562
2Ej

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

"EL MINISTERIO PUBLICO, LA FLAGRANCIA, LA NOTORIA URGENCIA Y LA REFORMA AL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A:

ELIA MEDINA VAZQUEZ

MEXICO, D. F. FEBRERO DE 1995

FALLA DE ORIGEN

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN

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

UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

VNIVERSIDAD NACIONAL
AVTONOMA DE
MEXICO

Cd. Universitaria, 7 de febrero del 1995.

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

La C. ELIA MEDINA VAZQUEZ, ha elaborado su tesis profesional en el Seminario de Derecho Penal a mi cargo, bajo la dirección del Lic. Juan José del Rey-Leñero, intitulada: "EL MINISTERIO PUBLICO, LA FLAGRANCIA, LA NOTORIA URGENCIA Y LA REFORMA AL ARTICULO 16 - CONSTITUCIONAL, con el objeto de obtener el grado académico de Licenciado en Derecho.

La alumna ha concluido la tesis de referencia la cual llena a mi juicio los requisitos señalados en el artículo 8, fracción V, del Reglamento de Seminarios para las tesis profesionales, por lo que otorgo la aprobación correspondiente para todos los efectos - académicos.

A t e n t a m e n t e
"POR MI RAZA HABLARA EL ESPIRITU"

FACULTAD DE DERECHO
SEMINARIO DE
DERECHO PENAL

DR. RAUL CARRANCA Y RIVAS

A la Universidad Nacional Autónoma de México
Mi eterna gratitud por la oportunidad brindada,
Para servir a la sociedad.

A la Facultad de Derecho
Por haberme alojado y haber recibido conocimientos
De sus respetables profesores.

A mi compañero
Francisco Javier Alvárez Marrón
Mi sincero agradecimiento
Por la aportación al presente trabajo,
Por su apoyo y comprensión.

A mis hijas
Virtna Libertad, Erika Ixhayapa y Elia Francis Alvárez Medina
a quien amo entrañablemente y me motivaron para seguir adelante.

A mi padre
Sr. Manuel Medina Hernández.
Donde te encuentres siempre te recordaré con amor;
Por el cariño que me diste.

A mi madre
Sra. Trinidad Vázquez Montero.
Gracias por tu ejemplo de lucha;
Por desvanecer ante los educadores de la vida.

FALLA DE ORIGEN

A mis suegros.
Sr. Lucio Alvárez y Sra. Celia Guadalupe Marrón
Por que en estos momentos difíciles
Siempre conté con su apoyo y ayuda desinteresada.

A mis hermanos
Antonio Jesús, Guillermina, María Elena, Manuel y Juanita
Por el apoyo moral que en todo momento me brindaron

A Mi tío
Luis Vázquez Montero
Por los ánimos y apoyo moral
Que siempre me ha brindado.

A mi amiga María Elena Ibáñez
Por su colaboración y ayuda incondicional
en la mecanografía del presente trabajo
Gracias Male.

Al Lic. Juan José del Rey Lanero
Mi respeto y gratitud por su empeño
en la dirección del presente trabajo.

FALLA DE ORIGEN

INTRODUCCIÓN

En México, actualmente vivimos en una crisis de credibilidad a todos los niveles, una de las instituciones mas criticadas por la sociedad lo es precisamente la procuración y la administración de justicia.

Sin embargo vivimos, también una época de transición, contamos con una sociedad mas vigilante y participativa, por ello exige mayor y mejor perfeccionamiento de nuestras instituciones y en particular aquellas mas sensibles del Estado, las que tienen que ver con las de vigilancia, control, procuración e imparticipación de justicia.

En la medida que la sociedad crece y evoluciona se complejizan sus relaciones de interdependencia y los complejos intereses subyacentes en ella, en determinados momentos tienden a encontrarse, sino, al menos a tensionarse. Esto hasta cierto punto es natural, dada la necesidad de coexistencia y convivencia necesaria.

Por ello y para hacer dicha convivencia mas ordenada, pacífica y armoniosa, se da la misma sociedad, representada por el Estado una serie de medidas o mecanismos que puedan hacer viable esta cohabitación social.

Sin duda, una de las forma mas importantes para que puedan coexistir y convivir los individuos de esta sociedad, lo constituye el derecho, como conjunto de normas imperativas que regulan las conductas de los hombres y que hacen posible dichas relaciones y convivencia

Una de las instituciones del Estado que juega un papel de suma importancia en estas relaciones de interdependencia y conflicto de interes, lo es precisamente el Ministerio Público. Por ello su actuación legal, la hace y debe hacerla de buena fe y en nombre de la sociedad.

Lo anterior, lógicamente supone, un constante perfeccionamiento de esta institución, tanto en su estructura, legislación, como sus procedimientos de actuación a fin de que concuerde de alguna manera con las exigencias y demandas de la sociedad a la cual sirve y debe su origen.

También, por eso mi interés por estudiar esta institución y las acciones y actos procedimentales que le rodean o en alguna medida forman parte de su vida. Ello, amén de que, una servidora forma parte de la misma, como trabajadora de tan importante representación social.

De tal suerte, que en el poco tiempo de prestar mis servicios en dicha institución, he podido observar; tanto sus vicios, defecciones y virtudes, como su imprescindible actuación para dar vida al proceso jurisdiccional penal.

Pienso, por eso mismo, que sobre el Ministerio Público deben existir ciertos controles y vigilancias de la misma autoridad superior, como de la misma sociedad; pero sobre todo debe contar con un marco jurídico actualizado flexible, justo, donde se equilibren las partes, es decir, la obligación de la autoridad para actuar y los derechos y garantías de los gobernados respetándose invariablemente los derechos humanos.

Sin duda creo también, que las últimas reformas legales, introducidas a la constitución en su parte correspondiente, así como los códigos sustantivos y adjetivos de la materia tienden a flexibilizar la actuación del Ministerio Público ajustándolo a esa misma normatividad por un lado y por la otra a dar mayor certidumbre jurídica a los individuos que por ciertas circunstancias se ven sometidos a la potestad de aquel.

Esta situación es muy importante, en lo personal me inquietaba muchísimo, esto es, que no existiera en la ley un plazo para que el Ministerio Público pudiera determinar la situación jurídica del detenido bajo la hipótesis de la flagrancia y en el caso de la notoria urgencia.

Esta situación era precisamente lo que me proponía dilucidar, y de alguna manera lo hago en el presente trabajo recepcional, sin embargo cuando lo empecé no se avisoraban las reformas respecto al plazo que debería tener el Ministerio Público para determinar jurídicamente la situación de un detenido, por lo que mi intención sera hacer la propuesta en cuestión, no obstante ello la reforma me sorprendió, de alguna manera me rebasó, pero lejos de causarme alguna molestia o frustración, me alegró mucho que se haya subsanado esa laguna jurídica, que hacía ominosa, tortuosa e insegura la vida de un detenido, cuando estaba en manos de la policía judicial o en las del Ministerio Público.

El presente trabajo, con humildad y modestia, mas que una tesis en toda la extensión de la palabra, constituye un trabajo de investigación monográfico, que me propuse escribir en primer lugar por mi interés e inquietud intelectual y mi vinculación personal con el tema y segundo, y quizás sea lo mas importante, para obtener mi grado de licenciatura en derecho, si así lo tiene a bien conceder el jurado que me examine.

El trabajo, consta de cuatro capítulos, y las conclusiones del mismo. En el primero, reseñamos, como desde nuestro punto de vista se origina el Ministerio Público en México en su forma mas primitiva, como ha venido evolucionando, hasta conformarse tal y como lo concebimos ahora en la época actual.

En el segundo capítulo, damos cuenta del marco conceptual, analizando y conceptualizando una serie de ideas o instituciones de carácter procedimental, o procesal, que vienen a dar contexto al tema en cuestión.

En el tercer capítulo, se analiza lo que es la averiguación previa, y las determinaciones que el Ministerio Público toma en la misma, analizando su contexto, y su principal desideratum: el ejercicio de la acción penal o el no ejercicio de ésta.

En el último capítulo, se comentan y analizan pormemorizadamente las últimas reformas a los artículos 16 y 20 constitucionales, así como relativos a los que se contraen en los códigos adjetivos de la materia, resaltando precisamente la actuación del Ministerio Público, en relación al flagrante delito, la notoria urgencia, y las facultades jurisdiccionales del Ministerio Público desde el punto de vista material, como lo es la orden de detención.

En el apartado de conclusiones, que vienen a ser las observaciones concretas, que tiene como base el trabajo investigado, describo de manera sintética los aspectos positivos y negativos observados, respecto al tema de la presente monografía.

CAPITULO I

BREVES ANTECEDENTES HISTORICOS DEL MINISTERIO PÚBLICO EN MÉXICO.

1.1 ÉPOCA PRECORTESIANA.

Buscar los antecedentes mas antiguos del Ministerio Público, sobre todo en una época tan remota en la historia de nuestro país, resulta un poco complejo debido a la falta o escasa información en general y en particular respecto al tema que estamos estudiando. Sin embargo, de todos es conocido que varias grandes civilizaciones neolíticas se sucedieron en el territorio actual ocupado por él, y demás países centroamericanos. "Primero la Olmeca, cuyo florecimiento ocupa los últimos siglos anteriores a la era cristiana; luego, simultáneamente, la Teotihuacana y la del antiguo imperio Maya (heredera de la Olmeca) de los siglos III a IX de nuestra era, después la Tolteca (Tula) en el siglo X, que fertiliza los restos de la primera civilización Maya y da origen en Yucatán, al nuevo imperio Maya; y finalmente la Azteca, ramificación de la Chichimeca, con absorciones Tolteca y en íntima convivencia con la Texcocana. Surge desde el siglo XIV d. C. y se encuentra aún en una fase culminante, aunque ya con signos de cansancio, cuando se inicia la conquista. En la periferia de éstas culturas encontramos otras, como la Totonaca en la zona costera del golfo, la Zapoteca y la Mixteca en el sureste, y la Tarasca del lado del pacífico". [1]

[1] Floris Margadant S. Guillermo. Introducción a la Historia del derecho mexicano; Editorial Esfinge; 7a. edición México 1986. p. 10

El derecho prehispánico no rigió uniformemente para todos los pobladores del Anáhuac, puesto que constituían grupos de tribus heterogéneas y gobernadas por distintos sistemas y aunque había cierta semejanza, las normas por las cuales se regían eran distintas "el derecho era consuetudinario de generación en generación..." [2]

"Para decretar los castigos y las penas, no bastaba únicamente la ejecución del ilícito penal; era menester un procedimiento que las justificara, siendo de observancia obligatoria para los encargados de la función jurisdiccional. Existían en ésta época Tribunales Reales, Provinciales, Jueces Menores, Tribunales de Comercio, Militar, etc. cuya organización era diferente, en razón de las necesidades de los reinos, al delito cometido, y a la categoría del sujeto infractor" [3]

Desde el punto de vista jurídico, y tratando de buscar los antecedentes de la institución que nos ocupa, sólo hablaremos de la Cultura Azteca y de la Maya, por ser las mas representativas en nuestro país, sin pretender menospreciar en ningún momento las demás culturas que formaron parte de la génesis de nuestra gran nación.

[2] Colina Sánchez, Guillermo, Derecho de Procedimientos Penales, Editorial Porrúa, 12a edición; México 1990, p. 20.

[3] Ibidem., p. 21.

LA CULTURA AZTECA

Debido a que los aztecas fueron uno de los imperios mas poderosos de la época, dada su dominación y conquista militar sobre los demás pueblos de la antiplanicie mexicana, impuso e influenció sus prácticas jurídicas en ellos, de ahí nuestro interés de citarlos en el presente trabajo.

El derecho azteca era amplio, sin embargo para efectos de nuestra investigación, sólo hablaremos del derecho punitivo y la relación de éste con quien se encargaba de aplicarla.

Se dice que el derecho penal azteca era muy sangriento. La pena de muerte era la sanción mas corriente en las normas legisladas que nos han sido trasmitidas, y su ejecución fue generalmente pintoresca y cruel. Las formas utilizadas para la ejecución fueron la muerte en la hoguera, el ahorcamiento, el ahogamiento, apedreamiento, azotamiento, muerte por golpes de palos, el degollamiento, empalamiento, y desgarramiento del cuerpo; antes o después de la muerte hubo posibles aditivos infamantes. A veces, la pena capital la combinaban con la de la confiscación. Otras de las penas eran; la esclavitud, la mutilación, el destierro definitivo o temporal, la perdida de ciertos empleos, destrucción de la casa o encarcelamiento en prisión.

En el reino de México, el monarca era la máxima autoridad judicial al cual se le llamaba Tlatoani, así mismo era el jefe de la guerra y desempeñaba el papel principal en el campo religioso, económico, político y militar. El señor Mexica o Tlatoani gobernaba junto con los grandes dignatarios, que en ocasiones llegaban a ser sus parientes mas próximos.

Entre éstos dignatarios se encontraba "el Cihualcoatl (mujer serpiente), él era el segundo del emperador, y desempeñaba funciones de Tlatoani en casos de ausencia de éste, o llegaba a asumir el poder temporal cuando aquél fallecía; además fungía como Juez o Magistrado supremo en lo militar y en lo criminal". [4]

Este magistrado, también ejercía funciones delgadas, "estaba dotado de competencia" "para conocer de las apelaciones en materia criminal, a su vez también éste, nombraba a un magistrado para ejercer iguales atribuciones en las ciudades con número de habitantes considerables y éste magistrado designaba a los jueces encargados de los asuntos civiles y criminales". [5]

Apunta asimismo Guillermo Floris Margadant, que la organización forense de los aztecas y texcocanos se daba de la siguiente manera: Existía una jerarquía de tribunales aztecas comunes, desde el Teutli, Juez de elección popular, anual, competente para asuntos menores, pasando por un tribunal de tres jueces vitalicios, para asuntos mas importantes, nombrados por el Cihualcoátl, hasta llegar, mediante un sistema de apelación, al tribunal del monarca, que se reunía cada 24 días. Los texcocanos indujeron en algún tiempo la práctica de que los casos no militares de Tacuba y de Tenochtitlan recibieran su resolución final en Texcoco. Paralelamente a la justicia azteca común se encontraba la justicia especial para sacerdotes, para asuntos mercantiles, surgidos del tianguis, para asuntos de familia, delitos de índole militar, asuntos tributarios o litigios relacionados con las artes y ciencias.

[4] León Portilla, Miguel. El Toltecayotl, Editorial FCE. pp. 276-277
[5] Colín Sánchez, Guillermo, op. cit. p. 21.

En Texcoco la situación era distinta, allí el palacio del rey contenía tres salas con un total de doce jueces, designados por el rey, para asuntos civiles, penales y militares de cierta importancia (con apelación ante el rey de dos o tres nobles). Además existieron un número de jueces menores, distribuidos sobre el territorio, y hubo tribunales de comercio en los mercados, los casos muy graves eran reservados para la junta de los 12 jueces del palacio, con el rey, cada 12 días. Cada 80 días los jueces menores tenían una junta de 20 días con el rey para los asuntos que aunque menores, salían de lo común.

Por otra parte, es menester señalar, que donde se asentaba el imperio azteca fue en la ciudad de Tenochtitlan, el cual incluía un basto territorio que abarcaba las islas de Tenochtitlan y de Tlatelolco. Estos territorios se dividían en barrios llamados calpullis. La población se agrupaba en torno de éstos centros que podían ser principales o secundarios. El calpulli era un territorio de propiedad colectiva con cierto número de familias que se lo repartían para explotarlo, la administración azteca se encargaba de llevar al día los registros de la tierra y la recaudación de tributos o impuestos de cada calpulli; el jefe del calpulli se llamaba Calpullec y era electo por los ciudadanos "algunas de las misiones que les correspondían eran las siguientes: ejecutar los acuerdos administrativos del consejo local, custodiar los graneros públicos, tomar decisiones en la pequeñas disputas, defender a los miembros del calpulli, vigilar la repartición de tierras, arrestar a los delincuentes, y vigilar las calles" [6]

[6] Torres Escamilla, Juan. El Régimen Judicial y la Justicia en la ciudad de México. Apuntes mecanográficos. Academia de policía de la Secretaría de Protección y Vialidad del D. D. F., México 1984 p. 16.

Para el cumplimiento de las anteriores funciones existieron dentro de la organización del calpulli, algunos personajes con actividades específicas, que guardando la debida proporción y con el ánimo de encontrar el antecedente mas directo en nuestro país del Ministerio Público, listaremos a continuación a aquellos que por sus características de las funciones que realizaban se asemejan, no como se concibe hoy al Ministerio Público, pero de alguna forma sí a las funciones de policía o de Policía judicial.

Teachcacauhtin, éste era el responsable de la instrucción militar del barrio y ejecutaba las órdenes militares del Calpullec; recaudando las contribuciones de los pueblos sometidos y se encargaban de mantener el orden social en el barrio, siendo una especie de alguacil sin perder su carácter de militar.

Calpixque (guardián de casa), como colaborador del calpixque se encargaba de recaudar los tributos de 20 familias; aplicaba sanciones a infractores de normas; imponían penas a quienes violaban el orden y las costumbres e incluso realizaba funciones de administración de justicia en asuntos de poca cuantía.

Petlalcate (el que esta encargado del cofre), éste personaje tenía bajo su cargo la custodia de los graneros y almacenes donde se acumulaba el tributo que pagaban las provincias.

Achacauhtin o Achacautli, era el auxiliar de los tetliques, jueces, se encargaban de realizar la detención de los delincuentes y de que se ejecutara la sentencia de muerte a través de los topiles (ejecutores). Los achacauhtin servían también como jueces en delitos menores.

