho arraigo le cause..” Artículo 215 del Código Federal de Procedimientos Penales. Lo anterior nos indica que, en este caso no solo el Ministerio Público sino cualquiera de las partes, sin más requisitos que el de tener interés en el proceso, podrá solicitar el arraigo al órgano jurisdiccional.

Por otro lado en cuanto a los delitos, competencia de los juzgados de paz penal o juzgados penales cuya pena máxima no exceda de cinco años de prisión el probable responsable podrá quedar arraigado en su domicilio, previas circunstancias dispuestas por el artículo 271 del Código Federal de Procedimientos Penales que textualmente señala: “..En las averiguaciones previas por delitos que sean de la competencia de los juzgados de paz en materia penal o siendo de los juzgados penales cuya pena máxima no exceda de cinco años de prisión el probable responsable no será privado de su libertad en los lugares

ordinarios de detención y podrá quedar arraigado en su domicilio, con la facultad de trasladarse al lugar de su trabajo, si concurrieren las circunstancias siguientes:

I.- Proteste presentarse ante el Ministerio Público que tramite la averiguación, cuando éste lo disponga;

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

III.- Realice convenio con el ofendido o sus causahabientes, ante el Ministerio Público de la forma en que reparará el daño causado, en su caso, cuando no se convenga sobre el monto, el Ministerio Público con base en una estimación de los daños causados, en la inspección ministerial que practique, en las versiones de los sujetos relacionados con los hechos y en los demás elementos de prueba de que disponga, determinará dicho monto;

IV.- Que tratándose de delitos por imprudencia ocasionados con motivo del tránsito de vehículos, el presunto responsable no hubiese abandonado al lesionado, ni participado en los hechos en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas;

V.- Que alguna persona, a criterio del agente investigador del Ministerio Público, fundado en los datos que recabe al respecto, se comprometa, bajo protesta, a presentar al probable responsable cuando así se resuelva;

VI.- En caso de que el indiciado o la persona a quien se refiere la fracción anterior, desobedecieren sin justa causa las órdenes que dicte el Ministerio Público, se revocará el arraigo y la averiguación previa será consignada en su caso, solicitando al juez competente la orden de aprehensión o de comparecencia en su contra, según corresponda; y

VII.- El arraigo no podrá prolongarse por más de tres días; transcurridos éstos el arraigado podrá desplazarse libremente, sin perjuicio de que el Ministerio Público, si así procediese, consigne la averiguación y solicite la orden mencionada..”

Los Cateos.- Otra de las peticiones del Ministerio Público son los cateos. Cuando durante las diligencias de averiguación previa el Ministerio Público estime necesaria la práctica de un cateo, acudirá al Juez respectivo, solicitando la diligencia, expresando el objeto de ella y los datos que la justifiquen, dichos cateos

no podrán ser practicados sin previo cumplimiento de las disposiciones legales aplicables a tal caso, “..El cateo solo podrá practicarse en virtud de orden escrita, expedida por la autoridad judicial, en la que se exprese el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse o los objetos que se buscan, a lo que únicamente deberá limitarse la diligencia, levantándose al concluirla un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa por la autoridad que practique la diligencia...” artículo 152 Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 61 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Las órdenes de cateo solo pueden ser autorizadas por la autoridad judicial; para que un juez pueda pronunciarse sobre un cateo se necesita una solicitud del Ministerio Público, quien debe satisfacer también una serie de requisitos, como son:

1. Solicitud del Ministerio Público.
2. Existencia de una averiguación previa.
3. El Ministerio Público debe motivar su petición, apoyado en elementos probatorios que constituyen indicios sobre la existencia de los objetos o de las personas que se buscan y se encuentran en el lugar a catear.

Ahora bien, el artículo 63 del Código Federal de Procedimientos Penales señala que: “..Para decretar la práctica de un cateo, bastará la existencia de indicios o datos que hagan presumir, fundadamente, que el inculpado a quien se trate de aprehender se encuentra en el lugar en que deba efectuarse la diligencia; o que se encuentran en él los objetos materia del delito, el instrumento del mismo, libros, papeles u otros objetos, que puedan servir para la comprobación del delito o de la responsabilidad del inculpado..”

El funcionario al ordenar el cateo, debe observar diversas reglas como son:

“.I. Si se trata de un delito flagrante, el juez o funcionario procederán a la visita o reconocimiento sin demora, en los términos del artículo 16º de la Constitución Federal;

II. Si no hubiere peligro de hacer ilusoria o difícil la averiguación, se citará al acusado para presenciar el acto. Si estuviere libre y no se le encontrare o si, estando detenido, estuviere impedido de asistir, será representado por dos testigos a quienes se llamará en el acto de la diligencia para que presencien la visita;

III. En todo caso, el jefe de la casa o finca que deba ser visitada, aunque no sea reo presunto del hecho que motiva la diligencia, será llamado también para presenciar el acto en el momento en que tenga lugar, o antes, si por ello no es de temerse que no dé resultado dicha diligencia. Si se ignorare quién es el jefe de la casa, si éste no se hallare en ella o si se tratare de una que tuviere dos o más departamentos, se llamará a dos testigos, y con su asistencia se practicará la visita en el departamento o departamentos que fuere necesario..” artículo 154 del Código de Procedimientos Penales Para el Distrito Federal

Según las circunstancias del caso, el juez resolverá si el cateo lo realiza su personal, el Ministerio Público o ambos, si es el Ministerio Público quien practique el cateo, dará cuenta al juez con los resultados de este, al respecto el artículo 62 del Código Federal de Procedimientos Penales dispone: “..Las diligencias de cateo se practicarán por el tribunal que las decrete o por el secretario o actuario del mismo, o por los funcionarios o agentes de la policía judicial, según se designen en el mandamiento. Si alguna autoridad hubiere solicitado del Ministerio Público la promoción del cateo, podrá asistir a la diligencia..”

En cuanto a las horas en que deben practicarse los cateos el artículo 64 del Código Federal de Procedimientos Penales señala que deberá ser entre las seis y las diez y ocho horas, pero si llegadas las diez y ocho horas no se han terminado, podrán continuarse hasta su conclusión. salvo que “..cuando la urgencia del caso

lo requiera, podrán practicarse a cualquier hora..”. Artículo 65 del Código Federal de Procedimientos Penales.

“..En la practica del cateo se recogerán los instrumentos y objetos del delito, libros, papeles u otras cosas que se encuentren, relacionados con la existencia de un nuevo delito de los perseguibles de oficio, dado lo anterior se formará un inventario de los objetos recogidos relacionados con el delito motivo del cateo y, en su caso, otro por separado con los relacionados con el nuevo delito. Si el inculpado estuviere presente, le mostrarán los objetos recogidos y los reconozca poniendo en ellos su firma, siendo susceptibles de ello; y si no supiere firmar, sus huellas digitales. En caso contrario, se unirá a ellos una tira de papel que se sellará en la juntura de los dos extremos y se invitará al inculpado a que firme o ponga sus huellas digitales..”. Artículos 69 y 70 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Aseguramiento.- Es de señalar que el Código Federal de Procedimientos Penales encabeza su título quinto capítulo IV con el enunciado *Aseguramiento del inculpado*, sin embargo, al aseguramiento que de forma breve hemos de referirnos es aquel en cuanto a los instrumentos u objetos del delito contemplado por el mismo ordenamiento en su capítulo II

Ahora bien el artículo 2º del Código Federal de Procedimientos Penales de entre los asuntos de competencia del Ministerio Público Federal esta la de Solicitar a la autoridad jurisdiccional las medidas precautorias de arraigo, aseguramiento o embargo que resulten indispensables para la averiguación previa, así como las órdenes de cateo que procedan; por otro lado, el artículo 136 del mismo ordenamiento, dispone que en el ejercicio de la acción penal, corresponde al Ministerio Público entre otras cosas: *Pedir el aseguramiento precautorio de bienes para los efectos de la reparación del daño.*

“..Los instrumentos del delito, así como las cosas que sean objeto o producto de él, así como aquellos en que existan huellas del mismo o pudieran tener relación con éste, serán asegurados; ya sea reuniéndolos, poniéndolos en secuestro judicial o simplemente al cuidado y bajo la responsabilidad de alguna persona, para el objeto de que no se alteren, destruyan o desaparezcan. Tratándose de delitos de imprudencia, ocasionados con motivo del tránsito de vehículos, éstos podrán asegurarse por el Ministerio Público, en cuyo caso se entregarán en depósito a su conductor o a quien se legitime como propietario, quienes deberán presentarlos ante la autoridad competente cuando ésta lo solicite...” Artículo 181 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Se hará un inventario de todas las cosas aseguradas, se colocarán en las cosas los sellos, marcas, cuños, fierros o señales que de manera indubitable permitan su identificación y eviten su alteración, destrucción o pérdida. Además, del aseguramiento de bienes inmuebles y de acciones o partes sociales se hará la inscripción correspondiente en los Registros Públicos de la Propiedad y del Comercio.

Quienes practiquen la diligencia de aseguramiento deberán hacerlo del conocimiento de sus superiores. La Procuraduría General de la República queda obligada a integrar un registro público de los bienes asegurados.

3.- pruebas dentro del término constitucional.

El procesado dentro de las 72 horas tiene la opción de plantear una defensa que le permita justificar que los elementos que tomó el Ministerio Público como base para ejercitar la acción penal en su contra y los cuales fueron avalados por el juez al dictar la orden de aprehensión o de comparecencia se encuentran desvanecidas, o mejor dicho, no cuentan con ningún sostén jurídico por lo que se busca un auto de libertad.

Podemos decir que la defensa del gobernado se materializa, en principio, con la declaración preparatoria: derecho constitucional consagrado en el párrafo del artículo. 20º constitucional, a través del cual se pretende que el gobernado pueda manifestar lo que ocurrió en la averiguación previa. Dicha declaración se debe dar dentro de las 48 horas. El gobernado en este lapso de tiempo puede ofrecer pruebas que le permitan desestimar los argumentos en que se funda la pretensión del Ministerio Público, sin embargo, este derecho de defensa en la práctica se ve disminuido en lo que se refiere a las pruebas, pues se limitan a aquellas pruebas que puedan desahogarse dentro de este término. La pericial y la reconstrucción de hechos, son pruebas demasiado debido a su naturaleza y forma de desahogo.

Por otro lado, este derecho de defensa se viene a justificar en nuestra Constitución en el enunciado, "...cuando medie la petición del indiciado..", para que pueda tener mayor tiempo para preparar pruebas y defenderse de la pretensión del Ministerio Público, para que el indiciado pueda ofrecer las pruebas que justifiquen sus defensas.

La relación jurídico-procesal impone a los sujetos que intervienen en un proceso la realización de ciertas conductas, cuya inobservancia les acarrea consecuencias procesales adversas, y que en muchos casos son pérdida de oportunidades para su defensa; las partes ejercitan en el proceso actos que son producto de sus derechos, como el de probar.

Ahora bien existen medios de prueba con sus sistemas de apreciación los cuales son:

- 1.- El libre: la facultad otorgada al juez para disponer de los medios de prueba conducentes a los medios a la realización de los fines, y valorarlos de su conciencia;

2.- El tasado: se dispone de los medios establecidos en la ley y para su valoración el juez esta sujeto a determinadas reglas;

3.- El mixto: es una combinación de las anteriores, las pruebas son señaladas en la ley, empero el funcionario puede aceptar todo elemento que se le presente, para algunos medios de prueba atiende a reglas prefijadas y en otros tiene libertad de decisión.

Para Colín Sánchez "...el libre... facultad otorgada al juez para disponer de los medios de prueba, valorados conforme a los dictados de su conciencia... libertad de medios de prueba ... libertad de valoración; Tasado... de las pruebas legales... se dispone de los solo de los medios probatorios establecidos en la ley; Mixto... una combinación de las anteriores... las pruebas son señaladas en la ley... pero el funcionario... puede aceptar todo elemento que se le presente..."¹⁰³

La Ley reconoce como 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 admitirá como prueba... todo aquello que se ofrezca como tal, incluso aquellos elementos aportados por los descubrimientos de la ciencia..." dispuesto por el Artículo 135 del Código de Procedimientos Penales Para el Distrito Federal.

De lo anterior podemos decir que en nuestro sistema penal en cuanto al sistema de apreciación de las pruebas, es mixto, ya que como señalamos, las pruebas son

¹⁰³ Colín. Sanchez Guillermo. Derecho Mexicano De Procedimientos Penales, Decimoséptima Edición. Edit. Porrúa, S.A México, 1998.

señaladas en la ley, empero el funcionario puede aceptar todo elemento que se le presente. Para algunos medios de prueba atiende a reglas prefijadas y en otros tiene libertad de determinar, ahora bien, citemos enseguida algunas de las pruebas a que hace referencia nuestra ley, para finalmente hacer sus comentarios.

La Confesión.- En cuanto a esta se refiere, la ley la define como, “..la declaración voluntaria hecha por persona no menor de dieciocho años, en pleno uso de sus facultades mentales, rendida ante el Ministerio Público, el juez o tribunal de la causa, sobre hechos propios constitutivos del tipo delictivo materia de la imputación, emitida con las formalidades señaladas por el artículo 20 fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos... La confesión es admisible en cualquier estado del proceso, hasta antes de pronunciarse la sentencia definitiva..”. Artículo 136 y 137 del Código de Procedimientos Penales Para el Distrito Federal, respectivamente.

Declaración del inculpado.- La declaración del inculpado puede darse en forma espontánea o mediante un interrogatorio, esto es, provocada mediante preguntas que se relacionan con los hechos. La declaración del imputado, dice Barragán Salvatierra, se considera es el genero, ya que esta puede negar la imputación que se le hace al inculpado....la declaración puede ser indagatoria o preparatoria, la primera se rinde en la averiguación previa, y la segunda dentro del término constitucional ante el órgano jurisdiccional.