Tianquispan y Tlayacaque, ellos vigilaban que se mantuviera el orden en los mercados, tianguis y tribunales; que se respetara el reglamento del mercado, la tasa de mercancías y el precio de los productos; daban protección a los comerciantes y si realizaban una detención conducían a los implicados al tribunal y el delincuente o estafador era obligado a pagar lo robado; en caso de que el delincuente escapara al Tianquispan o Tlayacaque éste debía cubrir el monto de lo robado.

Calmimilolcatl; era responsable de vigilar que las casas estuvieran alineadas a lo largo de la calle; que los canales permanecieran rectos y bien delimitados y que las calles canales se conservaran en óptimas condiciones para el tránsito de canoas.

Alcolnahuacatl, éste personaje se encargaba de la vigilancia en los islotes y chinampas; las funciones de estos personajes se sustentaban en disposiciones reglamentarias que debían ser acatadas por la sociedad azteca. Entre esas disposiciones se encontraban las siguientes:

Reglamento del mercado que prohibía la portación de armas en tiempos de paz y la autorización para que guardias reales y cazadores las portaran. leyes sobre la cobranza de tributos y la distribución de los mismos, y otras mas a manera de veintenas-ochapaniztli o bandos de policía que obligaban a los vecinos de calpulli a barrer y limpiar muy temprano los templos, casas calles, caminos, acequias, puentes, ríos y baños.

Otras obligaban a los vecinos a bañarse.[7]

[7] Sahagún, Bernardino de Fray Historia General de las Casas de la Nueva España. Editorial Porrúa, México, 1975 p. 465.

La vigilancia y el manejo de la justicia durante la época de los aztecas fue muy estricta y estuvo muy controlada por los jueces y vigilantes del orden. Cuando los españoles conquistaron la ciudad de México Tenochtitlan, se asombraron por el manejo de la disciplina en la justicia pero también se asombraron por los castigos tan crueles a los que eran sometidos los delincuentes; sin embargo, durante los primeros años de la época colonial los españoles siguieron utilizando de alguna forma la vieja estructura administrativa de los Aztecas.

LOS MAYAS

El derecho punitivo maya era tan severo como el de los aztecas; un ejemplo de ello era que el marido ofendido podía optar entre el perdón o la pena de muerte del ofensor, ya que en el caso de la mujer infiel, ésta era solo repudiada por la comunidad. También en los casos de violación y estupro, existía la pena capital (lapidación). En el caso del homicidio intencional se aplicaba la pena de la Ley del Talión, salvo si el culpable era un menor de edad en éste caso, es decir, si era menor de edad, la pena era la esclavitud. También se sancionaba en forma severa, el delito de robo, y cuya sanción consistía en que se gravaba en la cara del ladrón el símbolo del delito cometido.

Por otra parte don Guillermo Floris Margadant, sostiene que un mérito punitivo del derecho Maya era la diferenciación entre dolo (pena de muerte) e imprudencia (indemnización) en materia de incendio y homicidio. [8]

En algunos casos la pena capital fue ejecutada mediante ahogamiento en el cenote sagrado.

Contrariamente al sistema jurídico Azteca, en el Maya no existía la apelación. El juez local, el batab, decidía en forma definitiva y su resolución no era apelable, y los tupiles (policía verdugo) ejecutaban la sentencia inmediatamente, a no ser que el castigo fuera de la lapidación por la comunidad entera.

Poco loable era la diferenciación de la pena según la clase social a la que pertenecía el delincuente. Así mismo existía en esa época, la reparación del daño y la responsabilidad, ya que abarcaba en la mayoría de los casos a la familia del ofensor por los daños y perjuicios.

[8] Floris Margadant, Guillermo; Introducción a la Historia del Derecho Mexicano; 7a ed.; Ed. Esfinge; México 1986, pág. 80.

1.2. ÉPOCA DE LA COLONIA

Una vez consumada la conquista de los Aztecas por los Españoles, comenzó una nueva etapa en el proceso histórico de México: El periodo colonial.

Con la conquista no solamente cambiaron las cuestiones religiosas o políticas sino que se inicia un periodo de *sincretismo* cultural que abarcó todos los ámbitos de la vida en la Nueva España; la organización política así como el sistema jurídico retomó algunos aspectos de la estructura administrativa de los Aztecas, lo cual se reflejaba en la organización de los pueblos circunvecinos; los españoles permitieron la conservación de ciertos cargos políticos ejercidos por nativos en los pueblos ocupados por indígenas como el caso del gobernador o casique.

La organización política de la colonia tenía en sus primeros años un carácter anárquico y desordenado dada la imposibilidad de la corona de ejercer un control rígido sobre los conquistados, que se resistían a acatar la autoridad real.

Pocos años después y ante la incapacidad de los conquistadores para gobernar el territorio sometido; la corona tuvo que asumir el control de la administración colonial; así el primer gobierno novohispano fue el de Hernán Cortés, quien asumió el cargo de gobernador y capitán general designado por el emperador Carlos V. En tal cargo Cortés ejercía el poder absoluto en el terreno militar, gubernativo judicial. La administración se ejercía a través de conquistadores en calidad de vasallos con obligaciones militares a cambio de beneficios o encomiendas.

"Pocos años después el gobierno de Hernán Cortés fue sustituido por las oficialías reales, las cuales estaban facultados tanto para cuestiones jurídicas como administrativas y tenían como objetivo minar el poder de los conquistadores e ir formando el poder real, estableciendo cada vez mas funciones superiores dependientes del mismo rey". [9]

En 1525 apareció el primer cuerpo de alguaciles y se designó como policía complementaria de los alcaldes mayores; sus funciones estaban encomendadas a combatir la delincuencia y la vagancia. Al mismo tiempo, a los alguaciles menores y teniente de alguacil y no habiendo tribunales adecuados, se les ordenó la ejecución de los salteadores de caminos en el lugar en que fueran aprehendidos. "Otras funciones de los alguaciles menores fueron hacer rondas y patrullar la ciudad durante las 24 horas, así como hacer campañas contra la portación de armas". [10]

En 1527 se crearon las reales audiencias que sustituyeron a las Oficialías Reales que habían también fracasado en su gestión, dando lugar a la instauración del virreinato.

[9] Cue Casanova, Agustín. Historia Social y Económica de México, (1521-1851), Ed. Trillas, México, 1960, pp. 128 a 141.

[10] Íñigo Alejandro. Bitacora 1500 1982, Ed. por el D. D. F. México, 1982 pp. 18-19.

Con Antonio de Méndoza como primer virrey de la Nueva España, surgieron planes operativos para dejar vía libre y dar protección a personas importantes: "las reales audiencias fueron uno de los mecanismo en los que mas se apoyó la sociedad colonial para la aplicación de justicia; en un principio permaneció exclusivamente para el ámbito judicial y bajo su acción quedaron los alcaldes mayores, conocidos como corregidores, quienes se responsabilizaban de impartir justicia y defender la moral pública". [11]

En 1529, se expidió el primer reglamento de policía y destacaban en uno de sus puntos la prohibición a los "Indios" de habitar dentro de los límites marcados para la ciudad, salvo los casos de estricta necesidad y bajo custodia de españoles. "La incorporación de los indios a la sociedad novohispana fue una de las cuestiones que mas preocuparon al virrey. Así, en 1530 se crearon los títulos de alguaciles de indios y alguaciles de doctrina, es decir, una parte de la policía pasaba de forma indirecta al servicio de la iglesia para perseguir a los indios obstinados que se resistían a adoptar la fe cristiana". [12]

"En 1572-73, se establece el Juzgado General de los indios dentro de la real audiencia atendiendo a las peculiaridades y a las necesidades que ese grupo prestaba ante la justicia". [13]

[11] Íñigo, Alejandro op. cit., pág. 20-23.
[12] Íñigo Alejandro op. cit., pp. 20-23.
[13] Cosío Villegas, Daniel, et. al. Historia General de México. Ed. Colegio de México, Méx. 1977, vol. 2, pág. 242.

La función que desempeñaban los vigilantes en la época colonial era basta y abarcaba actividades muy distintas, como vigilar la calles y exhortaba a población a retirarse a sus casas antes del toque de queda, evitar los robos y escándalos, prestar auxilio a la población en caso de inundaciones (que eran muy frecuentes), evitar la embriaguez, combatir incendio, etc.

Para el siglo XVII se tiene referencia de personajes que tenían funciones de policía, como los alcaldes ordinarios, con funciones judiciales y que estaban facultados para juzgar y dictar sentencia en asuntos civiles y criminales, para detener indios criminales, abriéndoles la instrucción y remitirlos a los alcaldes mayores quienes los enjuiciaban y sentenciaban; los alguaciles, eran quienes ejecutaban las órdenes de aquéllos, además de los asuntos administrativos y eran responsables del cuidado y vigilancia de mercados y mesones, auxiliados de un alférez real, un procurador general, un alguacil mayor y un síndico. Posteriormente en 1720 (según ordenanza de 3 de junio) aparecen los diputados de policía.

Los grupos de Alcaldes tenían una subdivisión muy original; los alcaldes de Cortés auxiliaban al virrey cuando se trataba de acabar con los males y desordenes que afectan la ciudad. "Los alcaldes ordinarios auxiliaban a las autoridades mayores en sus visitas periódicas a las pulquerías que eran escondites frecuentes de los malechores. Los alcaldes de barrio realizaban trabajos de vigilancia en los barrios para el año de 1870, de ahí su nombre. Los alcaldes de cuarteles mayores y 32 menores en que estaba dividida la ciudad en 1782. Estos alcaldes tenían amplias facultades en materia policial; y eran civiles elegidos por los propios vecinos y para 1783 se les obligaba a éstos a prestar sus servicios en forma gratuita y sus puestos eran irrenunciables". [14]

Para el año de 1786, el mando de las funciones de policía estaban a cargo de los intendentes quienes tenían amplios atributos en materia de justicia, hacienda y guerra, y estaban obligados a perseguir a los vagos, gente desocupada, combatir la criminalidad y además eran responsables del cobro de las deudas fiscales.

[14] Torres Escamilla, Juan, El régimen judicial y la justicia en la ciudad de México; apuntes mecanográficos. Academia de Policía de la Secretaría de Protección y Vialidad del Departamento del Distrito Federal México 1984, pp. 28-29.

Como podemos observar, la persecución del delito, en ésta etapa, no estaba encomendada a una institución o a una persona en particular, ya que era el virrey el gobernador, las capitanías generales, los alguaciles, los corregidores, y hasta los ciudadanos civiles los que ejercían esa función persecutoria de lo que en ese entonces se consideraban conductas ilícitas.

Por otra parte como la vida jurídica de ese entonces se desenvolvía teniendo como jefes en todas las esferas de la administración pública a personas designadas por los reyes de España, por el virrey o los corregidores en turno, los nombramientos siempre recaían en sujetos que los obtenían mediante influencias políticas, no permitiéndose la ingerencia de los Indios para actuar en ese campo.

No fue sino hasta el año de 1549 cuando a través de una célula Real se ordenó hacer una selección para que los Indios desempeñaran puestos de jueces, regidores, alguaciles, escribanos y Ministros de Justicia; especificamente que la Justicia se administrara de acuerdo con los usos y costumbres que habían regido.

Así también, diversos tribunales apoyados en factores religiosos, económicos, sociales y políticos, trataron de encausar la conducta de los indios y españoles; y la audiencia, como el tribunal de la acordada y otros tribunales especiales también se encargaban de perseguir el delito.

En la Ley de Recopilación de Indias (dada en los años de 1626 y 1632), se ordenaba que "Es nuestra meced y voluntad que en cada una de las reales audiencias de Lima y México haya dos fiscales; que el mas antiguo sirva de plaza, en todo lo civil, y el otro en lo criminal". [15] Juventino V. Castro [16] al respeto, expresa, que ésta fue la forma en que España pudo imponer en el México colonial su legislación y su forma de organizar al Ministerio Público.

Este mismo autor nos relata en su obra el Ministerio Público en México. [17] que en la antigua y Nueva España cuando se estableció al régimen constitucional, la Constitución ordenó que a las cortes correspondía fijar el número de Magistrados que habían de componer el Tribunal Supremo (hoy Suprema Corte), a las Audiencias de la Península y de Ultramar, lo que se realizó por el decreto del 9 de octubre de 1812, que ordenaba que en la Audiencia de México hubiera dos fiscales. Esta Audiencia, en el año de 1822 estaba reducida en México a dos magistrados propietarios y a un fiscal, que el congreso de esa época confirmó por decreto de 22 de febrero de 1822.

"Nacido México a la vida independiente, siguió sin embargo rigiendo con relación al Ministerio Público lo que establecía el citado decreto del 9 de octubre de 1812, ya que en el Tratado de Córdova se declaró que las leyes vigentes continuarían rigiendo en todo lo que no se opusiera al Plan de Iguala, y mientras las cortes mexicanas formaban la constitución del Estado". [18]

[15] V. Castro, Juventino, El Ministerio Público en México, Ed. Porrúa 7a ed. México, 1990, pág. 6.
[16] V. Castro, Juventino, op. cit., p. 6.
[17] V. Castro, Juventino, op. cit., pp. 6 y 7.
[18] V. Castro, Juventino, op. cit., p. 7

1.3. ÉPOCA INDEPENDIENTE

Con el nacimiento del siglo XIX la Nueva España se vio envuelta en un movimiento armado que daría pie al proceso de independencia y al surgimiento de una nueva nación; México de 1810 a 1821, en que se desarrolló una lucha armada cuyo motivo principal inicialmente fue contra el gobierno y las autoridades novohispanas criollas, que después se transformó y se orientó a la lucha por la independencia política de la colonia española.

Una vez consumada la independencia (1821) se inició en el país un proceso tendiente a la instauración de un gobierno que rigiera los destinos de la nueva nación mexicana. En ello dos tendencias políticas e ideológicas estuvieron presentes; los conservadores y los liberales. Los primeros que pugnaban por mantener un tipo de gobierno monárquico y los segundos luchaban por implantar un gobierno republicano y federal.

Estas tendencias opuestas tuvieron como consecuencia durante casi 50 años, varias guerras civiles, invasiones extranjeras y pérdida demás de la mitad de nuestro territorio, entre otras cosas.

De 1824 hasta 1837, México padeció una inestabilidad política, económica y social y no fue sino a partir de 1867 con el triunfo del gobierno de Juárez sobre el imperio de Maximiliano en que el país comenzó un periodo de relativa estabilidad y desarrollo, continuado por el gobierno de Porfirio Díaz, quien permaneció durante más de 30 años en el poder, hasta 1910, época en que estalla la lucha armada, llamada la Revolución Mexicana y que junto con la Constitución de 1917 marcan un nueva época en la historia de nuestro país.

"Los cambios frecuentes de los gobiernos que se sucedían y las revoluciones y cuartelazos que ocurrieron en la república, así como la lucha sostenida contra la intervención y el imperio, mantuvieron en un estado letárgico a nuestras instituciones procesales sin que pudiera lograrse una efectiva labor de codificación". [19]

No obstante en ésta época llegaron a expedirse infinidad de leyes y reglamentos que desde luego mencionaremos con especial énfasis, de aquellas que tienen relación directa con la institución del Ministerio Público.

Así en la naciente república mexicana, el 4 de septiembre de 1824 se expide la primera ley para mejorar la administración de justicia y los procedimientos judiciales. Después se expidieron las Leyes de Fiscalías de Ministerios Fiscales, tanto en la Suprema Corte, como en los Tribunales de Circuito, en le primer caso, a dichos Fiscales se les daba el mismo nivel que al de los Ministros, incluso con el carácter de inmovilidad.

Con la Ley del 14 de febrero de 1826, se reconoce como necesaria la intervención del Ministerio Fiscal en todas las causas criminales en que la federación le interesara, y en los conflictos de jurisdicción para entablar o no el recurso de competencia; haciendo por último necesaria la presencia de éste funcionario en las visitas semanarias a las cárceles.

[19] González Bustamante, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal, Mexicano. Ed. Porrúa, 8a ed. México 1985, pág. 18.

El decreto del 20 de mayo de 1826 es el que mas pormenorizadamente habla del Ministerio Fiscal, si bien nada dice de los agentes. Cabe señalar que es hasta la ley de 22 de mayo de 1834 cuando se habla de la existencia de un Promotor Fiscal, en cada juzgado de Distrito, nombrado como en el del Tribunal de Circuito y con las mismas funciones, observemos que ya no sólo se habla de Ministerio Fiscal sino además de un Promotor Fiscal.

Posteriormente, con el triunfo de los centralistas sobre el federalismo se establecen las Siete Leyes en el año de 1847, constituyendo y estableciendo el sistema centralista en México, sin embargo, en la Ley del 23 de mayo de 1837 se establece un fiscal adscrito a la Suprema Corte, y así mismo, se cuenta ya en los tribunales superiores de los departamentos con un fiscal.

Uno de los autores mas estudiosos del Ministerios Público don Juventino V. Castro, [20] señala "que debe entenderse que la primera organización sistematizada del Ministerio Fiscal en el México independiente, se introduce en nuestro país en la Ley para el Arreglo de la Administración de Justicia (conocida quizá en mejor forma bajo la denominación de Código Lares), dictada el 6 de diciembre de 1853 bajo el régimen de Antonio López de Santa Anna".

[20] Juventino V. Castro, op. cit. p. 8.

Así mismo, señala dicho autor, que en el título sexto de dicha Ley Lares y bajo el rubro del Ministerio Fiscal se establece la organización de la institución, y que en su artículo 246 dispone las categorías del ministerio fiscal, como promotores fiscales, agentes fiscales, fiscales de los tribunales superiores y fiscal del tribunal supremo. También en los artículos 271 y 272 de la Ley Lares se establecía que el procurador general ejercía su ministerio cerca de los tribunales, representando al gobierno; y era recibido como parte del supremo tribunal y en cualquier tribunal superior así como en los inferiores cuando así lo requería el Ministerio a que el negocio correspondía, obsérvese que en esta ley citada por primera vez, se habla del procurador general. Este Procurador general ejercía autoridad sobre los promotores fiscales y les daba directamente todas las instrucciones que estimaba convenientes y relativas al desempeño de su ministerio.

Respecto de las funciones que correspondían a los Ministerios fiscales, ésta se establecía en el artículo 264 de la ley que hemos venido citando y consistía en lo siguiente; promover la observancia de las leyes, defender a la nación cuando por razón de sus bienes, derechos o acciones sea parte en los juicios civiles; interponer su oficio en los pleitos y causas que interesan a las demarcaciones, pueblos y establecimientos públicos dependientes del gobierno, así como en las causas criminales y en las civiles en que se interesa la causa pública o la jurisdicción ordinaria; promover cuanto crea necesario u oportuno para la pronta administración de justicia; acusar con arreglo a las leyes a los delincuentes; averiguar con particular solicitud las detenciones arbitrarias; y por último intervenir en todos los demás negocios y casos en que dispongan o dispusieren las leyes.

Dos años más tarde se establece mediante ley del 23 de noviembre de 1855, que los promotores fiscales no podían ser recusados y se les colocaba en la suprema corte, en los tribunales de circuito y para 1856, éste decreto se extendió también a los juzgados de distrito.

En el año de 1869 y estando en el poder el presidente Benito Juárez expide una importante ley, conocida como la Ley de Jurados de fecha 15 de junio del año citado, y decimos que es muy importante por que es la primera vez que en nuestro país se les denomina (Ministerio Público), así mismo en dicha Ley se establecen 3 procuradores, los cuales no constituían una organización única, eran independientes entre sí y se desvinculaban de la parte civil.

Posteriormente en el año de 1880 concretamente el 15 de septiembre del mismo año, se promulga en nuestro país el primer Código de Procedimientos Penales, "en el que se establecía una organización completa del Ministerio Público, asignándole como función la de promover y auxiliar a la administración de justicia en sus diferentes ramas, sin reconocer el ejercicio privado de la acción penal (artículo 276 y 654 fracción I)"[21]

Catorce años más tarde, es decir, en 1894 se expide el Segundo Código de Procedimientos Penales, "se mejora la Institución del Ministerio Público, ampliando su intervención en el proceso. Lo establece con las características y finalidades del Ministerio Público Francés: como miembro de la policía judicial y como mero auxiliar de la administración de justicia".[22]

Estando en el poder el general Porfirio Díaz se publica el 30 de junio de 1891 un reglamento del Ministerio Público, pero no es sino, hasta el año de 1903 en el que el General Díaz expide también la primera Ley Orgánica del Ministerio Público, dándose un giro en la función de ésta institución por que deja de ser auxiliar de la administración de justicia para formar parte en los juicios interviniendo en los asuntos en los que se afectaba el interés público, el de los incapacitados, y en el ejercicio de la acción penal de la que es titular, así mismo se establece como una institución a cuya cabeza está el procurador de justicia.

[21] V. Castro, Juventino, op. cit. p. 9.
[22] V. Castro, Juventino, op. cit. p. 9

1. 4. ETAPA POST-REVOLUCIONARIA

Una vez concluido el movimiento revolucionario de 1910, surge en nuestro país una etapa de desarrollo y estabilidad política orientada a lograr la unidad nacional e iniciar el crecimiento y desarrollo no sólo en el campo político social y económico, sino también jurídico; y es precisamente éste ámbito, el que mas preocupa al gobierno de esa época; preocupación que se debió a la falta de unificación del sistema jurídico, en concreto de las leyes penales y en particular de la institución del Ministerio Público.

Situación que podemos apreciar a partir de las reformas constitucionales de 1900, donde se estableció: "La Suprema Corte de Justicia se compondrá de 15 ministros y funcionará en tribunal pleno o en salas, de la manera que establezca la Ley" (Art. 91); "La Ley establecerá y organizará los tribunales de circuito, los juzgados de distrito y el Ministerio Público Federal. Los funcionarios del Ministerio Público y el Procurador General de la República que ha de presidirlo, será nombrado por el Ejecutivo" (Art. 96)"[23]

En 1903, siendo presidente de la república mexicana Porfirio Díaz, se expide la primera Ley Orgánica del Ministerio Público para el Distrito Federal y Territorios Federales; Ley inspirada todavía en las ideas francesas, la finalidad en la creación de ésta primera ley era darle al Ministerio Público la importancia que realmente tiene, otorgándole la personalidad de parte en el juicio.

[23] Colín Sánchez, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Ed. Porrúa, 12a ed. pág. 90, México,. 1990.

Es importante mencionar, lo señalado por el artículo 3° de dicha ley orgánica ya que señala las funciones que corresponden al Ministerio Público, destacándose entre otras cosas aquellas que se refieren a su intervención en los asuntos en que se afecte el interés social y de los incapacitados y en el ejercicio de la acción penal, quedándose supeditados en estas funciones tanto a los agentes de la policía judicial como la policía administrativa.

En ésta primera Ley Orgánica de 1903 se atribuyen funciones concretas y precisas, en virtud que aunque de manera teórica se le asigna el monopolio del ejercicio de la acción penal como representante del interés social, y como parte en los juicios interviniendo en los asuntos en que se afecte a la sociedad.

Cinco años después de expedirse la Ley Orgánica del Ministerio Público del fuero común se crea la Ley Orgánica del Ministerio Público Federal y su reglamento.

No obstante los logros alcanzados por ésta Ley respecto a la institución del Ministerio Público en cuanto auxiliar de la administración de justicia, y al igual que la Ley Orgánica de 1903, se le dota de unidad y dirección, al ser representado por un procurador de justicia.

Siendo presidente de México el general Venustiano Carranza, presentó al Congreso Constituyente el proyecto de constitución federal. Y expresó para fundar su iniciativa con relación al artículo 21: "...Pero la reforma no se detiene allí, sino que propone una innovación que de seguro revolucionará completamente el sistema procesal que durante tanto tiempo ha regido en el país, no obstante todas sus imperfecciones y deficiencias.

Las leyes vigentes, tanto en el orden federal como común, han adoptado la institución del Ministerio Público, pero esta adopción ha sido nominal, porque la función asignada a los representantes de aquél, tiene un carácter meramente decorativo para la recta y pronta administración de justicia. Los jueces mexicanos nos han sido, durante el periodo corrido desde la consumación de la independencia hasta hoy, iguales a los jueces de la época colonial; ellos son los encargados de averiguar los delitos y buscar las pruebas, a cuyo efecto siempre se han considerado autorizados para emprender verdaderos asaltos contra los reos, para obligarlos a confesar lo que sin duda alguna desnaturaliza las funciones de la judicatura.

La sociedad entera recuerda horrorizada los atentados cometidos por lo jueces que, ansiosos de renombre, veían con verdadera fruición que llegase a sus manos un proceso que les permitiese desplegar un sistema completo de opresión, en muchos casos contra personas inocentes, y en otros contra la tranquilidad y el honor de las familias, no respetando sus inquisiciones de barreras mismas que terminantemente establecía le ley. La misma organización del Ministerio Público, a la vez que evitará ese sistema procesal tan vicioso, restituirá a los jueces la dignidad y toda la respetabilidad de la magistratura, al Ministerio Público toda la importancia que le corresponde, dejando exclusivamente a su cargo la persecución de los delitos, la busca de los elementos de convicción, mismo que ya no se obtendrá por procedimientos atentatorios y reprobables y la aprehensión de los delincuentes.

Por otra parte, el Ministerio Público con la policía judicial represiva a su disposición, privará a los presidentes municipales y a la policía común de la posibilidad que hasta hoy han tenido de aprehender a cuanta persona juzguen sospechosa, sin mas méritos que su criterio particular. con la institución del Ministerio Público, tal como se propone, la libertad individual quedará asegurada, porque según el artículo 16, nadie podrá ser detenido sino por orden de autoridad judicial, la que no podrá expedirse sino en los términos y requisitos que la misma ley exige...".[24]

[24] González Bustamante, Juan José, Principios de Derecho Procesal Penal. Ed. Porrúa, 8a ed. pág. 73, México, 1985.

Dicha reforma proveniente de los artículos 21 y 102 de la nueva constitución, de 1917 la cual reconoce a la institución como el único titular del ejercicio de la acción penal; encomendándose tal función a este órgano privándose los jueces la facultad de incoar oficiosamente los procesos.

Se pretendió que el Ministerio Público tuviera funciones instructorias, por mas que para poder desempeñar su principal papel como titular de la acción penal en las funciones de acción y de requerimiento, debe reconocérsele un grado mínimo de actividades instructorias por que de otra manera no estaría en aptitud de resolver si se han satisfecho las condiciones legales para el ejercicio o no ejercicio de la acción penal.

El Sr. Enrique Colunga, uno de los miembros encargados de la redacción del artículo 21 Constitucional, es quien da orden y coherencia a la redacción de dicho precepto, en los siguientes términos: "La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél.

De tal manera que en esta forma quedaron consagrados en los artículos 21 y 102 Constitucionales los principios que rigen las funciones del Ministerio Público, en las que se menciona que deja de ser miembro o parte integrante de la policía judicial, entre otras.

En cuanto al proyecto de la redacción del artículo 102 Constitucional, no hubo mayor discusión sobre el mismo e inmediatamente fue aprobado por unanimidad.

En 1929, se expide una nueva Ley Orgánica del Ministerio Público para el Distrito Federal; siendo Procurador General de Justicia el Licenciado. José Águilar y Maya, cuya intención al crear dicho cuerpo jurídico, era que las funciones del Ministerio Público y la policía judicial estuviesen acordes con lo estipulado con la constitución política de la nación; creando el departamento de investigaciones de la procuraduría con agentes adscritos a la delegaciones.

Analizando dicha ley orgánica observamos que aún no se mencionan las Delegaciones del Ministerio Público ni los juzgados calificadores y ahora cívicos, lo que provocó diversas críticas en cuanto al funcionamiento de la referida institución. De tal suerte que en el año de 1931 se establecen las Delegaciones del Ministerio Público, encargadas de la persecución de los delitos y los juzgados calificadores, ahora cívicos sancionando las infracciones al reglamento de policía, hoy reglamento de justicia cívica para el Distrito Federal definiéndose y precisándose las funciones encomendadas tanto a las agencias del Ministerio Público como a los juzgados calificadores, funciones acordes a lo establecido por el artículo 21 Constitucional.

En el año de 1934 se expide otra Ley Orgánica del Ministerio Público Federal, misma que establecía las funciones del Ministerio Público Federal de acuerdo a los lineamientos establecidos por el artículo 102 Constitucional, no aportando novedades a la institución.

La ley Orgánica del Ministerio Público del distrito y territorios federales de 1955, sucedió a la ley orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito y territorios federales, de 31 de diciembre de 1971, que introdujo importantes novedades tanto a la estructura como en el contenido de la Procuraduría de Justicia. Esta ley, a su vez fue sustituída por la ley orgánica de la Procuraduría General de Justicia de 1977.

La ley de 1971 instituyó la coordinación de auxiliares, convertida hoy en coordinación de auxiliares del procurador. Un importante cambio en la estructura de la procuraduría introdujo esta ley orgánica de 1971, al crear los departamentos de averiguaciones previas, mediante los que se consibió un proceso de desconcentración en las tareas de la dirección de averiguaciones previas.

En la Ley de 1971 quedó constituída una dirección consultiva y de servicios sociales: por una parte, en el ángulo jurídico, despachando consultas, elaborando proyectos, desahogando escritos y diligencias en los juicios de amparo en que participa la procuraduría como autoridad; interviniendo en nombre de ésta ante el tribunal de arbitraje, etc. por otra parte, desempeñando funciones sociales, cuyo establecimiento confirió la procuraduría del distrito una nueva fisonomía, preventiva y social.

La Ley Órgánica de la Procuraduría General de Justicia del distrito Federal, así como su reglamento vigente publicados en el Diario Oficial de fecha 12 de diciembre de 1983, 12 de enero de 1983 y 12 de enero de 1989; se ajustan al contenido del artículo 21 Constitucional al establecer: "La institución del Ministerio Público... tendrá las siguientes atribuciones. Perseguir los delitos del orden común....[25] Así mismo se establecen las atribuciones del Ministerio Público en lo que respecta a la persecución de los delitos.

Así mismo continúa mencionando en su artículo 2°: que "La Institución del Ministerio Público del Distrito Federal, presidida por el Procurador General de Justicia tiene un carácter de Representante Social".[26]

De acuerdo al artículo en comento las atribuciones de la institución del Ministerio Público son las siguientes: "Perseguir los delitos del orden común, cometidos en el Distrito Federal, velar por la legalidad en la esfera de su competencia.

[25] L. O. P. G. J. D. F. 3a. ed. Editorial Themis, S. A., de C. V. México, 1992.
[26] L. O. P. G. J. D. F. 3a. ed. Editorial Themis, S. A., de C. V. México, 1992.

Así encontramos que en la actualidad el Ministerio Público tiene marcadas sus funciones no solamente en el artículo 21, 102 y 13 constitucionales desde la reforma de la constitución del 17 sino también encontramos su reglamentación de sus funciones en la Ley Orgánica del Ministerio Público vigente.

Como hemos venido observando la institución del Ministerio Público ha ido evolucionando a través del tiempo, mismo que ha tomado sus funciones básicamente desde la promulgación de la constitución del 17 a partir del mensaje de Carranza, en virtud que el artículo 21 de la constitución expresa las funciones que le confieren al Ministerio Público, señalando también que la policía judicial esta bajo su mando.

Funciones encomendadas tanto al Ministerio Público Federal, como al común para el Distrito Federal, emanadas todas de la constitución, leyes orgánicas y sus respectivos reglamentos, acuerdos y circulares, que en su oportunidad analizaremos.

CAPITULO II

2. MARCO TEORICO CONCEPTUAL

Una vez reseñados los antecedentes de la Institución del Ministerio Público en nuestro país, toca ahora abordar el tema de algunos conceptos jurídicos procesales que tienen relación directa e inmediata con las funciones de la Institución en estudio y que nos permite una vez definidos éstos, estar en posibilidad de entrar de lleno al tema medular de nuestro trabajo.

2.1. EL MINISTERIO PÚBLICO

Ni duda cabe que hablar del Ministerio Público es hablar de una de las Instituciones Jurídicas tradicionales mas importantes de nuestro sistema jurídico mexicano.

Esta noble organización del Estado y representante de la sociedad, ha sido en el devenir histórico, atacada por unos, defendida por otros, pero siempre reconocida no solo por su existencia y su enorme importancia, sino por su imprescindible necesidad como un órgano toral del sistema jurídico punitivo.

En nuestro país el Ministerio Público, tiene su origen remoto en diversos funcionarios encargados de la persecución e investigación de los delitos. Constituye una pieza fundamental del procedimiento penal. "Se suele afirmar que toma sus raíces en elementos españoles, franceses y nacionales. Algunos autores indican que el Ministerio Público es una figura típica del enjuiciamiento mixto, que se consolida en el régimen napoleónico por asociación entre datos del proceso inquisitivo continental y del acusatorio ingles".[27]

El Ministerio Público tiene su fundamento Constitucional en los artículos 21, 102 y 13; en el primer caso. Se ha considerado que es el fundamento para el Ministerio Público del orden común y en el segundo para el Ministerio Público del orden federal, y en el tercero el Ministerio Público Militar por lo que se puede afirmar que existen tres tipos de Ministerio Público (Común, Federal y Militar), el primero investiga los delitos del orden común el segundo los del orden federal y el tercero los del orden militar, por lo que también en forma lógica el primero ejercita acción penal ante el órgano jurisdiccional (Juez) del penal del orden común, el segundo ante un Juez Federal (Juzgados de Distrito en materia Penal) y el tercero ante los tribunales militares.

[27] García Ramírez, Sergio y Adato de Ibarra Victoria, Prontuario del proceso Penal mexicano. Editorial Porrúa, 3a. ed. México, 1984, p. 4.

El artículo 21 referido, incorporó e implementó grandes cambios, con respecto a la legislación anterior, ya que se atribuyó en forma exclusiva al Ministerio Público la facultad de perseguir los delitos, haciendo a un lado, en este orden de ideas funciones que anteriormente (antes de la Constitución de 1917) se atribuían al juez instructor. De tal suerte, que se estableció el monopolio acusado en el Ministerio Público.

"A diferencia de lo que ocurre en otros países, donde hay sistemas de acción penal particular, popular y privado, en México los particulares no pueden ejercer acción penal, ya que ésta sólo incumbe al Ministerio Público" [28]

Actualmente, en el Distrito Federal, la estructura del Ministerio Público se haya regulada por la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del D. F., de 1985 [29], que sustituyó a las leyes del mismo nombre, de 1971 y 1977. En materia Federal, el Ministerio Público se estructura a través de su Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República de 1983 [30]

[28] García Ramírez, Sergio y Adato de Ibarra Prontuario de derecho del Proceso Penal México. Ed. Porrúa, 3a. ed. Méx. 1984.
[29] Idem, p. 4.
[30] D. O. F. 12 diciembre 1983

Cabe señalar también que, actualmente ambas procuradurías cuentan con sus respectivos reglamentos internos, derivados de la Ley Orgánica que les da origen. El Reglamento en el primer caso es de fecha 12 de enero de 1989[51] y en el segundo caso es del 11 de marzo de 1993[52]. Por lo que hace al Ministerio Público Militar, diremos que se encuentra establecido en el Código de Justicia Militar del 28 de agosto de 1933 que entre otras disposiciones deroga la Ley Orgánica del Ministerio Público militar de 1929.