La declaración preparatoria la rinde ante la autoridad jurisdiccional como primer acto que se lleva a cabo con motivo de la disposición ante el órgano jurisdiccional. La declaración preparatoria debe ser tomada dentro de las 48 horas a partir de que es puesto a disposición del juez

Tal como lo dispone nuestra Carta Magna en su numeral 20 Fracción II: el inculpado “..no podrá ser obligado a declarar...La confesión rendida ante cualquier

autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante estos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio..”

Según dispone la ley, que para que la confesión pueda ser un medio de prueba que valore el juzgador: debe de ser espontánea, libre y sin coacción, Emitida ante autoridad competente, es decir, Ministerio Público o juez. Esto porque antes de los 90s la policía judicial era quien tomaba la primera declaración (por cualquier medio), esto apoyado por el criterio de la Corte en el sentido de que la primera declaración es la que equivale porque no está viciada, por lo tanto esta declaración era a lo que se daba pleno valor probatorio para consignar, dictar orden de aprehensión etc.

“..se le hará saber en audiencia pública y dentro de las 48 horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador..., rindiendo en ese acto su declaración preparatoria. (Artículo 20º Constitucional Fracción III). Este podemos decir, es el fundamento constitucional de la declaración preparatoria, es decir, la primera declaración que rinde ante el órgano jurisdiccional, una vez que el Ministerio Público ejercita acción penal en su contra y es puesto a disposición del juez.

“..el artículo 20º constitucional en su fracción tercera, también reformada en 1993, confirma en que la ley secundaria en 1990 se había hecho, un tanto para acabar con el principio de la confesión que anteriormente era la reina de las pruebas y el Ministerio Público podía ejercitar la acción penal con solo la confesión del indiciado; el juez podía girar una orden de aprehensión o incluso dictar sentencia con la confesión del procesado...Por ello en los 90s se reforman las leyes procesales y, se establece que será un indicio, por lo que, para adquirir valor probatorio pleno tiene que estar administrada con otros medios de prueba que sirvan para reparar la confesión..”¹⁰⁴

¹⁰⁴ Hernández, Silva .Pedro. Apuntes De La Cátedra De Derecho Procesal Penal. UNAM 2000.

La constitución dispone como uno de los derechos de los indiciados o procesados el no ser obligado a declarar; anteriormente esta establecía que no declara en su contra. Ahora se le otorga el derecho a abstenerse a declarar ante el Ministerio Público o la autoridad judicial.

La pericial.- Como sabemos, las pruebas periciales son realizadas por Peritos, persona generalmente profesionista, con vastos conocimientos sobre una materia en particular, esto es un especialista sobre una rama o materia determinada, en cualquier área del conocimiento, sea en las artes, las ciencias etc. Existe gran variedad de casos en los que se requiere de conocimientos especializados, mas aún, en la materia penal. “..Ya que un perito es un magnífico auxiliar en la procuración de justicia...Existe gran diversidad de especialidades en materia penal, y casi en el cien por ciento de las averiguaciones previas es importante la presencia de los peritos y como consecuencia de sus dictámenes..”¹⁰⁵

“..Cuando para el examen de alguna persona u objeto se requieran conocimientos especiales, se procederá con intervención de peritos...Cuando por alguna circunstancia no le sea posible contar con un perito, o no tenga los medio económicos para cubrir los gastos que esto implique, de oficio o a petición de parte, nombrará un perito oficial de alguna institución pública, a fin de no dejar en estado de indefensión al inculpado..” (Artículo 162 del Código de Procedimientos Penales Para el Distrito Federal).

Por regla general, los peritos, deberán ser dos o más; pero bastará uno cuando sólo éste pueda ser habido, cuando haya peligro en el retardo o cuando el caso sea de poca importancia... El juez fijará a los peritos el tiempo en que deban desempeñar su cometido... Siempre que los peritos nombrados discordaren entre sí, el juez los citará a una junta, en la que se decidirán los puntos de diferencia. En el acta de la diligencia se asentará el resultado de la discusión... Los peritos

¹⁰⁵ Barragán, Salvatierra Carlos. Derecho Procesal Penal. Edit. Mc Graw Hill Segunda Edición México, 1999.

deberán ser citados en la misma forma que los testigos” (Artículos 163,169,170 y 173 del Código de Procedimientos Penales Para el Distrito Federal, respectivamente).

“..El juez y las partes harán a los peritos todas las preguntas que consideren oportunas; les darán por escrito o de palabra los datos que consten en el expediente y se asentarán estos hechos en el acta respectiva...Los peritos practicarán todas las operaciones y experimentos que su ciencia o arte les sugiera y expresarán los hechos y circunstancias que sirvan de fundamento a su dictamen...Los peritos emitirán su dictamen por escrito y lo ratificarán en diligencia especial, en el caso de que sean objetados de falsedad, o el Ministerio Público o el juez lo estimen necesario...Cuando las opiniones de los peritos discreparen, el juez nombrará un tercero en discordia...”. (Artículos 174,175,177 y 178 del Código de Procedimientos Penales Para el Distrito Federal, respectivamente.)

La Inspección.- “..en su sentido etimológico, inspección proviene del latín inspectio-tionis, que significa acción y efecto de inspeccionar y esta a su vez equivale a inspeccionar..”¹⁰⁶

La Inspección según dispone la ley “..puede practicarse de oficio o a petición de parte, pudiendo concurrir a ella los interesados y hacer las observaciones que estimen oportunas.” (Artículo 139 del Código de Procedimientos Penales Para el Distrito Federal).

“..Para practicar ésta, el personal del Ministerio Público o del juzgado se trasladará al lugar de los hechos juntamente con las personas que deban concurrir; tomará a testigos y peritos la protesta de producirse con verdad; designará a la persona o personas que sustituyan a los agentes del delito que no estén presentes, y dará fe de las circunstancias y pormenores que tengan relación con éste. En seguida

¹⁰⁶ Cita Hecha Por El Autor Carlos Barragán Salvatierra En Su Obra Titulada Derecho Procesal Penal Pág. 418

leerá la declaración del inculpado y hará que éste explique prácticamente las circunstancias del lugar, tiempo y forma en que se desarrollaron los hechos. Lo mismo se hará con cada uno de los testigos presentes. Entonces los peritos emitirán su opinión en vista de las declaraciones rendidas y de las huellas o indicios existentes, atendiendo a las indicaciones y preguntas que haga el Ministerio Público o el juez, los que procurarán que los dictámenes versen sobre puntos precisos.." (Artículo 150 del Código de Procedimientos Penales Para el Distrito Federal).

"..La inspección podrá tener el carácter de reconstrucción de hechos y tendrá por objeto apreciar las declaraciones que se hayan rendido y los dictámenes periciales que se hayan formulado; se practicará dentro de la averiguación previa únicamente cuando el Ministerio Público que practique las diligencias lo estime necesario; en todo caso, deberá practicarse cuando ya esté terminada la instrucción, siempre que la naturaleza del hecho delictuoso cometido y las pruebas rendidas así lo exijan, a juicio del juez o tribunal. También podrá practicarse durante la vista del proceso o la audiencia del jurado, cuando el juez o tribunal lo estimen necesario, aun cuando no se hayan practicado en la instrucción.." (Artículo 144 del Código de Procedimientos Penales Para el Distrito Federal).

"..Esta diligencia deberá practicarse precisamente, en el lugar en que se cometió el delito, cuando el sitio tenga influencia en el desarrollo de los hechos que se reconstruyan, y, en caso contrario, podrán practicarse en cualquier otro lugar...Cuando alguna de las partes solicite la reconstrucción, deberá precisar cuáles son los hechos y circunstancias que desea esclarecer, pudiéndose repetir la diligencia cuantas veces sea necesario, a juicio del inculpado, de su defensor, del Ministerio Público, del juez o del Tribunal.." (Artículo 145 y 151 del Código de Procedimientos Penales Para el Distrito Federal, respectivamente).

El maestro Barragán Salvatierra, en su obra de Derecho Procesal Penal señala que: "..en términos generales, existen dos tipos de inspección, la extrajudicial y la

judicial. La extrajudicial es la que hace el Ministerio Público durante la averiguación previa...La judicial es la que realiza el juez de la causa durante la instrucción..”¹⁰⁷

Las Presunciones.- Algunos autores la señalan como prueba circunstancial, esta según Gonzáles Bustamante en su obra tratado de pruebas judiciales dice: “..se forma por el análisis de los hechos que encontramos comprobados y que llegan a nuestro conocimiento de una manera directa o indirecta, por el concurso de circunstancias que se encadenan y que permiten sostener una opinión fundada..”¹⁰⁸

La presunción es confundida por el legislador, y en la ley la señala como sinónimo de indicio: “..Las presunciones o indicios son las circunstancias y antecedentes que, teniendo relación con el delito, pueden razonablemente fundar una opinión sobre la existencia de los hechos determinados..” (Artículo 245 del Código de Procedimientos Penales Para el Distrito Federal).

El indicio difiere de la presunción. El indicio, “..proviene del latín *indicium*, que significa signo aparente y probable de que existe alguna cosa y a su vez es sinónimo se señal...todo objeto, instrumento, huella, marca, rastro, señal o vestigio que se usa y se produce en un hecho posiblemente delictuoso, cuyo estudio permitirá establecer si existió o no..”¹⁰⁹.

Al respecto Alberto Raúl Prosali dice: “..los indicios son elementos o notas de los cuales se puede inducir la posibilidad acerca de algún otro elemento..”. por otro lado, la presunción según definida por el autor Jiménez Asenjo son “..circunstancias o juicios lógicos, normalmente admitidos como ciertos en la

¹⁰⁷ Barragán, Salvatierra Carlos. Derecho Procesal Penal Edit. Mc Graw Hill. Segunda Edición México, 1999. Pág. 418.

¹⁰⁸ Citado Por Colín Sánchez en su obra Derecho Mexicano de Procedimientos Penales

¹⁰⁹ Nando Lefort Victor M. Diccionario Terminológico De Ciencias Forenses Edit Trillas México 1998 Pag. 61.

cadena de la casualidad, y sobre los cuales podemos deducir racionalmente la existencia de hechos que no son desconocidos o dudosos..”

La Testimonial.- “..En términos etimológicos, la palabra testigo viene de *testando*, declarar, referir o explicar, o bien de *detestibus* dar fe a favor de otro. Testigo es la persona física que manifiesta ante los órganos de la justicia lo que le consta (por haberlo percibido al través de los sentidos), en relación con la conducta o hechos que se investigan..”¹¹⁰

Sabemos que, todo individuo que presencie hechos o conductas que puedan en un momento dado constituirse como delito, tiene el deber de manifestarlo a las autoridades.

Gómez Lara señala que: “..esta prueba consiste en declaraciones de terceros a los que constan los hechos que se examinan...esto a través de preguntas contenidas en interrogatorios que formula la parte que ofrece al testigo..”

Tanto el Ministerio Público como el Juez deben ser cuidadosos tanto en el desahogo como en la valoración de la prueba testimonial, pues es frecuente que el testigo presentado no haya presenciado realmente los hechos, y llegue aleccionado para actuar en el proceso y con la única finalidad de ayudar al indiciado.

El fundamento legal de la prueba testimonial lo encontramos en el artículo 20º fracción quinta de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos; así como, en los artículos 185 a 216 del Código de Procedimientos Penales Para el Distrito Federal. Y del 240 a 257 del Código Federal de Procedimientos Penales.

¹¹⁰ Barragán, Salvatierra Carlos. Derecho Procesal Penal. Edit. Mc Graw Hill. Segunda Edición México, 1999.

La Fracción V del artículo 20º de nuestra Carta Magna, señala: "..se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesarias al efecto y auxiliándose para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentre en el lugar del proceso.."

En esta fracción se advierte el derecho de defensa consagrado a favor del gobernado y se materializa en la posibilidad de ofrecer cualquier testigo, así como todos los medios de prueba. Hay que partir de que la idea de que en Derecho Penal el Ministerio Público tiene la carga de la prueba y la defensa tiene que aportar pruebas que desvirtúen la acusación del Ministerio Público.

Carga de la Prueba.- "..La carga de la prueba no es sino una aplicación a la materia probatoria del concepto general de carga procesal. A través de la carga de la prueba se determina a cuál de las partes se dirige el requerimiento de proponer, preparar y suministrar las pruebas en el proceso; en otros términos, la carga de la prueba precisa a quién corresponde probar.." ¹¹¹

En el sistema procesal penal mexicano, y en virtud de las reformas constitucionales del 10 de enero de 1994, ahora la carga de la prueba corresponde formalmente al órgano procurador de justicia, y así lo establece el Código Federal de Procedimientos Penales en el primer párrafo del Artículo 168, que señala: "..El Ministerio Público acreditará los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos..". Asimismo, el Artículo 180 de la Ley Procesal Penal Mexicana complementa la obligación probatoria estableciendo facultades específicas para que, a través de la investigación, se obtengan elementos de prueba para tal fin, señalando dicho precepto que "..Para la

¹¹¹ Ovalle Favela, José, *Derecho Procesal Civil*, México, Editorial Harla, 1989, Pág 127.

comprobación de los elementos del tipo penal y de la probable responsabilidad del inculpado, el Ministerio Público y los tribunales gozarán de la acción más amplia para emplear los medios de investigación que estimen conducentes según su criterio, aunque no sean de los que menciona la ley, siempre que estos medios no sean contrarios al derecho..". Los preceptos enunciados dan una idea clara de la existencia de la carga de la prueba en materia penal, correspondiendo ésta al órgano encargado de procurar justicia.

En estas condiciones, la prueba que corresponde al Ministerio Público es la prueba del cuerpo del delito y la culpabilidad del acusado, por lo que si esta falta equivale a la prueba de la no responsabilidad, en atención al principio de inocencia y del mejor beneficio para el inculpado. Por otra parte, la legislación procesal penal federal, como ya se apuntó, distribuye la carga de la prueba formalmente entre el Ministerio Público y el órgano jurisdiccional; al primero le obliga a acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, y al segundo le atribuye este deber mediante la corroboración que debe hacer de que dichos elementos estén debidamente acreditados, atendiendo al principio de legalidad y a que su misión es descubrir la verdad material de los hechos, lo que establece la ley procesal referida en el Artículo 168.

Como se ha manifestado, tanto la pericial, como la reconstrucción de hechos, son pruebas, entre otras, que por su naturaleza y características requieren de un mayor tiempo para su desahogo, esto es, no existe la posibilidad que durante el lapso del término constitucional se puedan desahogar, por lo que en su momento el inculpado y su defensor solo se limitaran al ofrecimiento y desahogo que por la premura del tiempo, el término constitucional les permita, y así logren obtener una resolución favorable y satisfactoria, sin embargo, si lo estiman necesario podrán solicitar la ampliación del termino para el desahogo de las que estos requieran para fortalecer su defensa.

4.- Resoluciones que dicta el Órgano Jurisdiccional

Cuando hablamos de averiguación previa establecimos que en ese primer periodo del procedimiento penal, denominado Averiguación Previa o Preparación de la Acción Procesal Penal, se realiza ante la institución del Ministerio público considerando a ésta como una autoridad administrativa, la cual, lleva a cabo determinaciones y no resoluciones, pues las resoluciones son exclusivas y privativas del órgano jurisdiccional, ya que este órgano, una de sus principales características es la de resolver sobre el proceso, pues tiene esa facultad que le otorga la ley que se traduce en declarar el derecho.

La jurisdicción es la facultad que tiene el estado al través del órgano jurisdiccional de decir, resolver las situaciones que se someten a su conocimiento; la competencia es el límite de esa facultad y esta competencia puede ser como sabemos, por materia, territorio, gravedad del delito, penalidad, etc., en cuanto a la jurisdicción, debemos señalar que el maestro González Bustamante afirma que tiene dos importantes elementos: “..el primero es la facultad de que disfruta el órgano jurisdiccional penal en la aplicación de la ley penal, atendiendo ésta como una *Facultad Declarativa* reservada únicamente a la autoridad judicial y se ejercita al pronunciar sentencia, para ello es menester siempre la existencia de un juicio previo seguido con todas las formalidades de la ley; el segundo elemento es el imperio, esto es, la facultad la facultad ejecutiva de ordenar, usando la coacción o medidas coercitivas para hacer que se cumpla la orden jurisdiccional, pues sin esa facultas sería imposible ejercer la jurisdicción ya que los mandatos de los jueces quedarían incumplidos..”¹¹²

Las resoluciones del órgano jurisdiccional penal son: decretos, autos y sentencias; las sentencias pueden ser interlocutoras, definitivas y ejecutoriadas como lo señaló claramente el maestro Pedro Hernández Silva en una de sus tan

¹¹² González, Bustamante, Juan José. Op Cit. Págs. 96 Y 97

elocuentes cátedras. Su fundamento lo encontramos en el artículo 71 de nuestra Ley Adjetiva Penal del Distrito Federal:

“..ARTICULO 71.- Las resoluciones judiciales se clasifican en decretos, sentencias y autos: decretos, si se refieren a simples determinaciones de trámite; sentencias, si terminan la instancia resolviendo el asunto principal controvertido; y autos, en cualquiera otro caso..”

Es de señalar, que en materia federal la ley dispone: las resoluciones judiciales, son sentencias si terminan la instancia o si resuelven en lo principal, y autos en cualquier otro caso; nótese que dicha ley adjetiva no se refiere a los decretos.

Decretos y Autos.- Los decretos a los que se refiere la ley adjetiva para el Distrito Federal, son resoluciones de poca monta, que se refieren a meros trámites sin afectar el fondo del procedimiento; en una de las cátedras del Dr. Hernández Silva, se nos explicó, que estas resoluciones pueden ser por ejemplo: “A sus autos el escrito de cuenta”; “Expídase las copias certificadas solicitadas”, estos a pesar de ser de poca monta, debe dicha resolución ser firmada por el juez y el secretario que autoriza o testigos de asistencia. Los decretos se reducirán a expresar el trámite exclusivo, tal y como lo señala la ley.

En cuanto a los autos se refiere diremos que son resoluciones de mayor importancia, por que ellos se refieren al procedimiento y pueden afectarlo, por disposición de la ley, estos autos contendrán un abrevé exposición del asunto de que se trate, las consideraciones jurídicas y fundamentos, y, las resoluciones que correspondan habrán de dictarse con mayor cuidado, ya que como hemos dicho, afectan el proceso, pues sabemos que dichas resoluciones deben realizarse con todo cuidado para que haya firmeza en el procedimiento penal, de lo contrario, se estaría interrumpiendo a cada momento con las impugnaciones que retardarían el proceso penal; algunos de esos autos son de tal importancia que adquieren la calidad de Sentencias Interlocutorias, como son, el Auto de Sujeción a Proceso; el

Auto de Formal Prisión y el Auto de Libertad por falta de Elementos. En apoyo a lo referido transcribiremos los artículos 72, 73 y 74 del Código de Procedimiento Penales para el Distrito Federal

“..ARTICULO 72.- Toda resolución judicial expresará la fecha en que se pronuncie... Los decretos se reducirán a expresar el trámite.

Los autos contendrán una breve exposición del punto de que se trate y la resolución que corresponda, precedida de sus fundamentos legales.

Las sentencias contendrán:

- I. El lugar en que se pronuncien;
- II. Los nombres y apellidos del acusado, su sobrenombre si lo tuviere, el lugar de su nacimiento, nacionalidad, edad, estado civil, en su caso, el grupo étnico indígena al que pertenezca, idioma, residencia o domicilio, ocupación oficio o profesión;
- III. Un extracto de los hechos exclusivamente conducentes a los puntos resolutivos del auto o de la sentencia en su caso, evitando la reproducción innecesaria de constancias;
- IV. Las consideraciones y los fundamentos legales de la sentencia; y
- V. *La condenación o absolución correspondiente y los demás puntos resolutivos.*

ARTICULO 73.- Los decretos deberán dictarse dentro de veinticuatro horas, los autos dentro de tres días y las sentencias dentro de quince, salvo lo que la ley disponga para casos especiales. Los dos primeros términos se contarán a partir de la promoción que motive el decreto o auto, y el tercero desde el día que termine la celebración de la audiencia.

ARTICULO 74.- Las resoluciones se proveerán por los respectivos magistrados o jueces, y serán firmadas por ellos y por el secretario..”

“..La sentencia es la que pone fin a una instancia o controversia en materia penal, dictada por el órgano jurisdiccional, la razón de que no se le haya llamado a esta resolución un gran final, o de otra manera, es por la sencilla razón que la palabra sentencia quiere decir el sentir de alguien, en ese caso del juez, en dicha resolución hay un substrato lógico indispensable representado por un silogismo, con su premisa mayor que es la norma jurídica, una menor que es el hecho y una conclusión en la que ambos concuerdan o discrepan. El juicio final o fallo, es una construcción mental, sin embargo, la sentencia no puede esta por completo abandonada a la lógica, toda vez que no debe desnaturalizarse del elemento humano dicho fallo, esa opinión nos la da el maestro Guillermo Borja Osorno..”¹¹³

Consideramos que esta resolución es la de mayor importancia para el órgano jurisdiccional, por que en ella debe decirse la verdad histórica del hecho que motive el proceso y muchas veces en el camino del Procedimiento penal, se va diluyendo esa verdad, quedando un porcentaje mínimo al final del proceso y ahí se encuentra precisamente lo delicado y grave, por que se puede condenar a un inocente o absolver a un culpable.

También es importante señalar que en la sentencia debe tomarse en consideración, la personalidad del imputado para el caso de que sea responsable, poder cuantificar su pena como ya asentamos en la propia ley se precisan los elementos que debe contener una sentencia; en el caso de ser condenatoria, los elementos fundamentales son la comprobación del delito y comprobación de la responsabilidad del procesado; el primero de los elementos a que nos referimos, en la práctica se confunde el legislador y se refiere al cuerpo del delito como al delito mismo, consideramos que es un error, el cuerpo del delito es una parte de este; que es la conducta y la tipicidad, en la sentencia debe quedar comprobado el delito en toda su integridad, debe analizarse la antijuricidad y la culpabilidad, por eso señalemos que en la sentencia debe quedar comprobado el delito.

¹¹³ Op. Cit. Págs. 528 Y 529.

Por otro lado señalemos los puntos resolutiveos que generalmente se determinan en una sentencia, y son los siguientes:

I.- orden que se decrete el auto de formal prisión, expresándose contra quien y por que delito.

II.- orden de que se identifique al indiciado por los medios legales de rigor.

III.- orden de que se soliciten informes de anteriores ingresos.

IV.- orden de que se expidan las boletas y copias de ley, en las que se haga constar la situación jurídica haciéndose por triplicado, entregándose un al procesado. otra a la Dirección del reclusorio en el que se encuentre y otra se queda en el juzgado.

V.- la orden de que se notifique la resolución al procesado, instruyéndolo del derecho que tiene para recurrirla.

Auto de Formal Prisión.- Esta resolución del Órgano Jurisdiccional reviste una gran importancia en el Procedimiento Penal Mexicano, toda vez que con ella da principio un proceso penal, como se desprende de lo establecido por el artículo 19º constitucional que de forma textual señala:

..Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de 72 horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado..”

En este se plasma de forma indiscutible el derecho a la seguridad jurídica. El gobernado sabe que no puede estar privado de su libertad por más de 72 horas, sin que se le determine su situación jurídica. También se le manifiesta en cuanto se le obliga al juez tener por acreditado el cuerpo del delito y la probable

responsabilidad con elementos suficientes o bastantes como se enuncia en la propia ley.

Podemos decir, que dicho precepto es fundamento constitucional del inicio del proceso penal, en este el juez va a estudiar y resolver la situación jurídica del gobernado, y en su caso dictar una resolución que se reflejara en su caso en un auto de formal prisión, un auto sujeción a proceso o un auto de libertad por falta de elementos.

El juez para resolver la situación jurídica del sujeto debe tener elementos bastantes que justifiquen el cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal y como se ha señalado para efectos del auto de formal prisión se debe de señalar el delito por el cual se va a sujetar a proceso a un sujeto, esto genera la necesidad de que el juez tome en cuenta elementos objetivos, normativos "subjetivos", así como las demás circunstancias que rodean la comisión del delito, pues una exigencia constitucional es que el sujeto sepa porque delito se le va a juzgar, pues no es lo mismo que se dicte un auto de formal prisión por el delito de homicidio simple y al final se le sentencie por homicidio calificado. Con esto se obliga al juzgador a analizar los elementos subjetivos o específicos, que son el Dolo y la culpa, y distintos al dolo o la culpa sería, por ejemplo, Con el propósito de... Al que con ánimo de...etc.

Reiterando, para dictar el Auto de Formal Prisión, es menester que se comprueben los elementos medulares: el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad de alguien, ya que, el comprobar el cuerpo del delito es demostrar la existencia de los elementos de un proceder histórico, el cual encaja en un tipo penal, así mismo, esa demostración habrá de hacerse con las pruebas que se recaben en el término constitucional de 72 horas.

Enseguida señalemos los requisitos que de manera formal se requieren para el auto de formal prisión:

I.- fecha y hora exacta en que se dicte éste, se hace para demostrar que el juez cumplió cabalmente con el término constitucional.

II.- la expresión del delito imputado al indiciado por el C. Representante Social, esto se requiere para que el juez no rebase el pedimento del Ministerio Público.

II.- la expresión clara del delito o delitos por los que se deberá incoar el proceso, ya que ello sirve de tema y ya no podrá variarse, solo en un caso, que es cuando se decreta auto de formal prisión por lesiones y sobreviene la muerte dentro de los sesenta días, podrá variarse por el de homicidio.

IV.- el nombre del juez que dicte el auto y el secretario que autoriza.

Es importante puntualizar que como ya se dijo, el auto de formal prisión da base al proceso, fija el tema del mismo y justifica la prisión preventiva; lo mismo que justifica el cumplimiento del órgano jurisdiccional, con el término constitucional.

Podemos decir que con la determinación del órgano jurisdiccional del auto de formal prisión se somete a proceso al gobernado y a su vez a prisión preventiva, los que sin duda son efectos de una resolución de esta naturaleza.

La prisión preventiva se da en el momento en que se decide someter a proceso a un sujeto durante el tiempo en que esté sometido a proceso.

Ahora bien, en cuanto a la prisión preventiva se refiere, el artículo 18º constitucional dispone lo siguiente: “..Solo por delito que merezca pena privativa corporal habrá lugar a la prisión preventiva. El sitio de esta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados..”

Esta es una norma dirigida a dos autoridades: la judicial y a la administrativa “carcelaria”. Se otorga un derecho a favor del gobernado “derecho a la seguridad jurídica”. Se habla de prisión preventiva la cual se actualiza cuando el delito merezca pena privativa de libertad.

También se dirige a la autoridad administrativa carcelaria porque se le obliga a poner a un sujeto sometido a proceso en un lugar distinto al que se encuentran los sentenciados a una pena privativa de la libertad. Así se le da el derecho a la seguridad jurídica al saber que va a estar en un lugar específico exclusivo para los que están sujetos a prisión preventiva. Sin embargo, en un reclusorio preventivo también hay sentenciados, pues ya no caben en la penitenciaría, pero se les tiene que mantener privados de su libertad; en los reclusorios, que son centros de readaptación Social, y tienen que convivir sentenciados con procesados, lo cual consideramos nada benéfico para estos últimos.

En dicho párrafo se consagra la obligación de la autoridad judicial a someter a prisión preventiva cuando el delito merezca pena privativa de libertad; y a la autoridad administrativa "carcelaria" de mantener al sujeto en prisión preventiva en un lugar distinto del de los sentenciados, disposición que por falta de espacio, en la práctica no se da, por lo que, como ya señalamos, tienen que convivir sentenciados con procesados, lo cual provoca una contaminación para los procesados.

Por otra parte, como se ha señalado la prisión preventiva se da en el momento en que se decide someter a proceso a un inculpado (convirtiéndose en procesado), durante el tiempo en que este sometido a proceso. Su excepción es la libertad provisional que procederá cuando el delito, si bien merece pena privativa de libertad no es un delito grave.