Así mismo, cabe señalar, como lo establece Juventino V. Castro[53], que la Constitución no habla expresamente de ésta Institución, pero que sin embargo su necesidad se infiere del artículo 13 que instituye el Fuero de Guerra y del artículo 21 que crea la Institución en general.

Por otra parte, es importante señalar algunas características y principios que rigen la actuación del Ministerio Público, los cuales, les son reconocidos por la doctrina:

[51] D. O. F. 12 de enero de 1989.
[52] D. O. F. 11 de marzo de 1993.
[53] V. Castro Juventino. El Ministerio Público en México, Ed. Porrúa, 7a. ed. Méx. 1990, p. 13.

CARACTERISTICAS

1) Imprescindibilidad. La existencia y actuación del Ministerio Público es requisito "sine cuan non", para todo procedimiento penal. 'Esto se desprende de la exégesis del artículo 21 Constitucional "...la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público..."

2) La Buena Fe.- El Ministerio Público es una institución de buena fe; esto significa que el órgano actúa en nombre y cuenta del estado y en representación de la sociedad, su misión es de buena fe, su papel no es de ningún delator, inquisidor o contendiente forzoso en los procesados. Su interés no es necesariamente el de la acusación o condena; por que actúa en nombre de la sociedad, a quien le interesa que el culpable sea condenado y el inocente sea absuelto su actuación debe ser imparcial.

3) Irresponsabilidad, esta se refiere a la institución como tal y no a los funcionarios que lo representan (que sí son responsables de su actuación ilegal), esto es,que el Ministerio Público no será responsable de las acciones que se deduzcan en el ejercicio de sus funciones, siempre y cuando ésta se encuentre dentro de la legalidad que debe observar el Ministerio Público; ejemplo, si el Ministerio Público ejercita acción penal en contra de un individuo, por un determinado delito, y llegado el momento procesal el órgano judicial emite su resolución (sentencia) absolutoria y ésta queda firme, no existirá responsabilidad para la institución por haber ejercido acción penal.

4) Su doble carácter, esto es que el Ministerio Público actuê como autoridad durante la averiguación previa y como parte durante el proceso, desde que ejercita la acción penal, al respecto la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia sostiene que "durante la investigación, el Ministerio Público tiene doble carácter: El de parte ante el juez de la partida y el de autoridad en relación con la víctima del delito. Por virtud del primero, es el encargado de aportar pruebas con el objeto de que la investigación se perfeccione, y solicitar la práctica de las diligencias tendientes a dejar comprobados los requisitos del artículo 16 Constitucional; en cuanto al segundo carácter, que esta en relación con la víctima del delito, es el de autoridad, en la medida que tiene una potestad legítima que ha recibido de la propia constitución, y que no es otra que la de ejercitar acción penal". (Quinta época, tomo I, pág. 2027, 9489/46)[34]

[34] Citada por García Ramírez, Sergio Derecho Procesal, Ed. Porrúa, 3a. ed. Méx. 1980, p. 241.

PRINCIPIOS

"Un principio puede considerarse como una creencia general o proposición suficientemente razonada y aplicada a una situación, que proporciona una guía para el pensamiento o la acción de esa situación. Por lo que doctrinalmente se le han reconocido 4 principios de actuación del Ministerio Público".[35]

Iniciación: El Ministerio Público, solamente podrá actuar en el ejercicio de sus funciones persecutorias, cuando medie denuncia, acusación o querella (de un hecho acción u omisión delictuosa) de parte ofendida o de la persona legitimada para hacerlo (caso de las personas morales) ya que de no existir cualquiera de estos requisitos de procedibilidad, el Ministerio Público no podrá actuar, ni iniciar el levantamiento del acta correspondiente, en otras palabras éste está imposibilitado jurídicamente para entrar en funciones, ya que no existe otra institución que pueda conocer de las conductas ilícitas, según el artículo 21 constitucional, por lo que solamente el Ministerio Público puede conocer de las mismas.

Oficiosidad: Esto significa que una vez formulada por un particular la denuncia, acusación o querella de algún hecho delictivo, ya no es indispensable que el denunciante o querellante continúe accionando o promoviendo, ya que la responsabilidad de integrar la averiguación previa correspondiente es facultad exclusiva del Ministerio Público, es decir, éste continúa con la investigación practicando las diligencias que conforme a derecho se estimen pertinentes, y para que en su oportunidad se esté en posibilidad de determinar la procedencia o no del ejercicio de la acción penal.

[35] No obstante otros autores, entre ellos García Ramírez op. cit., p. 243, señala que son 5 los principios que la doctrina suele atribuirle, y son: único o jerárquico, indivisible, independiente, irrecusable e irresponsabilidad.

Unidad e Indivisibilidad: Conforme a este principio, el Ministerio Público es uno sólo en cuanto a su fisionomía, actuación y representación. El Ministerio Público está representado por el Procurador General de Justicia y los agentes del Ministerio Público que nombrará aquél, por esta razón no operan las recusaciones o excusas, sólo en los casos de impedimentos personales, al respecto el artículo 26 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, establece: "los agentes del Ministerio Público no son recusables, pero deben excusarse del conocimiento de los asuntos en que intervengan, cuando exista alguna de las causas de impedimento que la ley señala en el caso de los magistrado y jueces del orden común".[36]

Legalidad: Este último principio significa que el Ministerio Público debe actuar y realizar sus actividades dentro del marco de la ley, esto es, que no puede actuar arbitrariamente y mucho menos discresionalmente, sino conforme a lo establecido por los ordenamientos legales relativos. Por último es menester señalar que este principio de alguna forma encierra a los demás por que si el Ministerio Público ajusta su actuación dentro del marco de la ley quiere decir, que está actuando dentro de los principios que expusimos.

2. 2. NATURALEZA JURÍDICA DEL MINISTERIO PÚBLICO

Es menester referirnos a la división de poderes en nuestro país, para poder precisar la naturaleza jurídica del Ministerio Público, así como sus funciones; toda vez que en este sentido han surgido discrepancias y mas aún, no hay un criterio doctrinal definido al respecto.

[36] Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del D. F. Ed. Porrúa, Méx. 1991, p. 142.

Algunos autores señalan, que es un órgano administrativo, otros mas, que es jurisdiccional, otros quienes dicen que es un representante social. Por tanto persiste la duda sobre si el Ministerio Público debe ubicarse dentro del campo del Poder Ejecutivo o del Poder Judicial o quizá de forma intermedia.

Al respecto Guillermo Colín Sánchez nos dice: "...para fundamentar la representación social atribuída al Ministerio Público en el ejercicio de las acciones penales, se toma como punta de partida el hecho de que el estado al instituir la autoridad, le otorga el derecho para ejercer la tutela jurídica general, para que de esta manera persiga judicialmente a quien atente contra la seguridad y el normal desenvolvimiento de la sociedad..."[37]

Señala el maestro Rafael de Pina, que el Ministerio Público: "...ampara en todo momento, el interés general implícito en el mantenimiento de la legalidad...".[38]

Por ello, en ninguna forma debe considerársele como representante de los poderes estatales, independientemente de la subordinación que guarda frente al Poder Ejecutivo, sino mas bien, continúa señalando de Pina: "...La ley tiene en el Ministerio Público, su órgano específico y auténtico...".[39]

[37] Colín Sánchez, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Ed. Porrúa, 12a ed. Méx. 1980. p. 80.
[38] Citado por Colín Sánchez, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Ed. Porrúa. 12a ed. México 1980, p. 80.

Sobre el particular, Alberto González Blanco señala que: "conforme al espíritu que animó al Congreso Constituyente de 1917, no es posible negar al Ministerio Público su carácter de representante de la sociedad y de colaborador de los órganos jurisdiccionales, pero lo que no puede aceptarse es que se le considere con el carácter de órgano judicial, ya que el Ministerio Público no decide controversias y, además, porque nuestra constitución no lo autoriza, puesto que en forma clara determina sus facultades, que son distintas de las que señala para la autoridad judicial, y agrega que dentro de la división tripartita de los poderes gubernamentales que nos rigen, las funciones que les están asignadas corresponden a las del Poder Ejecutivo, en atención a que las disposiciones que norma su funcionamiento se subordinan a los principios del derecho administrativo, y todo esto impone, en consecuencia, reconocerle el carácter de órgano administrativo".[40]

La aplicación del criterio antes referido radica actualmente en que los poderes realizan diversos y variados actos distintos de aquellos que teóricamente les corresponden de acuerdo a esta teoría tripartita.

Así por ejemplo, tenemos que el Poder Legislativo no se limita únicamente a crear, sino que también colabora con el ejecutivo en la designación de ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y Magistrados del Tribunal Superior de Justicia, entre otras tantas funciones que son muy distintas a la de legislar o dictar leyes.

[40] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada, Ed. D. D. F., U. N. A. M. y P. G. J. D. F. México 1992, p. 95.

En este orden de ideas, tenemos también que el Poder Judicial, entre otras funciones, administra su presupuesto, designa personal, establece jurisprudencia, dicta reglamentos internos, etc., funciones distintas todas ellas, al de dictar resoluciones, es decir, dirimir conflictos y dictar sentencias.

Por su parte el poder ejecutivo, de acuerdo con la facultad reglamentaria del artículo 89 fracción I Constitucional, realiza funciones tanto legislativas como judiciales en un sentido material, por lo que en este último caso dicta sentencias a través de tribunales administrativos.

Por lo que podemos concluir de acuerdo a lo señalado con anterioridad, que el poder ejecutivo, legislativo y judicial, ya no se limitan exclusivamente a realizar una función o determinada clase de actos, de acuerdo a los marcos o patrones ya establecidos, sino que entre estos se da una coordinación para llevar al cabo las actividades comunes del estado, y cumplir con las atribuciones del mismo.

Ahora bien, refiriéndonos a la institución del Ministerio Público y para justificar sus atribuciones todas ellas realizadas dentro del marco de legalidad, esto es dentro de las leyes penales, en razón de que muchos tratadistas consideran que es un ente que realiza funciones y atribuciones mas allá de aquellas que formalmente debe realizar.

En nuestro país el poder ejecutivo absorbe gran cantidad de atribuciones y tiene una mayor preponderancia con respecto de los otros dos poderes. Esta concentración de decisiones y facultades se aprecian, por ejemplo: En el poder de nombramiento para designar a la mayoría de los funcionarios del Estado, entre ellos al Procurador General de Justicia del Distrito Federal; esto en concordancia como ya lo señalamos anteriormente en base a lo establecido por el artículo 89 fracción II Constitucional, que entre otras facultades establece las de nombrar y remover al Procurador General de Justicia del Distrito Federal.

Esto se refuerza con lo establecido por el artículo 73 fracción VI base 6a Constitucional que establece: "El Ministerio Público en el Distrito Federal estará a cargo de un Procurador General de Justicia, que dependerá directamente del presidente de la república, quien lo nombrará y removerá libremente".

Por su parte la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, establece en su artículo 1o: "La Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal es la dependencia del Poder Ejecutivo Federal en la que se integra la institución del Ministerio Público del Distrito Federal...".

Por lo que los fundamentos legales invocados, nos permiten concluir, que el Ministerio Público es un órgano administrativo dependiente del Poder Ejecutivo, por lo que sus funciones formalmente son administrativas en la fase de la integración de la averiguación previa, sin embargo hay que señalar que en algunas ocasiones realiza dentro de esta fase funciones materialmente jurisdiccionales, por ejemplo, al valorar pruebas y al emitir una orden de detención.

Por otra parte, cuando el Ministerio Público en su carácter de autoridad administrativa persecutora de los delitos y de acuerdo con lo establecido por el artículo segundo de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, donde se establecen entre otras atribuciones del Ministerio Público: "Perseguir los delitos del orden común, cometidos en el Distrito Federal..." Si nos apegamos en estricto sentido a lo establecido por el artículo en comento en su parte relativa, diríamos que ésta es la parte medular y mas importante del citado precepto y por supuesto de las funciones que le corresponden al Ministerio Público, en virtud y de acuerdo al artículo 21 Constitucional.

Si atendemos al carácter y finalidad para la que fue creada la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal tenemos que las atribuciones del Ministerio Público son muy amplias, precisamente por la naturaleza de que tiene que velar por la legalidad en la esfera de su competencia como uno de los principios rectores de la convivencia social.

Por lo que actualmente las funciones del Ministerio Público son mas amplias y variadas, van desde proteger los intereses de los menores e incapaces, hasta la de cuidar la correcta aplicación de las medidas de política criminal.

En concordancia con el texto constitucional la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia y su Reglamento interior y demás leyes, otorgan al Ministerio Público la titularidad del ejercicio de la acción penal en forma exclusiva o como lo denomina la doctrina, el monopolio del ejercicio de la acción penal, empero, en la vida práctica, el campo de acción del Ministerio Público va mas allá de la esfera penal, y esto debido al sistema de gobierno federal mismo que está constituido por los poderes de la unión, y a la idea de colaboración que subsiste entre dichos poderes, para que como ya dijimos en líneas anteriores el Estado este en posibilidades de cumplir su fiel cometido.

Cuando nos referimos a que el Ministerio Público realiza funciones mas allá de las que formalmente tiene encomendadas, hablamos de que este organismo realiza no solamente actos administrativos, sino también jurisdiccionales, o sea, cuando esta institución valora pruebas, emite órdenes de detención, etc., como parte de sus funciones, a fin de que en su oportunidad se determine la posible excitación al órgano jurisdiccional mediante el ejercicio de la acción penal, esta realizando actos materiales que corresponden esencialmente al órgano judicial.

A este respecto el maestro Colín Sánchez, expresa que: "...para el fiel cumplimiento de sus fines, el Estado encomienda deberes específicos a sus diversos órganos para que en colaboración plena y coordinada, mantenga el orden y la legalidad, razón por la cual el Ministerio Público (Órgano acusador), lo mismo al perseguir el delito que al hacer cesar toda lesión jurídica en contra de los particulares, dentro de esos postulados es un auxiliar de la función jurisdiccional para que los jueces hagan actuar la ley..."[41]

En nuestro país, el Ministerio Público no es considerado un órgano jurisdiccional, dado que su naturaleza y fines carecen de funciones jurisdiccionales, toda vez que no está facultado para aplicar la ley es decir, debe concretarse a solicitar su aplicación mas no a declararla, pues ésta es una atribución exclusiva de la Judicatura.

Por tanto, podemos concluir diciendo que en efecto en el ejercicio de la función persecutoria del delito, el Ministerio Público es un representante social y actúa en nombre del Estado como representante de aquella, por lo que los actos que realiza son de naturaleza formalmente administrativa, sin dejar de considerar que es un colaborador de la función jurisdiccional.

Por lo anterior, no coincidimos con los señalado por algunos autores en considerar al Ministerio Público como un órgano jurisdiccional o como parte de este, ya que aceptar esta idea es retroceder históricamente a una idea ya superada en nuestra legislación.

El constituyente de Querétaro precisó y separó las funciones de persecución del delito y el de sancionar al delincuente, señalando que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. En tanto que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público (Art. 21 Constitucional).

[41] Colín Sánchez, Guillermo, op. cit., p. 83.

2. 3. FUNCIONES

Antes de entrar al análisis de las funciones del Ministerio Público, es importante dejar claro el concepto de función y su diferencia con el de atribución, toda vez que la propia Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal en su capítulo primero habla de atribuciones.

El concepto de atribución, es un concepto mas amplio y genérico que el de función, el cual es mas limitado. El primero tiene que ver con el conjunto de las actividades del Estado, y el segundo es mas específico, se refiere a la forma de la actividad del Estado, es decir, las funciones constituyen la forma del ejercicio de las atribuciones, "las funciones no se diversifican entre sí por el hecho de que cada una de ellas tenga contenido diferente, pues todas pueden servir para realizar una misma atribución". 42

El conjunto de actos materiales y jurídicos, operaciones y tareas que realiza el Estado, en virtud de las atribuciones que la propia ley le otorga, constituye la actividad del Estado, por lo que el otorgamiento de dichas atribuciones obedece a la necesidad de crear jurídicamente los medios adecuados para alcanzar los fines estatales.

Gabino Fraga, señala que "el término de atribuciones ya es admitido en la doctrina, además porque su connotación gramatical es adecuada e inequívoca, como porque con ella no se prejuzga sobre otros problemas propios de la teoría del Estado y por tanto puede aplicarse cualquiera que sea la organización política y estructura de los diversos tipos de estados contemporáneos".[43]

[42] Fraga, Gabino, Derecho Administrativo. 24a ed., Ed. Porrúa, México, 105, p. 26.
[43] Fraga. Gabino, op. cit., p. 13.

Las atribuciones que a través del tiempo se han venido asignando al Estado y que en la actualidad conserva, se agrupan en cuatro categorías.

I.- Atribuciones de mando, de policía o de coacción que comprenden todos los actos necesarios para el mantenimiento y protección del Estado y de la seguridad, la salubridad y el orden públicos.

II.- Atribuciones para regular las actividades económicas de los particulares.

III.- Atribuciones para crear servicios públicos y.

IV.- Atribuciones para intervenir mediante gestión directa en la vida económica, cultural y asistencial del país.

Entre el concepto de atribuciones del Estado y de funciones del mismo se guarda una relación muy estrecha por lo que en la práctica se usan indistintamente, incluso con otras expresiones sinónimas, como el de facultades, potestades, derechos, prerrogativas, etc.

Sin embargo, decíamos que el concepto de atribuciones comprende el contenido de la actividad del Estado; es lo que el Estado puede o debe hacer, en tanto que las funciones se refieren a la forma de la actividad del Estado, ésta constituye la forma del ejercicio de las atribuciones.

Las funciones clásicas del Estado son administrativa, legislativa y la jurisdiccional. Un ejemplo de la primera atribución señalada a través del ejercicio de las tres funciones, se daría de la siguiente manera: La función legislativa, por supuesto, constituye el medio de realizar esta atribución, puesto que ella se hace por normas generales abstractas e impersonales, ejemplo, el Código Penal, de Procedimientos Penales, Reglamento de justicia cívica para el D. F.

La función administrativa interviene en esta categoría de atribuciones ya que todos los cuerpos de seguridad o de coacción para hacer cumplir las leyes dependen del Poder Ejecutivo (Administrativo), ejemplo, fuerzas armadas, policía preventiva, judicial, centros de reclusión, etc.

Por lo que hace a la función jurisdiccional, constituye también otro de los medios de los que se vale el Estado para ejercitar sus atribuciones de mando, policía o de coacción, al aplicar las leyes a los casos concretos a los que son sometidos.

En tal virtud, resulta que cuando el Estado a través de sus órganos se excede en la realización de un acto de autoridad violatorio de una garantía constitucional, en el ejercicio o no de sus funciones, los particulares podrán recurrir ante el órgano judicial supremo, (Juzgados de Distrito, Tribunal Colegiado de Circuito o a la Suprema Corte, según el caso), en el mando del juicio de garantías (amparo) a fin de que le sea restituída la garantía que le ha sido violada. Así mismo la función jurisdiccional contribuye al ejercicio de la atribución a que nos estamos refiriendo, cuando emite jurisprudencia interpretando las leyes que expide el Congreso de la Unión a fin de cumplimentar la multicitada atribución.

En consecuencia, como podemos observar pueden concurrir las tres funciones para realizar una misma atribución según el caso concreto. Por tal motivo, el concepto de atribución y el de función son diferentes; por lo que nos parece que hablar de atribuciones del Ministerio Público en estricto sentido, es un tanto incorrecto, las atribuciones son del Estado, sin embargo, éste está compuesto de órganos (Poder Ejecutivo, Legislativo y Judicial), y el Ministerio Público órgano del Poder Ejecutivo, mediante el cual el Estado ejerce su atribución de persecución de los delitos con ayuda de sus auxiliares: la policía judicial, peritos, etc., como se establece en los artículos 21 y 102 Constitucionales.

Por lo que pensamos que las leyes orgánicas de la Procuraduría General de Justicia tanto del Distrito Federal como de la General de la República, deben hablar de facultades o funciones, y no de atribuciones, ya que por facultad debemos entender, el poder o derechos para realizar alguna función y por esta última la actividad ejecutada por el órgano o acción que es notoriamente capaz de realizar una estructura administrativa (Ministerio Público).

Hechas las anteriores salvedades, pasamos al análisis, facultades o funciones del Ministerio Público tanto del fuero común como del federal.

Estas funciones o facultades derivan principalmente de los artículos 21 y 102 Constitucionales que establecen: "...la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquel...", "...Incumbe al Ministerio Público la persecución ante los Tribunales de todos los delitos del orden federal...", respectivamente.

Ahora bien, las funciones que ostenta el Ministerio Público Federal al igual que los del fuero común son amplias, van mas allá de la persecución de los delitos (que a mi manera de ver es la función mas importante, sin embargo, como el término procuración de justicia, es también un concepto mas amplio todavía que el de la persecución de los delitos, y dado que el Ministerio Público es el órgano mas importante de la Procuraduría General de Justicia tanto del fuero común, como federal, porque constituye la columna vertebral y justifica la existencia misma de tal institución.

El Ministerio Público como representante social realiza también funciones como las de protección de menores e incapaces, intervención en asuntos civiles, familiares, etc., (en caso del fuero común), y en el caso del Ministerio Público Federal, sus funciones aún son todavía mucho mas amplias que las del Ministerio Público del fuero común, ya que además de la persecución de los delitos del orden federal, tiene encomendadas otras funciones como la de vigilar la observancia de los principios constitucionales y de legalidad en el ámbito de su competencia, sin perjuicio de las atribuciones que legalmente le correspondan a otras autoridades jurisdiccionales o administrativas; promover la pronta, expedita y debida procuración e impartición de justicia, e intervenir en los actos que sobre esta materia prevenga la legislación acerca de la planeación del desarrollo; representar a la federación en todos los negocios en que ésta sea parte, e intervenir en las controversias que se susciten entre dos o mas Estados y la federación o entre los poderes de un mismo Estado, y en los casos de los asuntos diplomáticos y consulares generales; prestar consejo jurídico al gobierno federal;

Representarlo, previo acuerdo del Presidente de la República en actos en que debe intervenir la Federación ante los Estados de la república, cuando se trata de asuntos relacionados con la procuración e impartición de justicia, etc.

Tradicionalmente ha sobresalido el quehacer persecutorio penal del Ministerio Público, como una de las principales funciones que caracterizan la institución con la vida social y jurídica del país. Pero la Procuraduría General de Justicia, no se limita únicamente a la persecución de los delitos, sino que como acertadamente señala Colín Sánchez "la esfera de acción del Ministerio Público se extiende mas allá del ámbito del derecho penal, siendo notable su intervención en materia civil, en cuestiones de tutela social, representando a los incapacitados o ausentes y en algunas otras situaciones, en las que son afectados los intereses del Estado...".[44]

[44] Colín Sánchez, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Ed. Porrúa, Méx., 1990, p. 93.

De tal suerte que, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en su artículo 2o precisa las funciones del Ministerio Público: "perseguir los delitos del orden común cometidos en el Distrito Federal, velar por la legalidad en la esfera de su competencia como uno de los principios rectores de la convivencia social, promoviendo la pronta, expedita y debida procuración e impartición de justicia; proteger los intereses de los menores e incapaces, así como de los individuales y sociales en general, en los términos que determinen las leyes; cuidar la correcta aplicación de las medidas de política criminal, en la esfera de su competencia y las demás que las leyes determinen".[45]

En otra palabras, el campo de acción del Ministerio Público tanto federal como del orden común no se restringe al campo de la materia penal, sino que su intervención se da necesariamente en otras materias, por ejemplo, como parte en la intervención en los juicios de amparo, como parte en los juicios del orden familiar, en los juicios sucesorios, etc. Aclarando que estas últimas intervenciones sólo se dan en el del orden común.

[45] Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. Ed. Porrúa, México, 1991. p. 136.

2.4 PLAZO Y TÉRMINO. CONCEPTO Y CLASIFICACIÓN

Resulta por demás interesante el análisis de estos conceptos a la luz de la legislación penal mexicana, toda vez que existe gran confusión al respecto y muchos códigos y autores emplean con mayor frecuencia estos vocablos, y en menos casos, los utilizan como sinónimos.

Plazo, es un sustantivo, que proviene del verbo emplazar que a su vez significa "citar a una persona en determinado tiempo y lugar y para que dé razón de algo".[46] En tanto que término, también es una palabra sustantiva que proviene del verbo terminar, que significa a su vez "acabar una cosa, poner término a una cosa".[47] Por lo que puede observarse de su expresión semántica, estas palabras existen en la gramática castellana y pueden ser utilizadas fuera de las expresiones técnicas jurídicas.

Sin embargo, desde el punto de vista jurídico —y es lo que nos interesa analizar— estas dos expresiones (plazo y término) tienen denominaciones distintas.

Al respecto, Rafael de Pina Vara,[48] establece que plazo, es el "espacio de tiempo que generalmente se fija para la ejecución de actos procesales unilaterales, es decir, para las actividades de las partes fuera de la vistas... Acontecimiento futuro pero cierto, cuya realización determina la efectividad o la extinción de los efectos de un acto jurídico la palabra plazo se considera como sinónimo de término", así también al definir lo que es término manifiesta que en "el momento en que un acto jurídico debe comenzar a producir o dejar de producir sus efectos característicos. Denominándose también Plazo".[49]

[46] Diccionario Enciclopédico ilustrado, Océano Uno, ed. 1991. México, s/p.
[47] Ibidem. s/p.
[48] De Pina Vara, Rafael, Diccionario de Derecho, Ed. Porrúa, 9a ed. México, 1980, p. 377.
[49] Idem. p. 377.

Consideramos que el concepto citado, si bien trata de dar definiciones distintas, no las diferencia correctamente, mas aún las considera como sinónimas.

Por su parte, el autor José Ovalle Favela, en su obra Derecho Procesal Civil, no habla propiamente de plazo y término, sino utiliza el verbo emplazar y citar, señala, que en el primer caso "es conceder un plazo para la realización de determinada actividad procesal... y "citar en cambio, es señalar un término es decir, un punto fijo de tiempo, para la iniciación de un acto procesal".[50]

Briseño Sierra,[51] citando a Guasp, nos dice que "término es el momento en que debe realizarse un determinado acto procesal: plazo, es el espacio de tiempo en que debe realizarse... lo importante en el concepto de término, es que haya conexión, que su unidad conceptual produzca instantaneidad jurídica... el término, es algo mas que la coincidencia entre el tiempo astronómico, y el acto... todo plazo tiene, pues, un momento aquo y otro ad quem, uno que marca el principio y otro que señala la meta".

Por su parte, coincidiendo de alguna forma, con el anterior concepto, García Ramírez, señala que "término es un momento preciso para la verificación de cierto acto procesal; plazo, es un periodo de tiempo, mas o menos amplio, en cuyo curso puede realizarse tal acto procesal, en el plazo no se fija momento necesario para la verificación de éste, que puede plantearse en cualquiera de los que componen el plazo".[52]

[50] Ovalle Favela José, Derecho Procesal Civil, Colección Textos Universitarios. Ed. Harla, 1a ed. México 1980. p.
[51] Briseño Sierra Humberto, Derecho Procesal, S/N de ed. Cárdenas, México, 1969, pp. 195 a 198.
[52] García Ramírez, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal. Ed. Porrúa, 3a. ed. México 1980, p. 269.

El maestro Cipriano Gómez Lara,[53] opina que "los plazos, son pues, los lapsos dados para la realización de actos procesales", y concluye diciendo "que en rigor, cuando las leyes hablan de término, en la mayoría de los casos, se están refiriendo a plazos, o sea, a lapsos de tiempo dentro de los cuales es oportuna y procedente la realización de determinados actos procesales; por el contrario, el término en un sentido estricto, es el momento preciso señalado para la realización de un acto..." por ello con todo acierto se dice "el cómputo sólo es referible a los plazos y que los términos sólo son susceptibles de fijación y señalamiento".[54]

Al respecto, en el capítulo cuarto, artículos: 57 y 58 del Código de procedimientos Penales para el Distrito Federal y capítulo octavo, artículos 71 y 72 del Código de Procedimientos Federales, se refieren a los plazos y términos, sin que exista diferencia en el contenido de ambos ordenamientos, por lo que se señala que los plazos son:

a.-)Improrrogables

b.-) Empiezan a correr a partir del día siguiente al que fue hecha la notificación.

c.-) Se cuentan por días hábiles, excepto en los casos: de consignación del detenido al juez, tomarle su declaración preparatoria; y dictar el auto de formal prisión, de libertad o de sujeción a proceso y.

d.-) Se deberán computar por horas y de momentos a momento.

[53] Gómez Lara, Cipriano. Teoría General del Proceso. Textos Universitarios, Ed. UNAM, 1a. ed. Méx. 1974, p. 225.
[54] Idem, pp. 225 y 226.

Por otro lado, decimos "o de otra naturaleza", por que no sólo las palabras término y plazo, son utilizadas para la realización de actos procesales, sino también fuera de los procesos jurisdiccionales, es decir, en los procedimientos administrativos, y en la realización de actos para-procesales, como los actos y funciones que realiza el Ministerio Público. Así mismo, cabe señalar también, que los términos y los plazos, en su caso, deben estar perfectamente prescritos en las leyes correspondientes, dependiendo del asunto, además aquellos, son válidos tanto para la autoridad (judicial, administrativa, etc.), como para el ciudadano que se encuentra vinculado jurídicamente en su relación como tal.

CLASIFICACIÓN

Los términos y los plazos en materia penal pueden clasificarse: por la ley que los crea y por el modo de computarse o el modo de fijarse o establecerse:

a.) Por la primera razón: los términos son constitucionales, cuando los fija expresamente ésta (artículos 16, 19 y 20 fracciones II y VIII y 107 fracción XVIII) y comunes: cuando los establece la ley adjetiva o procesales (Art. 57 y 58 Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 71 y 72 Código de Procedimientos Penales Federal), cabe aquí señalar que los plazos son comunes, ya que la constitución no habla de plazos, sino de términos.

b.) Por la segunda razón (haciendo la aclaración que los plazos se computan y los términos se fijan o se establecen) estos pueden ser ordinarios y especiales; ordinarios, cuando se computan o se fijan, conforme a la regla general, respectivamente; y especiales, cuando se computan o se fijan conforme a la regla de excepción.

Expliquemos esto: por la primera razón creemos que no tiene problema, por lo que son constitucionales cuando los establece ésta, y comunes cuando los establecen las leyes procesales. En el segundo caso, la regla general, es que los plazos empiezan a correr y por ende a computarse a partir del día siguiente al que hace o surte efectos la notificación, lo que significa que el acto de que se trate, puede realizarse a partir de que surta efectos la notificación, y antes de que concluya el término fijado.

La regla de excepción, que también deben estar prescritos en las leyes, es cuando los plazos empiezan a correr y a computarse desde el momento en que se notifica o se da por notificado el acto, contándose por horas, y de momento a momento.

Ahora bien, el término es ordinario, cuando se encuentra fijado expresamente en la ley y es especial cuando, por ley también la autoridad en forma discrecional prorroga este. Verbigracia; en el caso cuando en el proceso penal, el procesado, solicita él mismo a través de su defensa le sea prorrogado el término para el desahogo de un prueba, debiendo aclarar también que los términos para la autoridad son fatales y para el reo no, y menos cuando la prórroga favorezca a él, por lo que se puede concluir que otra diferencia es que el plazo es improrrogable y el término sí lo puede ser.

2.5. FLAGRANCIA, CUASI FLAGRANCIA, PRESUNCIÓN DE ESTA Y NOTORÍA URGENCIA.

"Las limitaciones impuestas por el Estado a la libertad de las personas son medidas necesarias que adopta el poder público en beneficio de la colectividad con el fin de asegurar la marcha del procedimiento. Se inspira en el interés de que se llegue al conocimiento de la verdad, por medio de la investigación del delito y de las pruebas que se obtengan que han de servir al juez para el esclarecimiento de los hechos y para decidir las relaciones jurídicas planteadas en el proceso. Esto no sería posible si el inculpado se sustrajese a la acción de la justicia y ocular los objetos e instrumentos que le ha servido para perpetrar el delito".[55]

[55] Principios de Derecho Procesado, González Bustamante, Juan José, Ed. Porrúa, 8a. ed. México 1985, p. 109.

La libertad del indicado en el procedimiento penal se limita en uso de varios medios, es decir, desde un mandato expedido por el juez, (orden de aprehensión), ésta como consecuencia de un procedimiento penal; hasta los casos en que cualquier persona puede proceder a la detención del delincuente en tratándose de delitos flagrantes, cuasiflagrantes, flagrante presunción y notoria urgencia: Art. 16 Constitucional: "...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..."

El artículo 267 del Código de Procedimientos penales para el Distrito Federal, establece: "se entiende que existe delito flagrante, no sólo cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo, sino cuando después de ejecutado el hecho delictuoso, el inculpado es perseguido materialmente o cuando en el momento de haberlo cometido, alguien lo señala como responsable del mismo delito, y se encuentra en su poder el objeto del mismo el instrumento con que aparezca cometido o huella o indicios que hagan presumir fundamente su culpabilidad".[56]

[56] Código de procedimiento Penal para el Distrito Federal. Ed. Porrúa, México, 1994.

Anteriormente, a la reforma de septiembre de 1993, la Constitución General de la República y las leyes adjetivas procesales federales del fuero común para el Distrito Federal, utilizan indistintamente y como sinónimos los conceptos de aprehensión y detención, siendo que son distintos y para efectos de nuestro estudio, es necesario dejar claros dichas acepciones, aunque de manera general ya que es tema del punto siguiente a tratar. Actualmente se hace una separación de éstos dos conceptos, dejando la aprehensión para el juez y la detención al Ministerio Público.

Aprehensión, etimológicamente proviene de la raíz latina aprehensiva, que significa coger, asir, prender a una persona o a una cosa, es el acto material de prender a una persona; en tanto que detención, es consecuencia de la aprehensión y es un estado de privación de la libertad que sigue inmediatamente a la aprehensión.

Ahora bien, respecto del punto medular que estamos tratando, podemos definir a la flagrancia o flagrante delito, como la aprehensión (por cualquier persona o autoridad) del sujeto activo en el momento de estar realizando la conducta presumiblemente delictuosa o inmediatamente después de haberlo cometido.

Expliquemos esto: la captura del sujeto que esta realizando la conducta comisiva, puede realizarse por cualquier persona, es decir, cualquier ciudadano, o en su caso puede ser capturado o asegurado por una autoridad de cualquier tipo, pero suponemos que debe ser un policía judicial o preventivo o de otro tipo, debemos aclarar que la intervención de una persona ajena a la realización del la conducta comisiva, puede en un caso determinado, provocar que no se consume totalmente la conducta delictuosa y quede esta en grado de tentativa, que sería hasta cierto punto normal. Así también otro momento, y este es cuando el sujeto ya realizó todos los actos materiales comisivos y se consumó el delito, y terminado este, inmediatamente es sorprendido por un tercero o por el propio ofendido o agraviado; seguirá existiendo flagrante delito.