El artículo 20º constitucional ha sido conceptualizado como el precepto que establece los derechos a favor del procesado, sin embargo, de su lectura nos encontramos que no solo se contemplan derechos del procesado, sino a favor también del indiciado y del inculpado, hasta del mismo sentenciado.

Cuando hablamos de Indiciado nos referimos al sujeto que se encuentra sometido a una averiguación previa y en la cual existen indicios de su participación en el

delito; al hablar de Inculpado es que dicho sujeto es puesto a disposición del juez, por el ministerio público, pero no se ha decidido su situación jurídica; en cuanto al término de Procesado nos referimos cuando este ya está siendo procesado, ya sea por que se dicto auto de formal prisión o auto de sujeción a proceso, y en parte se ha decidido su situación jurídica; y finalmente cuando hablamos de Sentenciado se presenta la existencia de una sentencia como determinación judicial.

Este precepto señala las garantías que tendrá el inculpado en todo proceso penal: “...inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En casos de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley, o cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta procedente o por las circunstancias o características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, puede imponerse al inculpado.

La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional. Por lo tanto se consagra lo que se conoce como el derecho a la libertad provisional, que es el derecho que tiene un sujeto a ser puesto en libertad aún cuando es sometida a proceso..”

Dicha libertad provisional se garantiza con fianza o caución. Ahora bien, las exigencias para que el gobernado pueda tener este derecho son:

Que la conducta delictiva por la que va a ser investigado o procesado tenga el carácter de delito no grave. Antes se condicionaba el término medio aritmético de la pena (si no rebasaba los 5 años se otorgaba la libertad provisional).

Este beneficio puede solicitarse desde la averiguación previa o bien ante la autoridad jurisdiccional si ya esta siendo procesado. Los facultados para decretar la libertad provisional son: el Ministerio Público, El juez de la causa o El juez de amparo.

Podemos señalar que existen tres tipos de libertad provisional: Libertad provisional decretada por el Ministerio Público, que dura en tanto el Ministerio Público ejercita la acción penal, Aquí el Ministerio Público no pide una orden de aprehensión sino una orden de comparecencia porque el gobernado tiene, ante el, garantizada su libertad; Libertad provisional decretada por el juez de la causa, que dura desde que la decreta hasta que se dicte la sentencia; Libertad provisional decretada por el juez de amparo, que dura mientras dure el juicio de amparo.

En 1996 hay un retroceso a lo que al estado había implementado en el sentido de disminuir la prisión preventiva, pues nuevamente se manifiesta como un estado represivo, esto con la posibilidad que tiene el Ministerio Público de oponerse a la libertad provisional.

“..En casos de delitos no graves, el juez podrá negar a solicitud del Ministerio Público, la libertad provisional del inculpado, cuando este haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley, o cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o la sociedad

Por conducta precedente o circunstancias y características del delito cometido, según corresponda, se entenderá cuando:

- I. El inculpado sea delincuente habitual o reincidente por delitos dolosos,
- II. El inculpado este sujeto a otro u otros procesos penales anteriores, con los cuales se le haya dictado un auto de formal prisión por el mismo género de delitos.
- III. El inculpado se haya sustraído a la acción de la justicia y este sujeto a un procedimiento penal por delito doloso por el cual haya sido extraditado.
- IV. El inculpado se haya sustraído con anterioridad a la acción e la justicia implicando con ello la continuidad del proceso penal correspondiente.
- V. El Ministerio Público aporte cualquier otro elemento probatorio de que el inculpado se sustraerá a la acción de la justicia si la libertad provisional le es otorgada.
- VI. Exista el riesgo fundado de que el inculpado cometa un delito doloso, Contra la víctima u ofendido, alguno de los testigos que depongan en su contra, servidores públicos que intervengan en el procedimiento, o algún tercero, si la libertad provisional le es otorgada.
- VII. Se trate del delito cometido con violencia, en asociación delictuosa o pandilla.
- VIII. El inculpado haya cometido el delito bajo el influjo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas.." (Código Federal Adjetivo, artículo 399bis)

Estos son, algunos parámetros que debe de tomar en cuenta el juez cuando decide negar la libertad provisional a petición del Ministerio Público con esto se justifica porque se le niega a un gobernado la libertad provisional cuando se trate de delitos no graves.

Auto de sujeción a proceso.- La Constitución de 1917 en su artículo 19º incluye modalidades a favor del indiciado, cuando establece, que para los delitos de pena alternativa no habrá prisión preventiva y que se dictará en lugar de auto de formal prisión, auto de sujeción a proceso y algunas otras situaciones que benefician al indiciado.

Algunas otras modalidades que consideramos no son en beneficio del indiciado, es que se identifique al procesado (ficharlo), el ponerle un número, que en nuestro concepto resulta infamante y equiparamos a una pena injusta que se le pone sin saber todavía si es o no responsable, “..Artículo 298.- Dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, el juez ordenará que se identifique al procesado por el sistema administrativo adoptado para el caso..” situación que es criticada enérgicamente por el maestro Pedro Hernández Silva, que nunca ha estado de acuerdo que a los procesados se les fiche, por la razón ya señalada.

La sujeción a proceso, es también, un acto que trae aparejado el sometimiento a un proceso por parte del indiciado, *sin embargo*, dicho sometimiento no implica ninguna restricción de libertad.

Este auto se dictará cuando la penalidad del delito sea mínima, o cuando la pena sea alternativa y para ello, habrán de tomarse en consideración los mismos elementos medulares que ya hemos mencionado, es decir, la comprobación del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, solo que como la penalidad es mínima o la sanción es alternativa, ante esa situación no debe privarse de la libertad a la persona, sino que, solamente se le sujeta a proceso.

En cuanto a los efectos del auto de sujeción a proceso son, que, solamente somete a proceso al gobernado y no lo priva de su libertad, esto es, como ya se señaló, no habrá prisión preventiva .

Así mismo, el auto de sujeción a proceso según el numeral 304-bis de la ley adjetiva penal para el Distrito Federal deberá *contener los requisitos señalados en las fracciones I, II, III, V, VI y VII del artículo 297 del mismo ordenamiento*, y que la sanción sea no privativa de libertad, o bien, alternativa o disyuntiva; requisitos que enuncio a continuación.

1. Dicha resolución, se dictará dentro del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a disposición de la autoridad judicial;

- II. Que se le haya tomado la declaración preparatoria al inculpado en los términos de ley, o bien, conste en el expediente que se negó a emitirla;
- III. Que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten el cuerpo del delito del tipo penal por el cual deba seguirse el proceso;
- V. Que no esté acreditada alguna causa de litud;
- VI. Que de lo actuado aparezcan datos suficientes que hagan probable la responsabilidad del indiciado; y
- VII. Los nombres y firmas del juez que dicte la resolución y del secretario que la autorice.

Auto De Libertad Por Falta De Elementos.- Según dispone el artículo 302 de la Ley Adjetiva Penal Para el Distrito Federal, que para que el juez pueda dictar el auto de libertad por falta de elementos para procesar deberá fundarse en la falta de pruebas relativas a la existencia del cuerpo del delito o la probable responsabilidad del consignado; Dicha resolución, se deberá dictar dentro del plazo constitucional de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a disposición de la autoridad judicial; y debe contener los nombres y firmas del juez que dicte la resolución y del secretario que la autorice. Así también dispone que dicha determinación no impedirá que posteriormente, con nuevos datos, se proceda en contra del indiciado.

Dice Colín Sánchez "...es la resolución dictada por el juez al vencerse el término de las 72 horas, por no estar acreditados los elementos del tipo penal (*ahora cuerpo del delito*) ni la probable responsabilidad penal o habiéndose dado lo primero no existe lo segundo y cuya consecuencia es la orden para que el procesado sea restituido en el goce de su libertad...La falta de esos requisitos provoca esta determinación; sin embargo, si el agente del ministerio público, posteriormente, aporta nuevos datos que satisfagan las omisiones legales por las cuales se decretó el auto mencionado, realizará la instancia correspondiente para la rehaptención del supuesto autor del delito y ya ejecutada se observe lo dispuesto en los artículo 19º y 20º constitucionales.."

“...En el supuesto de aspectos negativos del delito: causas de justificación, causas de inculpabilidad, excusas absolutorias, etc; en el auto que se dicta al fenecer el término de 72 horas, se dice que la libertad que se concede es con las reservas de la ley .Esta forma de proceder, es indebida, por que, si se han agotado las pruebas que sirvieron de base para resolver la situación jurídica, lo procedente es decretar la libertad absoluta.. Toda actuación distinta entraña un contrasentido, por que, si el aspecto negativo del delito esta demostrado, resulta absurdo decir que: la libertad es con las reservas de ley...La resolución judicial, en estos casos produce los efectos de una sentencia absolutoria, por que no resulta lógico, ni admisible, que pudiera volver a iniciarse un proceso en contra del mismo sujeto por esos hechos, o que se pretendiera, con posterioridad, continuar el proceso. Ni en uno, ni en otro caso existen bases jurídicas de sustentación....”¹¹⁴

Por otro lado, “..Cuando el juez deba dictar auto de libertad, porque la ausencia de pruebas respecto del cuerpo del delito o de probable responsabilidad del indiciado deriven de omisiones del Ministerio Público o de agentes de la Policía Judicial, el mismo juez, al dictar su determinación, mencionará expresamente tales omisiones para que se exija a éstos la responsabilidad en que hubieren incurrido..” (Artículo 303 del Código de Procedimientos Penales Para el Distrito Federal)

Nos damos cuenta que, un auto de libertad (con reservas) en cuanto al inculpado, no significa una absolución de la instancia, ni una determinación de inocencia o no culpabilidad de este, significa ello, que si en la averiguación previa el Ministerio Público reúne los elementos, necesarios que le lleven a comprobar ante el juzgador, este puede ejercitar nuevamente la acción penal, solicitando una vez más la orden de aprehensión, y con el obsequio de esta, privar nuevamente al inculpado de su libertad tan subjetiva.

¹¹⁴ Colín, Sánchez Guillermo. Derecho Mexicano De Procedimientos Penales. Decimoséptima Edición. Edit. Porrúa, S.A. México, 1998.Pág. 394

CAPITULO IV

“PROPUESTAS DE SEÑALAR TÉRMINO A LA INSTITUCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO, PARA OFRECER PRUEBAS, CUANDO EL ÓRGANO JURISDICCIONAL LE NIEGA EL PEDIMENTO DE ORDEN DE APREHENSIÓN O COMPARECENCIA O DECRETA LA LIBERTAD EN EL TÉRMINO CONSTITUCIONAL CON LAS RESERVAS DE LEY”

1.- Garantías Constitucionales y Procesales del Sujeto Activo Dentro del Procedimiento Penal.

Al consumarse un delito concurren dos sujetos como mínimo uno es quien se erige como el sujeto pasivo del delito, esto es quien recibe el daño o detrimento dentro de su esfera jurídica, sobre quien recae el daño de la acción, y otro es el activo del delito quien lleva a cabo la conducta o hecho, de igual forma es de señalar que solo el ser humano es quien puede ser procesado por algún delito, de ninguna manera se podría procesar a persona moral, a una familia, etc.

En el artículo 20º Fracción primera busca conciliar el derecho del inculpado con el interés de la víctima o el ofendido. Sin embargo, en los casos en que haya un conflicto grave entre ambos intereses, en los términos que señale el legislador, se deberá preferir el de la libertad de quien no ha sido declarado culpable sobre el interés que protege a la víctima, ello en razón de presunción de inocencia y preponderancia de la libertad frente a los bienes tutelados por los delitos que alcanzan genéricamente ese beneficio. En todo caso, se deberá afectar lo menos posible al interés que se sacrifica.

El inculpado, como podemos ver, no solo es un sujeto que indispensablemente participa en la relación procesal penal, sino que, nos atrevemos a decir que es el principal actor de él, ya que, el inculpado surge, en el momento en que a alguien se le atribuye, en la denuncia o querrela, participación (de la forma que sea) en la realización de la conducta ilícita.

Es importante distinguir, entre el sujeto activo del delito y el inculpado, aun cuando pudieran confundirse y en algunas ocasiones, por las circunstancias en que se dieron los hechos, puede que se trate de la misma persona, por lo que, es importante establecer de forma clara su diferencia.

Según el maestro Julio A. Hernández Pliego en su obra denominada Programa de Derecho Procesal Penal apunta: “..El sujeto activo del delito es quien participó, de algún modo, en la comisión del hecho delictivo, es decir, es la persona física que como autor, participe o encubridor, intervino en la comisión del delito...En cambio, inculpado por el delito puede serlo una persona que de ninguna manera haya participado en la realización del hecho delictivo, un inocente, una víctima del error o la calumnia. Por eso, aún cuando suele converger en el sujeto activo del delito la calidad del inculpado, eventualmente puede inculparse a un inocente, es decir, a alguien ajeno al delito, de ahí que pueda tratarse de sujetos diferentes y de ahí que valga hacer la diferenciación, quedando claro que no siempre el inculpado es el sujeto activo del delito..”¹¹⁵

En parte de la doctrina se mantiene la discusión acerca de si las personas morales o jurídicas, podrían ser inculpadas en un delito, argumentando que solamente a los autores de los delitos, en obsequio al mandato constitucional que impide la aplicación de las penas trascendentales, puede imponérseles alguna pena, y en el caso, el Código Penal señala sanciones que pueden ir desde la suspensión, hasta la disolución de las sociedades mercantiles, cuando se estime necesario para la seguridad pública. (Artículo 11º del Código Penal Para el Distrito Federal)

La imputabilidad sólo puede concebirse en una persona física, así como, la pena solo puede ser sufrida por una persona de ese tipo, pena que solo aflige a personas físicas, en su caso para su readaptación, y no así en la persona moral, que solo es una ficción jurídica, y afirmamos, considerando los fines de la pena

¹¹⁵ Hernández. Pliego Julio A. Programa De Derecho Procesal Penal. Segunda Edición. Edit. Porrúa, S.A. México. 1997.

(aflicción, la prevención, la readaptación social etc.), estos, no podrían ser referidos a alguien que no fuera persona física, ya que, solo las personas físicas pueden percibir y sentir los efectos de la misma.

La imputabilidad, se puede entender como la capacidad del individuo, al cometer el delito, de comprender el carácter ilícito de éste y de conducirse de acuerdo con esa comprensión (Artículo 13° frac. VII del Código Penal Para el Distrito Federal) Ahora bien, como sabemos, en todo proceso existe un actor y un demandado; el primero es el titular de la acción en juicio y, este último, en contra de quien se dirige la acción es el inculcado, sujeto pasivo de la acción penal.

En materia penal y, propiamente en el proceso penal, el Ministerio Público es quien ejercita la acción penal como único titular de dicha actividad, este es, el sujeto activo, como representante social, naturaleza de este órgano. Por lo que en quien recae la ejecución de la acción penal es el sujeto pasivo del proceso penal, siendo como ya señalamos el inculcado.

Podemos decir que la persona física imputable, en contra de quien se dirige la pretensión punitiva del Estado, por disposición constitucional, y efectuada por el Ministerio Público a través del ejercicio de la acción penal es el inculcado, independientemente de su nacionalidad sexo o religión, a lo que afirmamos que, inculcado puede ser cualquier persona, sin importar característica alguna.

El artículo 20° Constitucional, ha sido conceptualizado como el precepto que establece los derechos a favor del procesado, sin embargo, de su lectura nos encontramos que no solo se contemplan derechos del procesado, sino a favor también del indiciado, o inculcado.

“..Para referirse al inculcado, la Constitución Política, la legislación procesal e inclusive la jurisprudencia de la Suprema Corte y de los Tribunales Colegiados, utilizan de manera descuidada distintas denominaciones, como reo, procesado,

probable responsable, etc...Los distintos autores de Derecho Procesal Penal, aun que también usan erráticamente la denominación que corresponde a este sujeto indispensable, están conformes en que reciba estos nombres, según la etapa procesal por la que vaya transitado: indiciado, durante la averiguación previa, por existir apenas indicios de responsabilidad a su cargo; procesado, una vez que se encuentre a disposición del juez, por que es ahí cuando empieza el procesamiento; acusado, desde el momento en que el Ministerio público formula conclusiones acusatorias en el proceso; inculcado, encausado inculcado o imputado, es una denominación común que puede ser usada indistintamente, hasta este momento procesal; sentenciado, al dictarse sentencia definitiva; condenado o reo, si esa resolución es condenatoria; compurgado, si ha cumplido la condena impuesta..¹¹⁶

En cuanto a los derechos del inculcado podemos señalar que, tiene múltiples facilidades de defensa, dada la existencia de un vasto catálogo de prerrogativas constitucionales, ya desde la averiguación previa ante el Ministerio Público, durante y al final del procesamiento, ya que desde un principio está en aptitud de designar defensor o persona de confianza, aportando pruebas y asistiendo al inculcado en lo que a su defensa se refiere.

El inculcado, desde el inicio del proceso, debe ser informado de los derechos que se consignan en su favor, entre ellos una defensa adecuada, la cual puede ser por sí mismo, por abogado o por persona de su confianza, que si lo vemos objetivamente de nada le sirve una persona de confianza que lo asista, si esta no conoce las leyes, las cuales son necesarias para avanzar correctamente en el camino del proceso, pero si nos adherimos fielmente al texto constitucional, diremos que, la persona para una defensa adecuada, será aquella que conozca los medios y formas legales para llevar al cabo la defensa del sujeto, llámese inculcado, indiciado, procesado o sentenciado.

¹¹⁶ Hernández, Pliego Julio A. Programa De Derecho Procesal Penal. Segunda Edición. Edit. Porrúa, S.A. México, 1997.

Como hemos dicho, el artículo 20º Constitucional, se ha conceptualizado como el precepto que establece los derechos a favor del inculpado ya que entre otras cosas le otorga seguridad jurídica, así mismo, contiene todo un catálogo de derechos público subjetivos del inculpado, de entre los cuales se encuentran la posibilidad de que obtenga la libertad provisional bajo caución, cuando proceda, caución que deberá ser asequible para el inculpado, esto es, el juez debe considerar la naturaleza, modalidades, circunstancias del delito y características del inculpado, así como, la posibilidad en el cumplimiento de las obligaciones procesales; Estar informado acerca de la naturaleza y causa de la acusación, “..Se le hará saber en audiencia pública y dentro de las 48 horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria..” a través de la cual se pretende que el gobernado pueda manifestar lo que ocurrió en la averiguación previa. Declarar o reservarse ese derecho, “..la confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carece de todo valor probatorio..” (muestra de certeza y seguridad jurídica), puede permanecer callado si así lo desea, sin que reciba presión alguna o violencia física o moral; El derecho a un pronto proceso; a ser careado si lo solicita, con quienes depongan en su contra; “..Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite..”

“..Nada impide, por otra parte, que el procedimiento se inicie sin que se conozca ni esté identificado el inculpado, es bastante con que se tenga noticia del delito. De hecho, muchas averiguaciones previas son iniciadas (QRR), por ignorarse la identidad del inculpado, la misma averiguación previa, con frecuencia, sirve para averiguar quien es el inculpado. No obstante, al consignarse si debe existir certidumbre acerca del inculcado, pues no podrá el Ministerio público ejercitar la acción penal en contra de persona indeterminada, como ocurre en materia obrero

patronal, por ejemplo, en que se ejercita acción penal en contra de quien acredite o resulte ser el patrón. En materia procesal penal no existen juicios en rebeldía, siendo condición para el procesamiento, la presencia física del inculcado...Cabe aclarar que dentro del procesamiento penal, eventualmente podría estarse en presencia de una condena en rebeldía, pero solamente en lo que mira al pago de los daños, contra el obligado civilmente a repararlos, tal ocurrirá sí, por ejemplo, el ofendido por el delito, dentro del mismo proceso penal que se instruye al inculcado, reclamara a uno de los terceros que menciona el artículo 32º del Código Penal, el pago de la reparación del daño..¹¹⁷

En nuestro máximo ordenamiento, existen otras disposiciones que permiten un justo proceso al inculcado, como el no ser juzgado sino en tribunales establecidos previamente y con leyes dictadas con anterioridad al hecho, por otro lado no podrá aplicarse en su agravio una ley en forma retroactiva, así como la prohibición de imponer penas injustas, infamantes, crueles, inusitadas o trascendentales, etc. Por otro lado, dicho ordenamiento garantiza ser juzgado en audiencia pública y por un juez, garantía de audiencia que, envuelve a los otros derechos, por conceder la potestad de ser oído y vencido en juicio “..Será juzgado en audiencia pública y antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa..” lo cual da celeridad y seguridad jurídica a las partes, sin embargo, no es así, y se lleva a cabo en un mayor tiempo para poder presentar las mayor cantidad de pruebas posibles según sea el caso.

2.- El Artículo 36º del Código de Procedimientos Penales Para el Distrito Federal Antes de las Reformas del 17 de Septiembre de 1999.

Una de las principales causas que motivan las reformas de los ordenamientos jurídicos es, entre otras, la búsqueda de sana convivencia entre los individuos, la paz y el orden social.

¹¹⁷ Colín, Sánchez Guillermo Derecho Mexicano De Procedimientos Penales. Decimoséptima Edición. Edit Porrúa, S.A. México, 1998.

Las reformas a nuestro cuerpo de leyes son necesarias adecuando cada una de ellas a nuestro vivir cotidiano. Dichas reformas a los ordenamientos que nos rigen, previa iniciativa de estas, son discutidas por los legisladores facultados por la propia ley, justificando en cada particular caso de reforma la solución o respuesta cercana al problema que los conllevó a contemplar dicha modificación a la ley y encontrar el sentido de la misma, para finalmente dar como resultado el precepto aplicable y que se plasma en nuestra ley vigente; dichos comentarios y discusiones en torno a las iniciativas quedan plasmados en documentos que guardan el sentimiento de los legisladores con el objeto y fin de la reforma, documentos que se les titula "Diario de Debates".

Según texto del Diario de Debates No 8. de fecha 22 de noviembre de 1990, La Secretaria de Gobernación presento una iniciativa de decreto por la cual se modificaron diversas disposiciones, de entre las cuales se encontraron las relativas al Código de Procedimientos Penales Para el Distrito Federal. El texto de iniciativa de reforma no aparece en dicho diario de debates, y solo se deduce que esta fue recibida y turnada para su estudio a la Comisión de Justicia.

En el Diario de Debates No 18 de fecha 17 de diciembre de 1990 se presento la lectura del dictamen que modificó ambos ordenamientos adjetivos penales, tanto del Federal como el del Distrito Federal. Dicho dictamen fue Turnado a la Comisión de Justicia el 22 de noviembre del año de 1990, el cual se dio en los siguientes términos, mostrando en sí el sentimiento del legislador:

"..La iniciativa..., tiene como argumento fundamental la necesidad de establecer mecanismos más idóneos para vigorizar el respeto a los derechos humanos dentro del estado social de derecho.....se trata de poner al día toda la eficacia del Estado y el potencial de la sociedad civil de la condición social, comunitaria y colectiva de todos mexicanos sin distinción, y del respeto general, público y efectivo, de los derechos humanos que otorga la Constitución....establecer con mayor claridad los límites de actuación de los órganos del Estado durante

diferentes momentos procedimentales y del juicio y buscar expresar de mejor manera los alcances del contenido de las respectivas garantías constitucionales..”

Creemos que es necesario crear instituciones que funjan como controladoras del poder público, así como, establecer instrumentos del control social, ya que las comunidades para desarrollarse armónicamente requiere de paz, de orden, de protección y de seguridad. Quien infringe ese orden o rompe la paz social debe ser sancionado, y en este aspecto pueden ser quebrantados por los propios particulares o por la misma autoridad, aun que debemos ser observadores, cuidadosos y concientes de que en ambos recae la obligación de respetar los valores fundamentales de la coexistencia.

Como hemos dicho, el respeto a los derechos humanos es condición para lograr el progreso y la paz social entre otras cosas, la Comisión de Justicia dijo al respecto: “..Quien tiene como encargo la defensa y protección de los derechos fundamentales debe obrar conforme a sus límites, de acuerdo a sus atribuciones. No debe tolerarse que bajo el argumento de preservar la paz social se menoscaben los fundamentos sobre los que descansa el estado de derecho, pues ello implicaría, tarde o temprano, su debilitamiento, con los graves efectos consiguientes...La evolución de las normas jurídicas son el efecto de la transformación de la misma comunidad, ya que aquéllas no son más que un reflejo del hecho social. Si se quiere conocer el grado de evolución de una sociedad dada, debemos conocer su estructura jurídica. No puede haber desfaseamiento entre una y otra..”

Por otro lado señala que: “..La naturaleza punitiva del derecho penal, como instrumento jurídico para tipificar las conductas que atenten contra el orden social, nos hace reflexionar sobre la necesidad de establecer claramente las dimensiones de esas conductas y su impacto en la comunidad. Asimismo, nos compele a revisar cuidadosamente las facultades de que están investidos quienes tienen el encargo de preservar el orden social y los medios que se utilizan para ello...

reconoce la importancia que tienen las reformas propuestas a la codificación penal adjetiva, pues ésta constituye precisamente el instrumento utilizado por el Estado para determinar si una conducta ha quebrantado el orden social, y a la vez los límites de la actuación de quienes están obligados a determinar objetivamente si existe o no esa ruptura..”

“..La tutela efectiva de las garantías individuales y el fortalecimiento del principio de legalidad así lo reclaman, pues de esa forma se revitaliza el régimen constitucional del Estado mexicano....Por otro lado, la protección y respeto a las garantías del gobernado no debe ser preferente ni exclusiva para aquellos que no han cometido algún ilícito penal, sino que tal tutela, aunque parezca afirmativa de perogrullo, debe hacerse patente aún para aquellos que han incurrido en la comisión de algún delito..”

“..Por lo que refiere a la figura procesal del sobreseimiento, se agrega que éste debe ser dictado por el juez de la causa si antes de dictar sentencia se acredita que existen pruebas suficientes para determinar la inocencia del inculgado. Así mismo, se deja subsistente la facultad conferida al Ministerio Público Federal para que lo solicite al juez. De esta forma se pretende evitar que una persona inocente permanezca detenida hasta que concluya el proceso, obteniéndose así dos objetivos; el más importante de ellos, consistente en la liberación de una persona que en vista a las evidencias es inocente, y por otro lado, el descargo de trabajo para la autoridad judicial. De esta manera, la reforma al artículo 298 del Código Federal de Procedimientos Penales y la reforma al artículo 36º y la adición de un capítulo específico al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, indirectamente reconocen y hacen vigente la verdadera naturaleza de la autoridad jurisdiccional, que debe ser quien juzgue y determine si existe o no hecho delictuoso y si este hecho es o no imputable al inculgado..”

Al respecto la Comisión propuso la aprobación del proyecto de decreto, texto del cual contempla en una de sus partes, que cuando se encontrara agotada la

averiguación y no se reunieran los requisitos del 16º Constitucional, ello para decretar la aprehensión del inculgado, el juez de oficio o a petición del Ministerio Público, decretaría la cesación del procedimiento y mandaría archivar el expediente.

En el Diario de Debates No 19 del 18 de diciembre de 1990 se dieron algunos argumentos como el de el diputado Napoleón Cantú Cerna, que entre otras cosas manifestó que “..los propósitos de la iniciativa son loables y oportunos. En efecto, nuestro orden jurídico necesita consolidarse y actualizarse permanentemente. La procuración e impartición de justicia siempre debe de buscar su mejor funcionamiento, y se requiere que sus órganos actúen con estricto apego a la ley, de manera honesta, expedita y eficiente.....Con las reformas que se proponen se confirman, clarifican y consolidan garantías individuales de gran trascendencia en el procedimiento y en el proceso penales, pero además se establecen los medios para asegurar su cumplimiento, así como los efectos de su inobservancia. El Estado requiere de los instrumentos legales necesarios para lograr que prevalezcan el orden, la seguridad y la paz pública... el principio de legalidad es imperativo y debe de prevalecer sobre cualquier otra circunstancia..”