En líneas anteriores invocamos el artículo 16 constitucional en su parte relativa con respecto al punto en comento señalando y estableciendo una excepción a la orden de aprehensión girada por la autoridad judicial, precisamente en los casos de flagrante delito, en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y demás autores poniéndolos sin demora, a la disposición de la autoridad inmediata.

Por su parte las leyes adjetivas procesales de la materia (Código de Procedimientos Penales del fuero Federal y Común) establecen como una obligación para el Ministerio Público y la policía judicial, la aprehensión del delincuente en los casos y excepciones que los mismos establecen en sus artículos 193, 194, 266, 267 y 269 bis respectivamente.

En estos casos, en una obligación para el Ministerio Público y la policía judicial, sin en cambio para el ciudadano es potestativo, aprehender o no al delincuente, esto es entendible, por que los primeros de los mencionados cuentan con los recursos necesarios para hacerlo y los segundos no. Por lo tanto, los primeros incurrirán en responsabilidad administrativa o penal, según el caso concreto y, los segundos no incurren en ninguna responsabilidad, aunque si tienen la obligación de denunciar la conducta ilícita de que tienen conocimiento.

Al respecto al artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales señala: "En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indicado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.

Se considerará que hay delito flagrante cuando el indiciado es detenido en el momento de estarlo cometiendo, o si, inmediatamente después de ejecutado; el hecho delictuoso: a.-) aquél es perseguido materialmente b.-) alguien lo señala como responsable y se encuentra en su poder el objeto del delito o indicios que hagan presumir fundamente su intervención en la comisión del delito.

Por su parte, el artículo 266 del Código Adjetivo Procesal para el Distrito Federal señala: "El Ministerio Público y la Policía Judicial a su mando están obligados a detener al responsable, sin esperar a tener orden judicial, en delito flagrante o en caso Urgente".

Y el artículo 267 del mismo Código establece: "existe delito flagrante, no sólo cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo, sino cuando, después de ejecutado el hecho delictuoso, el inculpado es perseguido materialmente o cuando en el momento de haberlo cometido, alguien lo señala como responsable del mismo delito, y se encuentra en su poder el objeto del mismo, el instrumento con que aparezca cometido o huellas o indicios que hagan presumir fundamente su culpabilidad"[57]

En los artículos anteriormente precitados encontramos el fundamento legal para la aprehensión del delincuente en flagrancia. Sin embargo, podemos hacer la siguiente observación ambos códigos, no expresan si se deberá tratar de delitos perseguibles de oficio o de querella, por lo que debemos entender que procede la aprehensión del delincuente en flagrante delito, sin importar si es perseguible de oficio o de querella de parte, ya que la detención se realiza por la actualización de la conducta delictuosa, es decir, que el delito sea flagrante.

[57] Código de procedimientos Penales para el Distrito Federal. Ed. Porrúa México, 1994.

CUASIFLAGRANCIA

Al lado de flagrancia encontramos dos modalidades de ésta que son la cuasiflagrancia y la presunción de flagrancia; mismas que están contempladas, la primera en la Constitución (Art. 16) y las otras dos en los Códigos procesales antes citados, así como la notoria urgencia, como un caso de excepción a la orden de aprehensión girada por el Juez, que analizaremos mas adelante.

Por lo que podemos clasificar a la flagrancia en:

a) Flagrancia en sentido estricto
b) Cuasiflagrancia; y
c) Presunción de flagrancia

La cuasiflagrancia, podemos definirla como la aprehensión del sujeto activo que es perseguido materialmente, después de haber ejecutado el hecho delictuoso.

Como podemos ver, en ésta hipótesis, el delincuente ya no es sorprendido al momento de estar ejecutando su conducta delictuosa, si no que ésta ya se ejecutó y éste se da a la fuga, pero es perseguido materialmente, esto es físicamente y sin ser perdido de vista, por quien persigue al delincuente que puede ser un particular o un agente de autoridad, de ahí que se diga casi en flagrancia, esto es, casi en el hecho mismo o en el momento mismo de estarlo cometiendo, o después de haberlo cometido. La doctrina acepta esta situación, así como la legislación procesal penal, aunque no en la Constitución, pero tampoco la prohíbe (la persecución material del delincuente después de haber ejecutado el hecho delictuoso), luego entonces, está permitida y máxime cuando se contempla en las leyes procesales penales.

Es importante aclarar, que la flagrancia, como la cuasiflagrancia o la presunción de flagrancia son características externas resultantes de una relación circunstancial, casual, del delincuente con el hecho y no una condición intrínseca del delito.

La presencia del sujeto activo en el lugar del hecho y en el instante de su comisión, es lo que verifica la flagrancia, y por ende su persecución material después de haberlo cometido, o momentos después de haberlo cometido, alguien señala al delincuente, como el responsable de la comisión del mismo, y se encuentra en su poder el objeto material de ilícito, el instrumento con el que los cometió o indicios que hagan presumir fundamente su responsabilidad penal en el evento delictivo; estamos hablando de la presunción de flagrancia, al respecto, el artículo 267 del Código adjetivo penal para el Distrito Federal contempla la presunción de flagrancia al señalar:"... o cuando en el momento de haberlo cometido, alguien lo señala como responsable del mismo delito, y se encuentra en su poder el objeto del mismo, el instrumento con que aparezca cometido o huellas o indicios que hagan presumir fundamente su culpabilidad.

Por su parte, el artículo 193 del Código Adjetivo Federal establece en su inciso b: "...o si, inmediatamente después de ejecutado el hecho delictuoso... alguien lo señala como responsable y se encuentra en su476 0.(2) Que se trate de delitos grav

fundadamente su intervención en la comisión del delito".

Como podemos observar, estamos aquí en el caso de la presumible flagrancia, por que no se le puede llamar de otra forma, no es flagrancia en sentido estricto, por que ya no es sorprendido el sujeto en la comisión de la conducta delictiva, y tampoco es el caso de la cuasiflagrancia, ya que no es una persecución material de delincuente, inmediatamente después de haber cometido la conducta ilícita.

La notoria urgencia: al lado de la flagrancia, la cuasiflagrancia y la presunción de flagrancia, encontramos otra excepción a la orden de aprehensión librada oir autoridad judicial competente; ésta es la notoria urgencia, o como lo expresa la Ley "caso urgente".

Dicha excepción, la encontramos establecida en el artículo 16 Constitucional, al señalar que: "...sólo en casos urgentes, cuando se trata de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indicado puede sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no 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 motivaron su proceder."[58]

De igual forma, dicha excepción se encuentra contemplada en los artículos 193 párrafo segundo última parte, 266 y 268 del Código Federal de procedimientos Penales y del fuero común, respectivamente.

El artículo 268 del Código Adjetivo, define la notoria urgencia en los siguientes términos: "Habrá caso urgente cuando: a) Se trate de delito grave, así calificado por la Ley; b) Que exista riesgo fundado de que el indicado pueda sustraerse a la acción de la justicia y c) Que el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar u otras circunstancias".[59]

[58] Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Ed. Porrúa México. 1994.
[59] Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal Ed. Porrúa México. 1994.

En estos términos, diremos que el Ministerio Público tanto Federal como del fuero común y la Policía Judicial a su mando tienen la obligación de detener al responsable de un delito, sin esperar a tener orden judicial en el caso de notoria urgencia, cuando no haya en el lugar autoridad judicial facultada para emitir la orden de aprehensión, se trate de delito grave y que exista riesgo fundado de que el indicado pueda sustraerse a la acción de la justicia.

En conclusión son tres los requisitos que se deben satisfacer para proceder a la detención de un sujeto, frente a un caso de notoria urgencia:

a) Cuando por la hora o por la distancia del lugar en que se practica la detención no exista juez penal que pueda obsequiar la orden de aprehensión. Para ello, deberá tomarse en cuenta el horario de labores de los juzgados; además, el tiempo a utilizar en recorrer la distancia para llegar a éstos.

b) Que existan serios temores de que el responsable se sustraiga a la acción de la justicia. Circunstancia que deriva de que el delincuente no tenga un domicilio fijo en un lugar determinado, o bien, en el lugar donde fue aprehendido; que haya hecho del delito un medio de vida; si fue necesario presentar al indiciado, ya que hizo caso omiso a los citatorios que le fueron girados y por lo tanto, de dejársele libre realizaría las acciones necesarias para ocultarse a la acción de la justicia; que por los eventos desarrollados por el indiciado se haya dañado bienes jurídicos con las mas severas penas evidenciándose de ésta manera un desprecio absoluto a los valores sociales humanos mas protegidos por el derecho, manifestándose la alta peligrosidad del sujeto activo.

c) Que se trate de delitos graves así señalados por la ley. Lo anterior se funda en el interés que tiene el Estado de proteger a la sociedad; es decir, el bienestar social debe cuidarse por encima del interés particular.

Desde el punto de vista Constitucional, son tres los requisitos que deben reunirse para que se de la notoria urgencia: los cuales deben coincidir para que se considere que existe la figura señalada:

1) Que por razón de la hora, lugar o circunstancia, no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial que pueda expedir la orden de aprehensión correspondiente.
2) Que se trate de delitos graves señalados expresamente por la ley; y
3) Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia.

En el primer punto, cuando no haya autoridad judicial en el lugar por la hora de la detención; esto es, cuando debido a la hora no existan juzgados penales en posibilidad de librar una orden de aprehensión, (después de las 15:00 horas de un día y antes de las 9:00 horas del día siguiente) siempre que se den las circunstancias siguientes:

a) Que la averiguación previa esté completamente integrada.
b) Que el detenido sea puesto a disposición de la autoridad judicial a la primera hora hábil en que se encuentre laborando el juez correspondiente y de acuerdo al plazo de 48 horas señalado en el artículo 268 bis del Código Procedimental Penal para el Distrito Federal.

Por lo que hace a los delitos graves señalados expresamente por la ley, como requisito para [decretar la detención de un sujeto responsable de un delito] se funda en el interés que tiene el Estado de proteger a la sociedad, esto es, el bienestar de la sociedad, mismo que debe cuidarse y prevalecer por encima del interés particular.

El tercer punto ya lo comentamos ampliamente en líneas anteriores.

2.6 APRHENSIÓN, DETENCIÓN Y PRESENTACIÓN

"En el procedimiento penal, la libertad del indiciado se restringe en uso de diversos medios. Así desde la aprehensión (aprehensión, del latín prehensia, es la acción que consiste en prender, coger o asegurar), que resulta de la flagrancia, y sus modalidades (caso en el que cualquier persona, puede aprehender al delincuente) o de casos urgentes en la que actúa la autoridad administrativa (Ministerio Público) artículo 16 Constitucional; o hasta la aprehensión en sentido estricto, y que resulta de una mandamiento de autoridad judicial competente (en términos del artículo 16 Constitucional) y cuya ejecución competente exclusivamente a la policía judicial. Por otra parte. En cuanto a los estados de privación de la libertad durante el proceso, se distingue entre la simple detención y la prisión preventiva. Esta última consecuencia, del auto de formal prisión y posee jurídicamente, naturaleza diversa a la prisión penal, que deriva de la sentencia condenatoria....[60]

Antes de continuar con el análisis de aprehensión y detención; es necesario dejar claros sus acepciones o significado.

Estos términos sueles ser utilizados como sinónimos, sin embargo son distintos. Por aprehensión debemos entender, el acto mismo de atrapar, prender, asir, coger al sujeto que ha cometido una conducta prohibida por la ley penal, el hecho material del apoderamiento de la persona. Y la detención en cambio es un estado; el estado de privación de la libertad que sigue inmediatamente a ese aseguramiento y termina con el auto de formal prisión o la libertad por falta de méritos para procesar.

[60] García Ramírez y Adato de Ibarra, Prontuario del Proceso Penal mexicano. Ed. Porrúa, 3a. ed. Méx. 1984, p. 78.

Esta afirmación última es importante también aclararla ya que, si bien, al sujeto activo del delito (detenido) se le dicto auto deformal prisión por el Juez, obviamente seguirá detenido, es decir, en ese estado de privación de su libertad, solo que con una situación jurídica distinta, detenido en prisión preventiva, para efectos de seguírsele proceso, en consecuencia el estado de detención en estricto sentido empieza inmediatamente después de la aprehensión, hasta que se dicte sentencia condenatoria o absolutoria. Por tanto, debemos entender que orden de aprehensión, es un acto o facultad que tiene el Juez, por virtud de la cual ordena la aprensión de un inculpado.

En este sentido, el artículo 16 Constitucional señalaba antes de su reforma: "No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, sino por autoridad judicial..." (observese el error técnico, ya que el órgano jurisdiccional únicamente libra ordenes de aprehensión.

Con la nueva reforma (agosto de 1993) se subsana el error y se establece que "no podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial, observemos que ya se suprimió la palabra "detención" en este párrafo.

Nuestra carta fundamental al igual que las leyes adjetivas procesales de la materia (Código de Procedimientos Penales del fuero federal y común para el Distrito Federal) establecen como una obligación para el Ministerio Público y la Policía Judicial la detención del indiciado en los casos y excepciones que las mismas señalan; situación que analizamos anteriormente.

Por su parte, el artículo 193 del Código Adjetivo Federal apunta" "En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado..."

Al igual que el artículo 16 Constitucional en su parte relativa, el artículo 193 incurría en el mismo error técnico al hablar de detención. Por ejemplo el artículo 194 señalaba: "... Se entiende que el delincuente es aprehendido (observese que aquí si se usa la palabra apropiada) en flagrante delito no solo cuando es detenido (vuelve a incurrir en el error técnico) en el momento de estarlo cometiendo, dicha cuestión ya es subsanada con las reformas procesales en ambos códigos del fuero común como federal.[61]

Fuera de los casos ya señalados, es decir, tratándose de delitos flagrantes, cuasiflagrantes o urgentes; ninguna persona o autoridad tiene facultad para aprehender a un delincuente solamente con mandato judicial de autoridad competente para expedirla; misma que establezca la responsabilidad penal de dicho sujeto en la comisión de un delito; es decir, uno de los requisitos que previamente se deben satisfacer en el procedimiento penal es la existencia de la averiguación previa, en virtud de la función investigadora del Ministerio Público, por ser de acuerdo al artículo 21 Constitucional, el titular del ejercicio de la acción penal.

En este sentido, el artículo 16 Constitucional contiene los requisitos para librar una orden de aprehensión: "No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia, acusación o querella de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionada cuando menos con pena privativa de libertad y existen datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

[61] Reformas publicadas en el D. O. F. el 10 de enero de 1994.

Al igual que el artículo 16 Constitucional ante de la reforma y en su parte relativa, el artículo 193 incurrían en el mismo error técnico al hablar de detención.

Por ejemplo, el artículo 194 señalaba: "Que para los efectos de la fracción I del artículo anterior se entiende que el delincuente es aprehendido (obsérvese que aquí si se usa la palabra apropiada) en flagrante delito no solo cuando es detenido (vuelve a incurrir en el mismo error técnico) en el momento de estarlo cometiendo, "dicha cuestión ya es subsanada por la reforma procesal en ambos códigos del fuero común como federal"[62]

Fuera de los casos ya señalados; es decir, en tratandose de delitos flagrantes, cuasiflagrantes o urgentes; ninguna persona o autoridad tiene facultad para aprehender a un delincuente solamente con mandato judicial de autoridad competente pata expedirla; misma que establezca la responsabilidad penal de dicho sujeto en la comisión de un delito, es decir, uno de los requisitos que previamente se deben satisfacer en el procedimiento penal es la existencia de la averiguación prévia, en virtud de la función investigadora del Ministerio Público, por ser de acuerdo al artículo 21 Constitucional, el titular del ejercicio de la acción penal.

Aunque constitucionalmente no está contemplada la solicitud del agente del Ministerio Público, es un requisito sine cuan non para que el juez libre la orden en comento. Si bien dicho requisito como ya dijimos no lo contempla la constitución, si lo señalan las leyes adjetivas procedimentales tanto federal como del fuero común para el Distrito Federal.

[62] Reformas publicadas en el D. O. F. el 10 de enero de 1994.

Art. 132 del Código de Procedimientos Penales del fuero común: "Para que el juez pueda librar una orden de aprehensión se requiere: que el Ministerio Público haya solicitado la detención; y que se reúnan los requisitos fijados por el artículo 16 Constitucional".

Artículo 195 Código Federal Procesal: "Cuando estén reunidos los requisitos del artículo 16 constitucional, el tribunal librará orden de aprehensión, rehaprensión o comparecencia, según el caso, contra el inculpado, a pedimento del Ministerio Público".

Para que el Ministerio Público este en aptitud puede librar orden de aprehensión; es necesario que haya ejercitado previamente acción penal.

Quiere decir que oficiosamente el Juez no puede librar orden de aprehensión; sino hasta que el Ministerio Público lo pida.

La orden de aprehensión, es un mandato judicial por medio del cual se ordena a la policía judicial la aprehensión de un inculpado para asegurarlo en un lugar y cumplir con determinadas finalidades procesales.