Por lo anterior, se aprobó en lo general y en lo particular el proyecto de decreto que modifico, entre otras, las disposiciones del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y en consecuencia dicho precepto quedo de la siguiente manera:

“..Artículo 36º.-Cuando se encuentre agotada la averiguación correspondiente y no se reúnan los requisitos del artículo 16º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para decretar la aprehensión del inculgado, el juez de oficio o a petición del Ministerio Público, decretará la cesación del procedimiento y mandará archivar el expediente..”

Ahora bien, en cuanto a este enunciado nos preguntamos ¿cuándo se agota la averiguación? Como sabemos esta, se inicia con la noticia criminosa, pero ¿cuando se dice que se agota? Podemos decir que se agota con el desahogo de la ultima diligencia cuya consecuencia en su caso será la consignación, que con cuyos elementos consignados ante el juzgador, este determinará si obsequia el pedimento de orden de aprehensión o no, pero en el caso de que no se reúnan estos requisitos, según establece dicho precepto, se deberá decretar la cesación del procedimiento y mandará archivar el expediente, a nuestro parecer, este precepto, es amplio en concepto y poco claro, sin embargo da muestras de clara intención por parte de los legisladores de otorgar a las partes certeza y seguridad jurídica, prerrogativas que como veremos, otorga de forma clara en la reforma de 1994

Como ya se dijo, otra de las reformas de nuestra ley adjetiva penal para el Distrito Federal, en cuanto al precepto en estudio, se dio en el año de 1994, antecedente inmediato del texto vigente que hoy ocupa el cuerpo normativo de dicho ordenamiento. En el Diario de Debates No. 11 del 23 de noviembre de 1993 se encuentra sentado el proyecto de Reforma al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal reforma que se enuncia y justifica de la forma siguiente:

“..En el artículo 36º se propone establecer que cuando se ha negado la orden de aprehensión o de comparecencia o dictado el auto de libertad por falta de elementos para procesar, si no se proponen nuevos elementos de prueba o los propuestos no son suficientes para librar los mandamientos referidos, debe sobreseerse el procedimiento, lo que da seguridad jurídica al que tuvo el carácter de indicado, la cual no existe hasta que se declarara extinguida la acción penal por prescripción. Además esta medida tiene como finalidad que haya un verdadero eslabonamiento entre la víctima u ofendido por el delito y el ministerio público..”

Dentro de las disposiciones generales dice: “..Con mayor claridad y precisión en sus alcances resulta la nueva redacción del artículo 36º, al establecer que el

procedimiento se observara cuando, habiéndose negado la orden de aprehensión o de comparecencia, o dictado el auto de libertad por falta de elementos para procesar, no se proponen nuevos elementos de prueba o los propuestos no son los suficientes para librar los mandamientos referidos; nueva regulación que, sin duda, proporcionara mayor seguridad jurídica para el inculpado.." al final del debate discusión, y previa aprobación se reformo dicho precepto, el cual fue publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994 quedando de la siguiente manera.

"..Artículo 36. Cuando se haya negado la orden de aprehensión o de comparecencia, o dictado el auto de libertad por falta de elementos para procesar, si no se aportan por el ofendido o por el ministerio público pruebas dentro de los 60 días a partir del siguiente en que se les hayan notificado estas resoluciones, o su desahogo, no son suficientes para librar las órdenes referidas, se sobreseerá la causa.."

3.- Proyecto legislativo de la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para Llevar al Cabo la Modificación al Ordenamiento Antes Señalado.

Hasta el año de 1998 el Congreso contaba con la facultad de legislar en materia penal, no solo en el ámbito federal sino también en materia local, en caso del Distrito Federal; es hasta el año de 1996 cuando por decreto, dicho este, en su artículo undécimo transitorio mediante el cual se reforman diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 22 de agosto de 1996, y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 122 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Apartado C. base primera, fracción V, inciso h), se otorgan facultades a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para legislar en esta materia, dejando de forma exclusiva al Congreso de la Unión lo que respecta al ámbito federal.

Considerando lo anterior, y que el Jefe de Gobierno cuenta con facultades para presentar iniciativas de ley, en el año de 1999 el Jefe de Gobierno Ingeniero Cuahutemoc Cárdenas Solórzano presento a la asamblea Legislativa el decreto para reformar y adicionar diversas disposiciones, entre otras, nuestra ley adjetiva penal.

Como hemos comentado, el Congreso de la Unión cuenta con un Diario de Debates, es también el caso de la Asamblea del Distrito Federal, en dicho Diario de la primera legislatura, en su tercer periodo de sesiones de fecha 31 de agosto de 1999 se presento la Iniciativa de reformas al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, derivado del acta de sesión del 25 de agosto del mismo año, en dicha acta quedo asentado "...el diputado Alfredo Hernández Raigosa,...la seguridad pública se ha convertido en la principal demanda ciudadana en el Distrito Federal. Y en el país. Múltiples causas, entre ellas el deterioro económico de la población, ha contribuido al crecimiento de los índices de delincuencia y de cesación de vulnerabilidad de los ciudadanos.....Hacer seguras nuestras calles y nuestra ciudad es una tarea que involucra a todos. Cada uno, en su propio ámbito, debe asumir su responsabilidad de contribuir a esa tarea, en lo que corresponde a la ciudad de México, el esfuerzo ha sido grande y los resultados positivos han empezado ha a producirse.."

Sin embargo la tarea de procuración y administración de justicia requiere no solo de letras y palabras, sino, de mejores formas e instrumentos para un combate a fondo de la delincuencia, sin menoscabo del respeto de los derechos humanos, no solo de las víctimas, sino también, de quienes cometen conductas delictivas, o se presume que han incurrido en la comisión de estas. Comenta el Diputado Hernández Raigosa "...Son instrumentos necesarios y de primera importancia los contenidos en las leyes penales.." opinión que compartimos, ya que, es fundamental la adecuación de las normas procesales que regulan la actuación del Ministerio Público y de los órganos jurisdiccionales.

Con dicha iniciativa se dice, pretenden impulsar los cambios urgentes que reclama la sociedad. De ahí que se propongan adecuaciones relacionadas con la protección a víctimas y ofendidos, con el equilibrio de los inculpados, la penalización de los delitos según su gravedad y con la agilización de los procedimientos.

“...se propone reformar el artículo 36° del ordenamiento procesal para eliminar la fuente de impunidad que se genera al imponerse una prescripción anticipada para los delitos cuya existencia no se acredite plenamente antes de iniciar el proceso. Así, con el objeto de que la representación social se encuentre en amplitud de practicar las diligencias que procedan en la averiguación previa, se propone eliminar arbitrario plazo de sesenta días con el que cuenta el Ministerio Público integrado a partir del día siguiente en que se haya notificado la resolución que niega la orden de aprehensión o de comparecencia o el auto que decreta la libertad por falta de elementos para procesar, pues, este plazo perentorio modifica los términos de la prescripción genérica que establece el Código sustantivo al transformarse, de facto, en un plazo prescriptivo de las conductas delictivas, que orilla a la impunidad, y que equivale, en la práctica, a una sentencia absolutoria sin proceso...A la vez con la reforma al artículo 36° se exigirá al juez que precise los elementos que motivan la determinación asumida, con mira a que su resolución, fundada y motivada, de pie a la continuación de la actividad ministerial...Con la modificación que se propone no se afecta la seguridad jurídica por que, para garantizar esa seguridad, se mantiene el referente genérico de las reglas de la prescripción del delito. En cambio, se evita que queden impunes los delitos, si por cualquier causa, el ministerio público no vuelve a ejercitar la acción penal en el término de sesenta días..”

De forma posterior a la discusión del dictamen dicha iniciativa de decreto le fue turnada a la Comisión de administración y procuración de justicia, la cual señalo entre otras cosas “..la tarea de la procuración de justicia no es fácil.. requiere de mejores instrumentos... es necesaria la adecuación de las normas procesales que

regulan la actuación del ministerio público... se pretenden impulsar cambios urgentes que reclama la sociedad; se proponen adecuaciones relacionadas con la protección de las víctimas y ofendidos, con el equilibrio entre los derechos de las víctimas y los derechos de los inculpados, con la penalización según su gravedad..”

La iniciativa fue aprobada, y se publicó el 17 de septiembre de 1999 para iniciar su vigencia el día siguiente quedando el nuevo texto de la siguiente forma:

“..ARTICULO 36.- Cuando se haya negado la orden de aprehensión o de comparecencia, o dictado el auto de libertad por falta de elementos para procesar, por considerar que no están reunidos los requisitos del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 132 y 133 de éste Código, el Juez penal deberá señalar aquellos requisitos que a su juicio no se encuentran satisfechos, fundando y motivando su resolución, y el Ministerio Público practicará las diligencias necesarias para integrar debidamente la averiguación previa correspondiente..”

4.-Crítica a la Mencionada Reforma Procesal.

Desde 1931 contamos con una legislación adjetiva penal que se ha visto en repetidas ocasiones superada por la rapidez y constantes transformaciones del entorno social de las relaciones Estado-sociedad y de la propia vida cotidiana de los individuos, vicios, lagunas y conceptos ya superados residen en ella. Somos concientes que todo cambio, produce consecuentemente, resultados cuyos resultados serán positivos o negativos, con beneficios, perjuicios o ambos. En lo que respecta al ámbito legal o normativo, contrario a lo que sucede en otros campos, creemos que los cambios deben darse siempre en forma positiva, con beneficios individuales y colectivos, en aras del bien común, sin dejar de pensar en que la justicia y la legalidad deben imperar ante todo, dado el estado de derecho que enmarca nuestro actuar cotidiano.

Todos los días observamos que nuestros legisladores y funcionarios se encuentran en la posibilidad de que sus decisiones, cuya intención fue establecer un mejor equilibrio social, nos conduzcan a situaciones imprevisibles.

Como se ha dicho, no es sino hasta el año de 1996, cuando por decreto, se otorgan facultades a la Asamblea Legislativa del Distrito Federal para legislar en el ámbito penal. En el año de 1999 presento el Jefe de Gobierno una iniciativa, cuya finalidad fue reformar, entre otras disposiciones, el Código de Procedimientos Penales Para el Distrito Federal, reforma que en parte debilito garantías de las que por mandato Constitucional todo individuo debe gozar, es el caso del precepto contenido en el artículo 36° de dicho ordenamiento.

Creemos que es vital la protección de las víctimas y ofendidos, y el equilibrio de estas con los inculpados, sin dejar de considerar el respeto de los derechos humanos, la vida, la libertad, la seguridad jurídica y la dignidad humana, y no solo de las víctimas sino también de quienes incurrir en conductas delictivas, y más aún de quienes son inculpados injusta e ilegalmente, y cuyo trato, en ocasiones, es el mismo que recibiera el más peligroso delincuente.

Los legisladores reformaron dicho precepto justificando la existencia de una fuente de impunidad (la falta de castigo), la cual con dicha reforma pretenden eliminar, dicen se genera esta, al imponer una prescripción anticipada para los delitos cuya existencia no se acredite plenamente. Creemos que fuera de eliminar la impunidad, generan un castigo en libertad a los inculpados, ya que, aún otorgándoles o poseyendo estos de dicha libertad carecen de ella. Creemos por otro lado, que la impunidad, se presenta cuando debiendo imponer un castigo no se hace, y no debe justificarse la falta de castigo con el hecho de que se establezca un término o un lapso en el cual debe cumplir con una disposición normativa la autoridad. Ahora bien, podemos hablar de una justa impunidad, en algunos casos, pues no se debe castigar a alguien que en evidencia es inocente, y que además la autoridad carece de elementos que demuestren lo contrario, ahora

bien, lo que creemos que busca el legislador en principio es el evitar que una persona inocente arrope, en su vivir cotidiano, incertidumbre e inseguridad jurídica, pues si no existen elementos que satisfagan lo solicitado por la ley para tales efectos, el sujeto inculpaado, no debe, ni tiene por que sufrir la angustiosa espera en la que se deba resolver su situación jurídica mediante amplios plazos prescriptivos.

Por otro lado, los legisladores hacen mención de que con dicha reforma se logra un equilibrio entre la víctima y el inculpaado, el cual creemos no existe, y que por el contrario el inculpaado se encuentra en el lado más bajo de la balanza.

Otro de los aspectos que nos llama la atención es la mención que hacen los legisladores en cuanto a que se pretenden impulsar los cambios que reclama la sociedad, por lo que, se proponen adecuaciones en relación “..con la agilización de los procedimientos..”, a lo que pensamos que, lejos de agilizarlos, y con la existencia de un tan amplio margen para la investigación y con la eliminación del plazo existente, las investigaciones corren el riesgo de empantanarse y caer en un grave letargo. Aunque, es oportuno considerar que el proceso debe ser sereno y certero, esto es, debe encontrar el justo equilibrio, entre la serenidad y la celeridad.

Así mismo, dicen “..eliminar el arbitrario plazo..” creemos que no se puede hablar de arbitrariedad en razón de que la disposición existe previamente a un hecho. No debemos olvidar que la autoridad no puede actuar sin disposición expresa de la ley...sino conforme a leyes expedidas con anterioridad al hecho, luego entonces, dicho plazo no es arbitrario pues no se presenta como una decisión momentánea, o instantánea y menos a capricho del propio juzgador, sino como consecuencia de una disposición normativa expedida con anterioridad al hecho.

Se dice también, que dicho plazo “..modifica los términos de la prescripción genérica..”, y a nuestro parecer no creemos se haya modificado en ningún sentido;

quizá lo que quisieron decir nuestros legisladores es que con el plazo existente hasta antes de la reforma se dejaba de observar lo dispuesto por el capítulo de la prescripción genérica pues específicamente se apegaría al precepto establecido en la disposición adjetiva, y en relación al plazo que señalaba el precepto previo a la reforma, más que hablar de una prescripción, podríamos hablar de la figura jurídica de sobreseimiento, ambas son figuras con características diferentes, y cada una cumple con determinados elementos y se presentan en diferentes circunstancias, figuras de las cuales hablaremos en punto último de nuestro trabajo.

Con la reforma dicen “..se exigirá al juez que precise los elementos que motivan la determinación asumida, con mira a que su resolución, fundada y motivada, de pie a la continuación de la actividad ministerial..”, Al través del tiempo, el juez y el Ministerio Público han tenido definidas sus facultades, obligaciones, su naturaleza jurídica, etc., las cuales, por siempre debieran ser consideradas en cada actuación, y ser fieles a sus encomiendas para alcanzar el objeto y fin de las mismas. No creemos que el juez deba involucrarse, la investigación y persecución de los delitos incumbe *única y exclusivamente* al Ministerio Público, el juez no es auxiliar del Ministerio Público; es vital la independencia y capacidad del legislador para emitir sus resoluciones, en la cual creemos, así como en la del órgano investigador para realizar su tarea, sin que intervengan otros factores que influyan en sus decisiones, determinaciones o resoluciones finales y den pie a un fallo adolecido de parcialidad, no es sano que el juzgador señale al Ministerio Público. que hacer, o que le falta, al grado de indicarle: *mira esto esta mal, no es hace así, esta incompleto, busca esto y aquello..... es lo que te hace falta para obsequiarle lo que me pediste*, el juez tampoco es asesor del Ministerio Público (se menosprecia su capacidad), como estudioso del derecho y perito que es, el Ministerio Público conoce los elementos y requisitos a reunir para que le satisfagan en sus pedimentos, elementos que le dará su investigación, de la cual es el único y exclusivo titular, por lo que a la luz de la investigación podrá suponer si será favorable o no su pedimento. Por otro lado, si no se integro la averiguación,

creemos que se debe a que no existen los elementos, no los hay, luego entonces se debe valorar sobre lo existente y resolver con estos, pues sería preocupante la espera de la fabricación de los mismos, de lo cual nadie se encuentra exento.

La función del juez, en el panorama social, es decir el derecho, decir lo justo, creemos que la independencia judicial se afirma frente a la interferencia de terceros, con el fin de que la decisión judicial no tenga otra dependencia que la ley y la propia reflexión, es importante dicha dependencia y exige un pensamiento reflexivo, libre y ajeno a toda actuación que no sea la de juzgar; La actividad judicial es inteligible, un causalismo natural que no debe conocer ni valores ni deberes, hasta en tanto no se cuente con elementos susceptibles de ser valorados, es importante que dicha actividad inteligible se mantenga imparcial, independiente y libre de la actuación Ministerial, y actuar hasta en tanto no le corresponda realizar su tarea jurisdiccional que tal como lo encarga nuestra Carta Magna, no es otra que la de decir el derecho, actuación que culmina con una resolución que, a partir de los antecedentes proporcionados por las partes, finalmente dirá lo justo, poniendo fin a la incertidumbre (no así cuando se determina con las reservas de ley, y sujeción a extremos de incertidumbre e inseguridad jurídica), delimitando de forma imparcial, justa y equitativa los derechos y obligaciones de cada uno, como ciudadanos que se relacionan unos con otros, lo cual no sería posible sin esa independencia.

Creemos que la función judicial, es un es un acto de sentido, razón y sabiduría, vinculado con los valores jurídicos, pero que requiere de la independencia e imparcialidad de su actuar para resolver satisfactoria y justamente.

Los legisladores afirman que con la reforma “..no se afecta la seguridad jurídica por que, para garantizar esa seguridad, se mantienen...las reglas de la prescripción del delito..” y señalan que con ello “..se evita que queden impunes los delitos, si por cualquier causa, el ministerio público no vuelve a ejercitar la acción penal en el término de sesenta días..”, de forma contraria nosotros consideramos, que con la aparición de la vigente reforma se pierden elementos valiosos que se

contemplaban en la anterior disposición, de entre los más importantes, la seguridad jurídica del inculpado y dignidad de la persona que en vista a las evidencias podría ser inocente, y que por otro lado como ya lo mencionamos, un importante descargo en el trabajo de las autoridades, tanto judicial como administrativa, dando con ello serenidad, agilidad y expedites a subsecuentes procesos.

En el precepto anterior a al reforma, existen términos que limitan y exigen la actuación del las autoridades para resolver dentro de un pequeño lapso, por lo que *ello da en corto tiempo, certeza y seguridad jurídica a las partes*, y por otro lado, se observa la figura procesal del sobreseimiento, cuyos fundamentos y efectos, consideramos, son de evidente justicia y clara economía procesal. Con las anteriores reformas podemos darnos cuenta que lo que inicialmente le preocupó al legislador, fue otorgar certeza y seguridad jurídica a las partes, que con la última reforma, lejos de ello desvirtuó el fin y esencia misma de la disposición normativa.

5.- Propuestas De Señalar Término A La Institución Del Ministerio Público, Para Aportar Pruebas, Cuando El Órgano Jurisdiccional Le Niega El Pedimento De Orden De Aprehensión O Comparecencia O Decreta La Libertad En El Término Constitucional Con Las Reservas De Ley.

El sistema jurídico, tanto en la pasada época, como en la moderna, presenta una estructura jerárquica y conforma un universo, en ocasiones complejo; los factores y procesos sociales son determinantes para el cause y desarrollo social; las leyes deben estar a la altura de los acontecimientos de nuestro tiempo, la producción o modificación debe ser constante adecuada y certera ante la presencia de situaciones nuevas que nos rodean día con día.

Sabemos que el orden jurídico positivo no es algo quieto y estático, al contrario, una de sus peculiaridades es su constante modificación y renovación, buscando su perfección, tomando como punto la transformación social, pero sin olvidar, las

reglas básicas del pacto social, que son: el respeto a la vida, la libertad, y a la dignidad del ser humano.

Es importante consideramos, la presencia de modificaciones en nuestra regulación normativa, y más que modificaciones o reformas propiamente dichas, la perfecta adecuación de estas al momento actual en que vivimos, dado el crecimiento social, los avances tecnológicos y científicos, y más aún, las necesidades cotidianas de seguridad y administración de justicia, que superan en mucho las vigentes disposiciones legales.

Si los derechos fundamentales no se desvirtúan, si mantienen su contenido esencial, en caso de conflicto, se puede optar por uno u otro derecho, sin que esa decisión pueda llegar a ser injusta.

Hoy nuevamente con la reforma de septiembre de 1999, en cuanto a la libertad que obtiene el inculcado durante la averiguación, y en el término de las 72 horas, es subjetiva y provisional, ya sea, en el supuesto de que se dicte una libertad por falta de elementos para procesar, o en el caso de la negativa de orden de aprehensión o de comparecencia por parte del juzgador al Ministerio Público; toda vez que, si aparecen nuevos elementos o se reúnen los elementos que a juicio del juzgador faltaren, se le privará de su libertad, quedando su situación sub-judice, y por otro lado su definitividad deberá apegarse necesariamente a lo dispuesto por el capítulo de la prescripción que contempla nuestro Código Sustantivo Penal.

Consideramos injusto el hecho de que en los supuestos de negativa de orden de aprehensión o de comparecencia, ó el obsequio de la libertad por falta de elementos, la determinante sea un plazo prescriptivo tan amplio, generador de incertidumbre e inseguridad jurídica, pues dicha prescripción se determina según la penalidad del delito, y considerando que la menor es de un año en los delitos que disponen únicamente la multa como sanción, y de tres años en los de grandes

penalidades y considerados como graves por nuestra ley, creemos los plazos son extremos y lesivos en la seguridad jurídica del individuo.

Dado lo anterior, consideramos necesario dar el concepto de prescripción y sobreseimiento, así como, el transcribir algunas líneas de nuestra ley sustantiva penal, en cuyo texto, se contempla la figura de la prescripción; para de forma posterior precisar nuestros comentarios:

El sobreseimiento es “..el acto en virtud del cual una autoridad judicial o administrativa, da por terminado un proceso (penal o civil) o un expediente gubernativo con anterioridad al momento a que deba considerarse cerrado el ciclo de las actividades correspondientes al procedimiento de que se trate..”¹¹⁸

“..Bajo el rubro, suspensión del procedimiento, y dentro del capítulo de los incidentes, en los Códigos de Procedimientos Penales Para el Distrito Federal y, Federal, se incluyen, lo que, en estricto sentido, son causas que lo suspenden..En febrero de 1991, entró en vigor el capítulo VIII, del Código de Procedimientos Penales Para el Distrito Federal, cuyo rubro es sobreseimiento, al que se refieren los Artículos del 660 al 667, del mismo...Independientemente de que, en el Código de Procedimientos Penales Para el Distrito Federal, la palabra sobreseimiento solo se había utilizado en forma causal, ¿significa esto que el sobreseimiento es algo distinto a la suspensión de los actos procedimentales?... desde el punto de vista gramatical, la palabra sobreseer, significa: desistir de una pretensión, cesar de un procedimiento; en cambio, el término suspender se refiere al acto de detener o diferir..”¹¹⁹

Por otro lado, la prescripción “..es el medio de adquirir bienes (positiva) o de librarse de obligaciones (negativa) mediante el transcurso del tiempo y bajo las

¹¹⁸ De Pina Vara Rafael. Diccionario De Derecho. Editorial Porrúa, Vigésima Edición, México 1994.

¹¹⁹ Colín, Sánchez Guillermo. Derecho Mexicano De Procedimientos Penales Decimoseptima Edición. Edit. Porrúa, S.A. Mexico, 1998

condiciones establecidas al efecto por la ley..” (artículo 1135-1180 Código Civil para el Distrito Federal).

A manera de la ley sustantiva penal “..por la prescripción se extingue la acción penal y las sanciones..” (Artículo 100 del Código Penal Para el Distrito Federal).

Una de las características de esta figura es la de ser personal, por otro lado solo se necesita que transcurra el tiempo que se señale en la ley para que se presente está, y ésta produce su efecto aún sin ser alegada como excepción por el acusado, y los jueces en cualquier estado del proceso, la suplirán de oficio (Artículo 101 del Código Penal Para el Distrito Federal) cabe añadir que, a diferencia de la prescripción, el sobreseimiento se presenta cuando existen o se presentan diversas circunstancias, y no será un factor aislado y terminante el simple transcurso del tiempo.

Los plazos para la prescripción de *la acción penal* son continuos, y se considera el delito con sus modalidades, esto es, si fuere instantáneo, la prescripción se contará a partir del momento en que se consumó el delito; en grado de tentativa, a partir del día en que se realizó el último acto de ejecución o se omitió la conducta debida; delito continuado, desde el día en que se realizó la última conducta; y si es permanente desde la cesación de la consumación. (Artículo 102 del Código Penal Para el Distrito Federal)

La acción penal prescribe en un año, si el delito sólo mereciere multa; si mereciere, además, pena privativa de libertad o alternativa, se atiende a la prescripción de la acción para perseguir la pena privativa de libertad, y en estos, la acción penal prescribe en un plazo igual al término medio aritmético de la pena que señale la ley para el delito de que se trate, pero que en ningún caso debe ser menor a tres años. (artículo 104 y 105 del Código Penal Para el Distrito Federal).

Por otro lado, la acción penal tratándose de delitos que sólo merezcan destitución, suspensión, privación de derecho o inhabilitación, prescribe en dos años. (Artículo 106 del Código Penal Para el Distrito Federal).

Cuando la ley no prevenga otra cosa, la acción penal que nazca de un delito que sólo puede perseguirse por querrela del ofendido o algún otro acto equivalente, prescribirá en un año (Artículo 107 del Código Penal Para el Distrito Federal)

En los casos de concurso de delitos, las acciones penales que de ellos resulten, prescribirán cuando prescriba la del delito que merezca pena mayor. (Artículo 108 del Código Penal Para el Distrito Federal)

La prescripción de las acciones se interrumpirá por las actuaciones que se practiquen en averiguación del delito y de los delincuentes, aunque por ignorarse quiénes sean éstos no se practiquen las diligencias contra persona determinada...Si se dejare de actuar, la prescripción empezará a correr de nuevo desde el día siguiente al de la última diligencia...La interrupción de la prescripción de la acción penal, sólo podrá ampliar hasta una mitad los plazos. (Artículo 110 del Código Penal Para el Distrito Federal)

“..si surge un obstáculo contemplado en la ley, que obstruye o impide la acción judicial, habrá interrupción en la dinámica procedimental; empero, si el obstáculo llega a superarse o desaparecer, esta podrá continuar hasta alcanzar el último fin deseado. Ahora bien, si la resolución judicial que para estos fines se dicta, tiene carácter irrevocable sobreseerá el proceso, en cambio, cuando la resolución judicial ordena, de manera condicionada que no continúe el normal desarrollo del proceso, este se suspende mientras subsistan las causas o motivos, lo cual significa que podrá continuarse cuando desaparezcan..”¹²⁰

¹²⁰ Colín, Sánchez Guillermo Derecho Mexicano De Procedimientos Penales Decimoséptima Edición. Edit Porrúa, S.A México, 1998

Podemos señalar que la situación del inculcado queda sub-judice, solo se suspende por un largo tiempo, hasta en tanto no se den los supuestos de la prescripción genérica, considerando los supuestos de la prescripción nos damos cuenta que el menor tiempo al que se sujetaría una averiguación antes de resolverse de manera definitiva la situación del inculcado es de un año, pero solo en el caso de delitos que sean sancionados con multa, sin embargo, es de señalar que son pocos o casi nulos los delitos que se sancionan con multa únicamente, y por el contrario son más los sancionados con penalidades restrictivas y privativas de libertad, por lo que, en este caso el tiempo para que el Ministerio Público integre debidamente la averiguación previa es determinado por la media aritmética del delito que corresponda a la conducta, pero nunca será menor a tres años. Por un periodo muy amplio queda sub-judice la situación del inculcado, y con tonalidades de inseguridad jurídica, aún siendo obsequiada esta como prerrogativa por nuestra Carta Magna, ante tal situación se genera inseguridad y zozobra, lesiona y vulnera la tranquilidad transformándose en intranquilidad que ahoga al gobernado con el temor de ser molestado con los injustos de delitos en los que tiene que transcurrir un largo tiempo para que logre encontrar su paz, y que se convierte en un interminable laberinto de aflicción e incertidumbre para el que lo sufre.