"Como la naturaleza del sistema de enjuiciamiento adoptado en México, que es el acusatorio, se basa en que el proceso penal debe ser un proceso de partes, en tanto que el Ministerio Público no solicite la orden de detención contra determinada persona el Juez del conocimiento no podrá decretarla de una manera oficiosa. La excitativa, el impulso que el Ministerio Público da al proceso por medio del ejercicio de la acción penal, es el nervio motor, es lo que mueve la actividad jurisdiccional"[63]

[63] Principios de Derecho Procesal Penal, González Bustamante, Juan José. Ed. Porrúa, 8o. ed. México 1985 p. 112

El órgano jurisdiccional esta facultado para librar la orden de aprehensión; ejecutada ésta por medio de la policía judicial, pero si dicho órgano se percata que no se han cubierto los presupuestos generales que establece la constitución (Art. 16); éste no está obligado a decretar tal orden; aún siendo solicitada por el Ministerio Público; el cual previamente debe satisfacer los requisitos legales establecidos. De tal manera que el juez para decretar dicha orden debe previamente examinar si la autoridad administrativa en el período de averiguación previa y diligenciando ésta, satisfacen los requisitos legales que funden su petición; en caso contrario el juez no esta obligado a decretar la orden.

La detención, como privación de "La libertad que se impone a una persona a quien se presume responsable de un delito, en términos generales, debe ser resultado de un mandamiento fundado y escrito, que emane de la autoridad jurisdiccional. Es un acto que procede cuando el delito imputado a la persona merece sanción corporal"[64]

Continuando con el análisis de nuestro tema abordaremos ahora el término presentación, al respecto el doctor Sergio García Ramírez señala: "La potestad jurisdiccional implica una vocativo sobre las personas, esto es, una facultad de llamarlas ante el juzgador, sometiéndolas a la jurisdicción. Este poder existe en manos de otros órganos que realizan funciones cuasijurisdiccionales, como es el Ministerio Público en el período de averiguación previa".[65]

[64] Op. cit. p. 112.
[65] García Ramírez, Sergio. Proceso Penal y Derechos Humanos. Ed. Porrúa, 1a. ed. Méx. 1992, p. 61.

Formalmente la orden girada por el agente del Ministerio Público, constituye una orden de comparecencia, en virtud de disponer presentar a una persona a declarar dentro de una averiguación previa y una vez desahogada dicha diligencia el presentado se retira del lugar. He ahí el por que la orden de presentación implica una restricción a la libertad de las personas; no se trata de una privación de la libertad, sino una restricción a la misma decretada no solo por el Ministerio Público sino también por el juez.

Aun cuando la orden de presentación es una limitante a la libertad humana, también cierto es que una vez que la autoridad que ordenó su presencia para el desahogo de ciertas diligencias y cumplimentadas éstas, el presentado procede a retirarse. Dicha restricción es corta o limitada y se sujeta al tiempo de desahogo de la diligencia para lo cual fue presentada; esto es que limita momentáneamente la libertad.

CAPITULO III

3.- LA AVERIGUACIÓN PREVIA Y LAS DETERMINACIONES DEL MINISTERIO PUBLICO EN LA MISMA

3.1. La averiguación Previa.

3.1.1. Concepto.

Se dice que concepto y definición no significan la misma cosa, no obstante suele utilizarse como sinónimos. Lo cual, no debe suceder, puesto que definir, es precisar caracteres genéricos y específicos de las cosas definidas, mientras que el concepto, es según la proposición que tenemos: "Propiedad. atributo o función de la cosa"[1]

Conceptuar una cosa o un hecho es tener un juicio razonado de esa cosa o hecho, es concebir una idea para formar el entendimiento, partiendo de los elementos o partes que lo componen. Por lo que para tratar este capítulo tenemos que partir del concepto de la averiguación previa; parte medular y sustancia material con que trabaja el Ministerio Público.

Hablar del término averiguación en forma aislada o como simple quehacer del ser humano, no tendría razón de ser para concepto de nuestro estudio.

[1] Nicola Abbagnano. Diccionario de Filosofía, Ed. FCE. México 1974. p. 195.

Sin embargo, debemos partir sabiendo qué entendemos por "averiguar", y luego por "previa", posteriormente, en forma conjunta, el verbo y el adjetivo de "averiguación previa".

"Averiguar", es "inquirir la verdad hasta descubrirla"[2], también esta expresión es utilizada como sinónimo de "indagar, investigar, buscar, enterarse ahondar"[3] y por el adjetivo de "previa", debemos entender como "anticipado",[4] o como sinónimo de "anterior, anticipado"[5] o antes de.

Utilizando las descripciones del diccionario podemos definir preliminarmente a la averiguación previa como "la indagación anticipada de la verdad".

Desde el punto de vista jurídico, la averiguación tiene desde luego otra connotación mas amplia, aunque su semántica gramatical ya expresada, le sirve de base para conceptuarla desde el punto de vista jurídico.

[2] Diccionario Larousse de la Lengua Española. Ed. Larousse 1a. ed. 4ta. reimpresión México 1982 p. 52.
[3] Diccionario de sinónimos y antónimos Ed. Bibliografía, 2a. ed. Barcelona, España 1980, p. 62.
[4] Diccionario Larousse, op. cit. p. 457
[5] Diccionario de sinónimos, op. cit. p. 249.

De hecho, para la doctrina procesalista penal mexicana e incluso comparada, no existe mucha diferencia en su conceptualización, baste citar solo algunos.

El profesor Osorio y Nieto la expresa de la manera siguiente: "como la fase del procedimiento penal, puede definirse a la averiguación previa como la etapa procedimental durante la cual, el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso, el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal".[6]

Por su parte el maestro, Colín Sánchez Guillermo dice 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 permiten estar en actitud de ejercitar la acción penal, debiendo integrar,. para esos fines, el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad".[7]

El Procesalista García Ramírez, señala que la averiguación previa se desarrolla en sede administrativa, Ante el Ministerio Público, se da la primera fase del procedimiento penal mexicano, con ella se abre, pues, el trámite procesal que en su hora desembocará llegando el caso, en sentencia firme.

[6] Osorio y Nieto, Cesar Augusto. La Averiguación Previa. Ed. Porrúa, 6a ed. México. 1992, p. 2.
[7] Colín Sánchez, Guillermo, Derecho mexicano de Procedimientos Penales. Ed. Porrúa, 12 ed. México 1990 p. 253.

No es posible, sin embargo, desencadenar de cualquier manera la averiguación previa, para que ésta tenga arranque; es menester que se satisfagan los llamados requisitos de procedibilidad, entendidos éstos como condiciones o supuestos que es preciso llenar para que se inicie jurídicamente el procedimiento penal".[8]

Este mismo autor, junto con Victoria Adato de Ibarra, dice que "la averiguación previa, especie de instrucción administrativa, procura el esclarecimiento de hechos —corpus criminis— y de participación en el delito —probable responsabilidad—. Se desarrolla ante el Ministerio Público, que sólo después deviene en parte procesal. Comienza con la noticia del crimen obtenida por la denuncia o la querella, y culmina con el ejercicio de la acción penal o la resolución del archivo".[9]

Por nuestra parte consideramos que la averiguación previa es: El conjunto de actos procedimentales investigatorios que realiza el órgano administrativo llamado Ministerio Público, previa denuncia, acusación, o querella de parte ofendida, con objeto de acreditar los elementos del tipo penal y la presunta responsabilidad y estar en posibilidad de ejercitar o abstenerse de la acción penal, según el caso, ante el órgano jurisdiccional penal.

[8] García Ramírez, Sergio. Derecho Procesal Penal. Ed. Porrúa. 3a. ed. México, 1980. p. 378.
[9] García Ramírez, Sergio. prontuario del proceso Penal Mexicano. Ed. Porrúa. 3a. ed. México 1984. p. 22.

El autor procesalista Fernando Arilla Bas, se manifiesta en el sentido de sostener que la fase persecutora, también llamada de diligencias de policía judicial, es el período de preparación de ejercicio de la acción penal, teniendo por objeto el de reunir los requisitos exigidos por el artículo 14 de la Ley Fundamental".[10]

No es posible concordar con los autores que señalan que la averiguación previa es fase preparatoria del ejercicio de la acción penal, ya que ésta forma parte de aquélla, es decir, la abarca, en el sentido de que concluye con el inicio de su ejercicio.

Por lo que podemos observar que la averiguación, se da como la primera fase o etapa del procedimiento penal. El único titular para iniciar ésta etapa procedimental, lo es por ley, el Ministerio Público, por su naturaleza jurídica. Desde el punto de vista formal dicha etapa es administrativa y desde el punto de vista material es de tipo o jurisdiccional. Debe tener una fase terminal, es decir, ésta debe agotarse y tener una determinación final, ya sea por la consignación, archivo o no ejercicio de la acción; y sólo procederá su inicio mediante, denuncia, acusación o querella de parte ofendida; finalmente consiste en la realización de una parte serie de actos de investigación (diligencias) a fin de cumplir con el objetivo fundamental de acreditar los elementos del tipo penal y la presunta responsabilidad del indiciado, para que en su caso, acreditados éstos dos elementos, ejercitarse o no la acción penal.

[10] Cfr. Arilla Bas, Fernando. El Procedimiento Penal en México. 8va. ed. Ed. Kratos, México, 1981, p. 51

ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA

3.1.2. ANALISIS Y CONSECUENCIAS.

Una vez conceptualizada la Averiguación Previa como conjunto de actos conducentes a la preparación del juicio o acopio de materiales para integrar e iniciar la causa, analizaremos los elementos de ésta y, las consecuencias jurídicas que se derivan de dicho período procedimental.

El primer elemento que encontramos, es que con ella se inicia el procedimiento penal, es decir, constituye la primera etapa, requisito "sine cuanon" sin la cual el órgano jurisdiccional penal no podrá iniciar un proceso penal en contra de un inculpado que ha sido puesto a su disposición mediante el ejercicio de la acción penal.

Algunos autores diferencían lo que es el procedimiento del proceso en sentido escrito, al señalar por ejemplo; el procesalista Cipriano Gómez Lara, que el procedimiento es "la forma de actuar, conjunto de formas de actuar, en tanto que el proceso es un conjunto de procedimiento... y resulta evidente que el proceso es un conjunto de procedimientos, pero también lo es que todo procedimiento no es necesariamente procesal, por lo que cabría formular la siguiente interrogación: ¿cuándo un procedimiento es procesal? Pensamos que un procedimiento es procesal cuando se encuentra dentro del proceso y posee la nota o característica de proyectividad que identifica a los actos procesales".[11]

[11] Gómez Lara, Cipriano, Teoría General de Proceso, 1a. ed. Ed. UMAN México, 1974, p.

Alcanzá Zamora y Castillo, manifiesta que "los terminos proceso y procedimiento se emplean con frecuencia, incluso procesalistas eminentes, como sinónimos o intercambiables, conviene sin embargo, evitar la confusión entre ellos, por que si bien todo proceso requiere para su desarrollo un procedimiento, no todo proceso es un procedimiento... el proceso se caracteriza por su finalidad jurisdiccional compositiva del litigio, mientras que el procedimiento (que puede manifestarse fuera del campo procesal, cual sucede en el orden administrativo o legislativo) 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 (vgr. procedimiento incidental o impugnativo). Así pues mientras la noción de proceso es eminentemente teleológica, y el procedimiento es de índole formal..."

Entonces las actuaciones dentro de la averiguación previa constituyen parte del procedimiento procesal penal, aunque su naturaleza dentro de esta primera etapa son de tipo administrativas [12]. Como veremos mas adelante.

Luego entonces, ningún inculpado de una conducta presumiblemente delictuosa podrá ser puesto a disposición de un Juez penal, si antes no se le ha integrado una averiguación previa, lo que significa que sólo mediante ésta se podrá excitar al jurisdiccional, siempre y cuando haya sido consignado dicho inculpado.

[12] Algunos autores (Colín Sánchez, Guillermo, Juan José González Bustamante, etc.) señalan que el procedimiento penal se divide en averiguación previa, instrucción, juicio y ejecución.

Segundo elemento; el único órgano constitucional facultado para iniciar e integrar una averiguación previa es el Ministerio Público. Esto deriva del artículo 21 y 102 Constitucional donde se concede el monopolio del ejercicio de la acción penal al ministerio Público: artículo 21: "...la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público...", artículo 102: "...incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución ante los tribunales de todos los delitos del orden federal..." y como para hacer una diferenciación clara el mismo artículo 21 constitucional establece que"... la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial..."; separando éstas dos funciones, en la persecución del delito y del delincuente (Ministerio Público) y para la otra juzgar e imponer las sanciones que se derivan de la comprobación de la conducta delictuosa (juez penal).

El tercer elemento es una cuestión que deberá todavía ser muy discutida, ya que es una reflexión que se hace reformado elementos del Derecho Administrativo.

En el capítulo precedente, establecimos que el Ministerio Público es un órgano administrativo, dependiente del Poder ejecutivo, por lo que sus funciones formalmente son administrativas, pero que sin embargo, algunas funciones (dictar una orden de detención, artículo 266, 267 del Código Procesal Penal para el Distrito Federal) son materialmente jurisdiccionales, no obstante, están contempladas en la Ley.

La averiguación previa abarca desde que el Ministerio Público tiene conocimiento de la noticia de una conducta delictuosa hasta que consigna el expediente ejercitando acción penal y, dentro de este período, el Ministerio Público en uso de sus facultades legales realiza una serie de funciones a través de diligencias investigatorias de naturaleza administrativa, pero también jurisdiccionales.

De igual forma, el juez realiza diligencias de averiguación previa, aunque no propiamente una averiguación previa, ya que como dijimos, dicha función solo corresponde al Ministerio Público.

Las diligencias averiguatorias que realiza el juez las hace a pedimento del Ministerio Público, las realiza una vez que le ha sido consignado el asunto, y éste lo ha radicado dándole un número a la causa penal. Estas diligencias averiguatorias se dan dentro del período de 72 horas, para que el juez tome la declaración preparatoria y dicte el auto de término Constitucional (formal prisión o libertad por falta de méritos para procesar)

Ejemplo de estos tenemos: la propia declaración preparatoria del inculpado, los interrogatorios de la defensa y del Ministerio Público, el ofrecimiento de testigos de cargo o descargo, según el caso; el desahogo de todas estas diligencias, siguen siendo diligencias todavía averiguatorias, para que el juez tenga plenamente por comprobado el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, requisitos de fondo, para dictar el auto de formal prisión por que de no darse estos requisitos la resolución o auto será de libertad por falta de elementos para procesar.

Luego entonces siendo lógicas estas funciones que formalmente realiza el juez, son jurisdiccionales, no cabe duda, pero desde el punto de vista material, estas diligencias averiguatorias son de naturaleza administrativa porque todavía se están dando dentro de la averiguación previa. Por lo que desde nuestro punto de vista el proceso penal propiamente dicho empieza desde el auto de formal prisión o de sujeción a proceso y el procedimiento penal, con la denuncia, acusación o querella y con éstas la averiguación previa, concluyendo (la averiguación previa) para el Ministerio Público con el ejercicio de la acción penal y para el juez hasta antes de dictar el auto de término constitucional.

El cuarto elemento que encontramos en que la averiguación previa tiene una fase terminal, esto es que no puede quedar inconclusa, una vez iniciada ésta, deberá necesariamente tener una determinación y que puede ser: el ejercicio o el no ejercicio de la acción penal o en su caso, el archivo.

En el primer caso, podríamos decir, que es la regla general, esto es, que la averiguación previa sea consignada ejercitándose acción penal ante el juez una vez acreditados los dos extremos que por ley se exigen; los elementos del tipo penal y la presunta responsabilidad.

En el segundo caso, cuando no se acreditan los dos elementos señalados (elementos del tipo penal y presunta responsabilidad) se propone el no ejercicio de la acción penal, dándose uno, no se da el otro, por lo que para proponer el ejercicio de la acción; penal tendrán que darse necesariamente los dos requisitos, de no ser así se tendrá que determinar el no ejercicio de la acción penal.

En el tercer caso, el archivo de la averiguación previa, se determina cuando se han agotado casi todas las diligencias, pero no es posible momentáneamente continuar con la investigación porque materialmente no se puede localizar al presunto responsable, es decir, no se tiene su ubicación o domicilio, o no se sabe quien es éste, o en el caso de que la diligencia sea de imposible o difícil realización y dado que el expediente no puede estar por mucho tiempo ante el Ministerio Público, se propone ante el órgano técnico interno, la consulta de reserva del expediente.

El quinto elemento, la averiguación previa, para que pueda procederse a iniciar esta, es necesario contar con cualquiera de los requisitos de procedibilidad señalados por la ley: denuncia, acusación o querella según el tipo de delito, por lo que el procedimiento penal mexicano se basa en el sistema acusatorio (Art. 16 Constitucional) por lo que no podría, repito, iniciarse ésta, si previamente no existe el requisito de procedibilidad señalado aunque no tengamos los otros requisitos de procedibilidad como la excitativa y la autorización, ya que estos son necesarios para ejercitar acción penal y para que el juez dicte orden de aprehensión y en su caso el auto de formal prisión, pero no son necesarios para que se inicie la averiguación previa.

Ahora bien es necesario señalar que el Ministerio Público puede iniciar una averiguación previa sin tener la denuncia concreta ya que puede actuar de oficio pero sólo en aquellos casos en que la Ley expresamente señala que para la persecución de un delito se necesita querella necesaria.

Entendemos entonces por denuncia, la comunicación que hace cualquier persona al Ministerio Público de la posible comisión de un delito perseguible de oficio".[18]

Al respecto, el artículo 116 del Código Federal de Procedimientos penales señala: "...toda persona que tenga conocimiento de la comisión de un delito que deba perseguirse de oficio, está obligada a denunciarlo ante el Ministerio Público..."

[18] Cfr. Osorio y Nieto, Cesar Augusto. La averiguación previa. p. 7.