Sabemos que los derechos humanos son por naturaleza limitados, por la necesidad de preservar no sólo los demás derechos, sino también otros bienes constitucionalmente valiosos; pero esa limitación debe estar en todo momento justificada, es decir, no sólo se ha de colocar en su lugar algún otro derecho o valor constitucional, sino que se ha de acreditar una proporcionalidad entre la necesidad de preservar ese derecho y el sacrificio del otro.

Salvo que la prioridad derive de la propia Constitución, todos los derechos y valores constitucionales se sitúan en un plano de igualdad, sin embargo en una escala de valores el primero en la cúspide es la vida e inmediatamente después la libertad que tanta preocupación nos genera.

Consideramos que, el objeto y fin máximo de la existencia del ser humano, a nuestra consideración, es obtener la felicidad plena (inalcanzable como la justicia plena y la libertad plena) con todo lo que implica ello, sin embargo, aun sin existir en su totalidad, debemos luchar por acercarnos y lograr obtener la mayor parte de esta.

Como hemos señalado, la preocupación por la libertad y seguridad jurídica de las personas (parte de la felicidad del ser humano), son la principal inquietud que nos impulsa a proponer una definitividad a un problema de tal naturaleza, observemos enseguida un supuesto que plantea varios problemas y genera dicha preocupación.

Una persona que en el caminar de su vida a logrado llevarla felizmente, de forma honesta, digna, llena de paz y tranquilidad, se encuentra, por mala fe de alguien y de forma injusta, relacionada en un delito grave, determinado así por la ley, dada su inexistente participación no hay elementos que puedan incoar un proceso (dicho así por la resolución), por lo que se decreta su libertad, sin embargo, ésta es subjetiva y en compañía de la incertidumbre e inseguridad Jurídica, ya que si de forma posterior se encontraren los elementos que el juez considero faltaban, obsequiará la orden de aprehensión y se privará nuevamente al sujeto de su libertad.

Ahora, en el caso de la negativa de orden de aprehensión o comparecencia, el Ministerio Público buscará por el tiempo y cuantas veces quiera, los elementos que a consideración del juez faltaren, contra el tiempo que debe esperar el inculpado en el estado de incertidumbre y sin esperar más que el supuesto que refiere al amplio margen de la prescripción genérica, y por otro lado, el transcurrir del tiempo que solo diluye la verdad.

Dado lo anterior y bajo la creencia firme en la necesidad de reencontrar la seguridad jurídica en los individuos, y con el temor de estudiante quien desarrolla

un trabajo como obligación de un deber académico, aportaremos algunas propuestas que consideramos pueden ser parte de una de las posibles soluciones al problema planteado en nuestro trabajo.

A falta de un término, que permita obtener la seguridad jurídica y tranquilidad en los individuos; y en razón de que si para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, era considerado poco o insuficiente el tiempo del cual gozaba el órgano investigador para cumplimentar dichos elementos exigidos por la ley, y con ello le fueren obsequiados los pedimentos hechos al órgano jurisdiccional; creemos oportuno el proponer un aumento en el término que anteriormente establecía dicho precepto, por lo que, a nuestra opinión el texto podría quedar de la forma siguiente:

Artículo 36º.- Cuando se haya negado la orden de aprehensión o de comparecencia, o dictado el auto de libertad por falta de elementos para procesar, si no se aportan por el Ministerio Público o por el ofendido, pruebas dentro de los 90 días a partir del siguiente en que se les hayan notificado estas resoluciones, o su desahogo no son suficientes para librar las órdenes referidas, se sobreseerá la causa.

Sin duda, creemos en la existencia de otros medios que pudiesen contribuir a resolver el conflicto, sin embargo, con dicha propuesta, consideramos se puede resolver en parte el conflicto planteado, ya que, una vez transcurridos los noventa y hasta ciento veinte días, se resolvería el sobreseimiento, y tal como lo dispone la ley, tiene fuerza de sentencia firme y consecuentemente surgiría una cierta y clara determinación de libertad, certeza y seguridad jurídica para los individuos.

CONCLUSIONES

1.- Sabemos que la Constitución de la República Mexicana, hace el señalamiento de garantías para los particulares, entre ellas, esta la de darles seguridad jurídica a estos, y, como en la actualidad no se establece un término para el Ministerio Público en el que deba aportar pruebas en caso de negativa de orden de aprehensión o de una libertad por falta de elementos para procesar, se hace necesario, se establezca en el artículo 36 del Código de Procedimientos Penales Para el Distrito Federal, un término, para en caso de no hacerlo, la resolución tenga fuerza de sobreseimiento;

2.- Ya con anterioridad se había logrado ello, pues el artículo 36 del Código Adjetivo Penal establecía, que si el Ministerio Público o el ofendido, en una resolución de negativa de orden de Aprehensión o comparecencia o en una libertad por falta de elementos, en 60 días no aportaba pruebas, la resolución adquiría fuerza de sobreseimiento.

Como se observa, lo único que debía tomarse en consideración, en crítica, es que el ofendido no puede aportar pruebas sin la intervención del Ministerio Público, por que el que tiene la acción procesal penal y penal, es la Institución del Ministerio Público y no los particulares;

3.- En la actualidad de conformidad con el contenido del artículo 36 de la ley Adjetiva penal del Distrito Federal, el Órgano Jurisdiccional se convierte en asesor de la Institución del Ministerio Público, situación que rompe con las funciones que le corresponden a cada Órgano del procedimiento penal;

4.- Insistimos en que es necesario se aclare la problemática que surge cuando se niega una orden de aprehensión o comparecencia o un indiciado obtiene la libertad por falta de elementos en el término constitucional, pues la situación del indiciado queda sub-judice, y para que tenga firmeza la resolución, y tenga seguridad, ahora se atiende a la prescripción de la pena del delito, siendo verdaderamente injusto que el indiciado quede sin ninguna seguridad jurídica, por lo que proponemos sea modificado el artículo 36, y en un verdadero estudio se señale el término que deba tener el Ministerio Público para aportar pruebas, si era poco el término de 60 días que se amplié a 90 o 120 pero que haya una precisión para que con eso se obtenga la seguridad jurídica que se busca;

5.- Sabemos que la naturaleza jurídica del Ministerio Público es ser representante social, y tan forma parte de la sociedad el indiciado en un delito como el que dice ofendido, por esa razón, es imperativo que se le busque solución a la problemática señalada, para que así, se cumpla con los anhelos del constituyente, de que adquiriera el particular la Garantía de Seguridad Jurídica;

6.- Es necesario, que quien representa la Institución del Ministerio Público sepa los alcances de esa prestación social que tiene, y no se dedique a solo lograr a como de lugar, se impongan penas a los relacionados con un ilícito, y aquí esta bien que subrayemos cual es el deber y función del Ministerio Público, y esto es lo siguiente: *ENCONTRAR LA VERDAD HISTÓRICA DE LOS HECHOS QUE SE LE DENUNCIAN, PERJUDICAN O BENEFICIAN TANTO AL INDICIADO COMO AL QUE SE DICE OFENDIDO*, ¿y como va ha encontrarse esa verdad

jurídica?,...solo con las pruebas, pero las pruebas auténticas no las fabricadas, por que, de lo contrario no se logra una administración de justicia correcta y justa, por todo ello, es de imperiosa necesidad se estudie la problemática planteada y se resuelva en beneficio de que encuentren seguridad jurídica los particulares;

7.- La argumentación que he escuchado para no establecer términos al Ministerio Público para aportar pruebas en los casos señalados es que correría el peligro de dejar impunes los delitos, esto no es verdad, por que, mientras más tiempo pase más se diluye la verdad, y, además, se da ocasión para desahogos personales y complacencia de los que representan la Institución, por ello, es urgente que se analice la problemática para darle solución;

8.- Otros de los que opinan que no era necesario el término para el Ministerio Público en los casos señalados, es que el procedimiento penal debe permitir que la justicia sea pronta y expedita, en lo último estamos de acuerdo, pero en lo primero no, por que, si la administración de justicia es rápida va ha entrar en competencia con el delito que también es instantáneo, creemos que no tienen razón, que al contrario, la justicia penal, y en especial la penal, debe ser serena segura y oportuna.

BIBLIOGRAFÍA

Alcalá-Zamora Y Castillo, Niceto. Proceso, Autocomposición y Autodefensa. Edit. Porrúa, México 1980.

Arbor, Ann. "The Solicitor General And Intragovernmental Conflict", En Michigan Law Review, Vol. 76, No. 2, 1977.

Anson William, R. Loi Et Pratique Constitutionnelles De Angleterre. La Couronne. Le Parlement, Trad. Por Gandilhon, París, 1905.

Ayarragaray, Carlos A., El Ministerio Público, Buenos Aires Argentina, Edit. Lajouane Y Cía., 1928.

Barragán, Salvatierra Carlos. Derecho Procesal Penal, Segunda Edición. Edit. Mc Graw Hill. México, 1999.

Barrita López Fernando, Averiguación Previa, Enfoque Interdisciplinario. Cuarta Edición. Edit. Porrúa, S.A. México, 1997.

Borja, Osorno Guillermo. Derecho Procesal Penal, Editorial José María Cajica. Puebla 1969.

Briseño, Sierra Humberto. Derecho Procesal, Cárdenas, México, 1969; 2ª. Edit. Harla, México, 1996.

Cabanelas, Guillermo. Diccionario Enciclopédico De Derecho Usual, Tomo I A Y B, Vigésima Edición. Edit. Heliastra, Buenos Aires Argentina, 1986.

Castro, Juventino. El Ministerio Público En México, Edit. Porrúa, S.A. México, 1982.

Colín, Sánchez Guillermo. Derecho Mexicano De Procedimientos Penales. Decimoctava Edición. Edit. Porrúa, S.A. México, 1999.

Derechos Del Pueblo Mexicano, Los. Tomo Iv. Edit. Manuel Porrúa, S.A. México, 1978.

De La Cruz, Agüero Leopoldo. Procedimiento Penal Mexicano. Cuarta Edición. Edit. Porrúa, S.A. México, 2000.

De Pina Vara Rafael. Diccionario De Derecho. Editorial Porrúa, Vigésima Edición, México, 1994.

Fix Zamudio, Héctor. "Función Constitucional Del Ministerio Público", En Anuario Jurídico V/1978, México, UNAM, 1979.

Fix Zamudio, Héctor. "Protección Interna Y Derechos Humanos En Europa Continental", En Veinte Años De Evolución De Los Derechos Humanos, México, 1974.

Gómez Lara, Cipriano. Teoría General Del Proceso. Novena Edición. Edit. Harla, México, 1996.

González Bustamante, Juan José. Principios De Derecho Procesal Penal Mexicano, México, Porrúa, 1971.

Hernández, Pliego Julio A. Programa De Derecho Procesal Penal. Tercera Edición. Edit. Porrúa, S.A. México, 1999.

Instituto De Investigaciones Jurídicas. Diccionario Jurídico Mexicano. Décimo Cuarta Edición Edit. Porrúa, S.A. UNAM. México, 2000.

Instituto De Ciencias Penales, Manual De Introducción A Las Ciencias Penales, México, Secretaría De Gobernación, 1976.

Nando, Lefort Víctor M. Diccionario Terminológico De Ciencias Forenses. Edit. Trillas México 1998.

Ornoz Santana, Carlos M. Manual De Derecho Procesal Penal. Edit. Limusa, Tercera Edición., México, 1990.

Osorio Y Nieto, César Augusto. La Averiguación Previa. Edit. Porrúa, S.A. México, 1994.

Ovalle Favela, José, *Derecho Procesal Civil*, México, Editorial Harla, 1989.

De Pina Vara Rafael. Diccionario De Derecho. Editorial Porrúa, Vigésima Edición, México 1994.

Pallares Eduardo. Prontuario De Procedimientos Penales. Edit. Porrúa, S.A. México, 1992.

Pérez, Palma Rafael. Fundamentos Constitucionales Del Procedimiento Penal. Primera Edición, Edit. Cárdenas Editores. México 1974.

Piña Y Palacios, Javier. Derecho Procesal Penal, México, Botas, 1948.

Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal Mexicano, México, Porrúa, 1983.

HEMEROGRAFÍA Y OTRAS FUENTES

Aguilar Y Maya, José. "Dignidad Y Funciones Del Ministerio Público Federal", En Revista De Derecho Penal De La Universidad Autónoma De San Luis Potosí, Abril-Mayo De 1942.

Cabrera, Luis. "La Función Constitucional Del Procurador General De La República", Revista Mexicana De Justicia, Vol. III, Núm. 9, Julio-Agosto De 1982.

Delgado Moya, Rubén. Constitución Política De Los Estados Unidos Mexicanos. Décima Edición, Edit. Sista, S.A. México, 2000.

García Ramírez, Sergio. Legislación Procesal Penal, Código Federal De Procedimientos Penales. Edición, Edit. Sista, S.A. México, 2000.

García Ramírez, Sergio. Legislación Procesal Penal, Código De Procedimientos Penales Para El Distrito Federal. Edición, Edit. Sista, S.A. México, 2000.

Hernández, Silva .Pedro. Apuntes De La Cátedra De Derecho Procesal Penal. UNAM, 2000.

Loeber, Detrich A. "La Prokuratura Soviética Y El Individuo", Revista De La Comisión Internacional De Juristas, Haya, 1957.

Morgan Glenn, G., "La Fiscalización General. Función De La Procuración Soviética", Revista De La Comisión Internacional De Juristas, Vol. II, Núm. 2, Ginebra, 1960.

Revista Información Jurídica. La Profesión De Procurador En Inglaterra Y Gales, Número 113, Octubre De 1952.