Por su parte, el Código de procedimientos penales para el Distrito Federal, en el artículo 262, establece: "...la averiguación previa no podrá iniciarse de oficio en los siguientes casos:

I.- Cuando se trate de delitos en los que sólo se pueda proceder por querella necesaria, si no se ha presentado ésta, y.
II.- Cuando la ley exija algún requisito previo y éste no se ha llenado.

La querella, "en el derecho comparado, la voz querella posee una doble excepción, como sinónimo de acción privada y como simple requisito de procedibilidad. En México, donde priva el monopolio acusador del Ministerio Público, la querella es siempre requisito de procedibilidad que se resume en una manifestación de conocimientos sobre hechos delictuosos y una expresión de voluntad a efecto de que se lleva adelante la persecución procesal"[14] Este requisito se plantea en el caso de los delitos privados", para cuya persecución predomina el interés privado sobre el público. Aún cuando dentro de la evolución general del sistema penal mexicano, la persecución privada constituye una fase generalmente superada, razones de política criminal han mantenido cierto ámbito de vigencia de la querella que en ciertas hipótesis tiende a ampliarse".[15]

[14] García Ramírez y Adato de Ibarra. op. cit. p. 25
[15] Idem, p. 25

En conclusión, la denuncia es obligatoria en los casos de delitos perseguibles de oficio, en cambio, en los perseguibles por querella, la facultad es potestativa, el Ministerio Público está obligado actuar de oficio cuando tiene conocimiento de una conducta presumiblemente delictuosa, aunque no exista denunciante o agravio concreto.

Finalmente la averiguación previa, en sentido material, es la conformación de un expediente donde se van acentando por escrito todas las diligencias necesarias según el tipo de delito, empezando por la declaración de quien pone en conocimiento al Ministerio Público del hecho presumiblemente delictuoso y, posteriormente, se van realizando las diligencias investigatorias, también necesarias sin que se tenga alguna limitante, excepto que sean dentro de la Ley, todo lo anterior con el objeto de acreditar dos cosas: los elementos del tipo penal (antes llamado cuerpo del delito) y la probable responsabilidad del indiciado y estar en la posibilidad jurídica de ejercitar la acción penal correspondiente.

Por último, las consecuencias jurídicas que se derivan de instruir una averiguación previa es que se tenga que concluir con un ejercicio de la acción penal, es decir, consignar el expediente como al presunto responsable ante el juez; un no ejercicio de la acción penal, que constituye en la práctica un archivo administrativo y finalmente, el archivo de reserva de esa averiguación previa.

Por otra parte, otra consecuencia jurídica que acarrea el inicio de una averiguación previa es la que establece una relación jurídica entre el denunciante, querellante, el Ministerio Público y el indiciado, esto es que el Ministerio Público deberá estar requiriendo al denunciante o querellante para que le aporte datos o indicios o sospechas para ir integrando la indagatoria y al indiciado también tendrá que requerirlo mediante los procedimientos legales para que comparezca a declarar en relación con los hechos que se le imputan, excepto claro, ésta en el caso de flagrante delito.

De igual forma, el Ministerio Público se hace responsable administrativa y penalmente en su caso, cuando de la averiguación previa resulte el ejercicio de la acción penal y éste no la ejercita, o la inversa, cuando no es procedente el ejercicio de la acción penal y el Ministerio Público ejercita y, si el Juez considera que no hay lugar a la orden de aprehensión, o al auto de formal prisión, etc. el supuesto indiciado puede recurrir en queja ante la Contraloría Interna de las procuradurías tanto del Distrito Federal como de la General de la República, según el caso.

3.2 LA ACCIÓN PENAL

3.2.1 Nociones generales.

La palabra acción, tiene muchísimas acepciones, desde entendida como movimiento o actividad corporal, hasta cada una de las partes en que divide y representa el capital de una empresa, o en materia de la física, concepto importante en la ley de la acción y la realización o en la ley de las acciones de las masas, leyes newtianas, etc.

La palabra acción, proviene del latín "agere" que significa obrar, y en su acepción gramatical, significa "toda actividad o movimiento encaminado a determinado fin"[16]

"En su sentido jurídico, acción es la manera de poner en marcha el ejercicio de un derecho".[17] Por lo mismo, la acción debe entenderse en su sentido esencialmente dinámico; es el derecho de obrar y está constituído "por el acto o conjunto de actos por los cuales se recurre al poder jurídico para obtener que le preste fuerza y autoridad al derecho".[18]

[16] Diccionario Enciclopédico Ilustrado Océano Uno. Ed. Océano, edición 1991. p. s/n.
[17] González Bustamante, Juan José, principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. Ed. Porrúa, 8va. ed. México 1985, p. 36
[18] Idem. pp. 26-36

El concepto de acción, es una de las preocupaciones y uno de los temas que ha venido complicando a todos los teóricos procesalistas, de tal suerte que no se han puesto de acuerdo todavía, por lo cual, cada autor da un concepto distinto y, por supuesto, definirla resulta un tanto escabroso.

Se han elaborado diversas teorías de la acción[19] y desde luego no es lo mismo la acción de tipo civil que la de tipo penal, pues la primera, el titular lo es un particular quien la puede o no hacer valer ante el tribunal y, la segunda es eminentemente pública y obligatoria para el órgano del Estado denominada Ministerio Público, es decir, la primera es potestativa en tanto que la segunda es obligatoria.

Existe la tendencia de darle un significado y un contenido cada vez mas abstracto para distinguirlo de aquello que constituye su objeto

En el Derecho procesal, constituye uno de los conceptos fundamentales al lado de los de jurisdicción y proceso, incluso diferencían y distinguen la acción, el derecho subjetivo y la pretensión, aunque los tres conceptos se encuentran en planos diversos y existe una íntima relación y una estrecha interdependencia.

[19] Cipriano Gómez Lara en su obra Teoría General del Proceso, p. 119, señala 5 teorías a saber: Teoría de acción como tutela concreta; como derecho a la jurisdicción; como derecho potestativo; como derecho abstracto de obrar; y como instancia proyectiva.

"Así el derecho subjetivo es algo que se tiene o que no se tiene, y por el contrario, la pretensión es algo que se hace o no se hace, es decir, la pretensión es actividad, es conducta. Es claro que de la existencia de la pretensión se puede llegar a la acción como una de las formas de hacer valer la pretensión".[20]

González Bustamante, señala que en la teoría clásica la acción se confunde con el derecho subjetivo, que como relación de derecho material se hace valer en el proceso. Tener acción, es tener un derecho determinado y, ejercitar la acción importa ejercitar un derecho".[21]

Finalmente diremos que no pretendemos discutir aquí la multitud de teorías que existen en torno del concepto de acción, sólo baste señalar que existen diversas y variadas, que la doctrina no termina de discutir ésta cuestión y, de acuerdo con los maestros Cipriano Gómez Lara y Guillermo Colín Sánchez, en el que el primero define la acción: "como el derecho, la potestad, la facultad o actividad, mediante el cual un sujeto de derecho provoca la función jurisdiccional";[22] y el segundo, con un sentido pragmático señala que "la acción es un concepto que puede darse en varias esferas del derecho. Para precisar a cuál de éstas corresponde, deberá tomarse en cuenta la norma violada, de tal manera que al infringir una disposición civil, esto dará lugar a la acción civil y cuando se trate de una norma de derecho penal substantivo se estará en el caso de la acción penal".[23]

[20] Gómez Lara, Cipriano. op. cit. p. 15
[21] Cfr. González Bustamante, Juan José Principios de Derecho procesal. op. cit. p. 36
[22] Gómez Lara, Cipriano, op. cit. p. 98
[23] Colín Sánchez, Guillermo, Derecho Mexicano, op. cit. p. 229.

El mismo autor citado, señala de manera general algunas características para diferenciar una de otra: la acción civil está a cargo de la parte lesionada, ya sea de un particular o una persona moral, el daño causado es moral y material; empero, como el orden material afecta el patrimonio de las personas, procede el desistimiento, la transacción o la renuncia, en consecuencia, esencialmente tiene un fin restaurador.

La acción penal es pública, surge al nacer el delito; está encomendada generalmente a un órgano del Estado y tiene por objeto definir la pretensión punitiva, ya sea absolviendo al inocente o condenado al culpable a sufrir una pena de prisión, una sanción pecuniaria a la pérdida de los instrumentos del delito, etc.

3.2.2. CONCEPTO, ANALISIS Y CONSECUENCIAS JURIDICAS

Respecto del concepto de la acción penal, la doctrina (sobre todo mexicana) no tiene grandes diferencias, excepto de matices, pero no de esencia o sustancia, ya que de alguna manera todos coinciden en su concepto y sus características.

La acción penal, es la que ejercita el Ministerio Público en representación del Estado y cuyo objeto es obtener del órgano jurisdiccional penal, se pronuncie en una resolución en la cual se declare:

a) Que determinados hechos que previamente fueron consignados y señalados en las conclusiones acusatorias del Ministerio Público, constituyen un delito y está sancionado por la ley penal.

b) Que la conducta delictuosa, es imputable al acusado y por lo tanto éste es penalmente responsable del delito que se le acusa.

c) Que se le imponga la pena correspondiente incluyendo en ésta la reparación del daño causado.[24]

Más concretamente, podemos decir que la acción penal es una acción pública ejercitada en representación del Estado por el Ministerio Público, y cuyo objeto inmediato es provocar al órgano jurisdiccional penal el conocimiento de la causa y en forma mediata obtener una resolución denominada sentencia.

Algunos autores definen la acción penal de la siguiente manera:

[24] Cfr. Pallares, Eduardo, promuario de Procedimientos penales, Ed. Porrúa 12 ed. México 1989, p. 5.

El profesor Alcalá Zamora y Levene, señala que "la acción penal es en la doctrina mas generalizada, el poder jurídico de promover la actuación jurisdiccional a fin de que el juzgador pronuncie acerca de la punibilidad de hechos que el titular de aquella, reputa constitutivos de delito".[25]

Por otra parte el procesalista Luis Eduardo Mesa Velázquez, coincidiendo con la anterior definición señala que: "La acción penal, es la potestad de poner en movimiento la jurisdicción para obtener mediante el proceso, un pronunciamiento judicial sobre un hecho delictuoso o de apariencia delictuosas".[26]

Por su parte El maestro Eugenio Florian, la define diciendo "La acción penal es el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal. Paralelamente, la acción penal consiste en la actividad que se despliega con tal fin".[27]

Como podemos observar, de hecho las definiciones antes expuestas no difieren sustantivamente entre sí, sin embargo de los autores extranjeros, ninguno menciona que el titular de la acción penal lo sea el Ministerio Público, tal vez se deba por que en sus respectivos países no es como en el nuestro, en que constitucionalmente el único titular para ejercitar dicha acción es el Ministerio Público.

[25] Alcalá Zamora, Nieto y Levene, Ricardo. Derecho Procesal Penal, Tomo II, Ed. Guillermo Kraft Ltda., B. Aires 1945

[26] Mesa Velázquez, Luis Eduardo. Detecho Procesal Penal Tomo I Ed. Universidad de Antioquía, Colombia 1963, p. 35

[27] Florian, Eugenio. Elementos de Derecho Procesal Penal Ed. Bosch; Barcelona s/f. p. 173.

En nuestro país, El maestro Juan José González Bustamante, señala que: "La comisión de un delito da origen al nacimiento de la exigencia punitiva y de ésta surge la acción penal que es el deber del Estado de perseguir a los responsables por medio de sus órganos con sujeción a las formalidades procesales. En tanto que la exigencia punitiva corresponde al derecho penal, la acción penal debe entenderse en su sentido procesal".[28]

El Procesalista Colín Sánchez, hace una diferenciación entre acción civil y acción penal, no sin antes advertir que el concepto de acción penal es uno de los mas discutidos en la materia procesal y aunque no existe acuerdo unánime entre los autores para precisarlo, las principales corrientes doctrinarias la consideran como un derecho, como un medio y como un poder jurídico.[29]

"La acción es un concepto que puede darse en varias esferas del derecho; para precisar a cual de éstas corresponde, deberá tomar en cuenta la norma violada, de tal manera que al infringir una disposición civil, esto dará lugar a una acción civil, y cuando se trate de una norma de derecho penal sustantivo se estará en el caso de la acción penal, por ello conviene señalar, aunque en forma general, algunas características de una y otra... la acción civil está a cargo de la parte lesionada ya sea un particular o una persona moral... el daño causado es moral y material; empero como en el orden material afecta al patrimonio de las personas, procede el desestimiento, o la transacción o la renuncia; en consecuencia; esencialmente tiene un fin restaurador... la acción penal es pública, surge al nacer el delito; está encomendada generalmente a un órgano del Estado y tiene por objeto definir la pretensión punitiva, ya sea absolviendo al inocente o condenando al culpable a sufrir una pena de prisión, una sanción pecuniaria, etc.[30]

[28] González Bustamante, Juan José, Principios de Derecho Procesal ob. cit. p. 37
[29] Cfr. Colín Sánchez, Guillermo, Derecho Mexicano de procedimientos Penales op. cit. p. 228
[30] Colín Sánchez, Guillermo, op. cit. p. 229.

En este sentido, la acción penal, considerada como un poder jurídico del Estado que se ejerce a través del Ministerio Público en forma única, está ligada al proceso penal en virtud de que lo envuelve, le da origen y vida; es la fuerza que lo general pues y lo hace llegar a su culminación.

Así mismo la acción penal desde nuestro punto de vista es una función persecutoria que por disposición constitucional (Art. 21) su ejercicio compete única y exclusivamente el Ministerio Público y consiste en perseguir, investigar y consignar con o sin detenido al sujeto al que se le han probado los elementos suficientes como los de la probable responsabilidad y los señalados en el tipo penal.

Solo en estos casos hablamos de acción penal; el hecho de que el Ministerio Público realice otras funciones tales como guardián de la observación que deba hacerse de la ley al aplicarse como en los juicios de adopción, sucesorios, o en los de divorcio y alimentos, etc. éstas funciones no constituyen actos sustantivos y están fuera del ejercicio de la acción penal, por lo que queremos significar, que sí bien se le han venido asignando y ampliando diversas funciones al Ministerio Público, a través del tiempo constituye en cierta forma una desnaturalización en las funciones de éste, toda vez que desde nuestro punto de vista creemos que la función primordial y fundamental del Ministerio Público lo es la persecución de los delitos o en su defecto hacer uso de ese poder jurídico denominado acción penal.

Así también, es necesario diferenciar entre acción penal y ejercicio de ésta: La acción penal es un poder deber jurídico en abstracto, en tanto que el ejercicio de ésta es la concretización de ese poder deber jurídico, es decir, que al consignarse el expediente de averiguación previa con o sin detenido ante el órgano judicial se está ejercitando o accionado ese poder deber jurídico, atribuído constitucionalmente al Ministerio Público.

La Suprema Corte ha sostenido que "basta con la consignación que del reo haga el Ministerio Público, para que se entienda que este funcionario ha ejercitado dicha acción, pues justamente es la consignación lo que caracteriza al ejercicio de dicha acción, a reserva de que después y ya como parte dentro de la controversia penal, el Ministerio Público promueve y pida todo lo que a su representación corresponda"[31]

Con posterioridad la Corte emitió otra resolución que sentó jurisprudencia al decir que: "El ejercicio de la acción penal se realiza cuando el Ministerio Público ocurre ante el juez y le solicita que se avoque al conocimiento del caso; y la marcha de esa acción pasa durante el proceso por tres etapas: investigación, persecución y acusación. La primera tiene por objeto preparar el ejercicio de la acción penal que se fundará en las pruebas obtenidas; en la persecución existe ya ejercicio de la acción ante los tribunales y es lo que constituye la instrucción; y en la tercera o sea la acusación, la exigencia punitiva se concreta y el Ministerio Público puede ya establecer con precisión las penas que serán objeto del análisis judicial y, por lo mismo, esta etapa es lo que constituye la esencia del juicio ya que en ella pedirá en su caso, la aplicación de las sanciones privativas de libertad y pecuniarias, incluyendo en estas la reparación del daño, sea por concepto de indemnización o de restitución de las cosas obtenidas por el delito".[32]

[31] Quinta época: Tomo 27, p. 2002 Martínez Inocente.
[32] Sexta época, segunda parte vol. XIV, p. 9 AD, 146/60 Luis Castro Malpica. Unanimidad de 4 votos.

Aparentemente, parecen contradictorias estas dos posturas de la corte, sin embargo creo que la segunda viene a complementar a la transcrita primeramente, en razón de que al ponerse en conocimiento del órgano judicial el expediente de averiguación previa solicitándose se incoe el respectivo proceso penal (consignación) se está ejercitando acción penal, no obstante aun cuando hasta este momento procedimental el Ministerio Público deja de ser autoridad para convertirse en parte procesal durante el proceso, por lo que desde nuestro punto de vista la acción penal no se agota con la consignación, como se puede apreciar en la jurisprudencia antes citada, sino que esta continúa y culmina con la formulación de conclusiones acusatorias del Ministerio Público.

Por otra parte en relación con las características de la acción penal, los autores no se ponen de acuerdo en este aspecto, ya que algunos hablan de características (González Bustamante, Juan José, Principios... pp. 41-42; Sánchez Colín, Guillermo Derecho Mexicano... pp. 229-230; Sergio García Ramírez, Derecho Procesal... p, 185; Pineda Pérez, Benjamín, el Ministerio Público... pp. 118-119) y de principios (Castro y Juventino, El Ministerio Público en México, pp. 53 a 93)[33] incluso en el número de características algunos le señalan cinco, otros seis y en el caso de los principios, hasta once.

No es nuestro interés analizar aquí a todos los autores antes citados, baste señalar que la mayoría coinciden en que son características, y son las siguientes: Público, única, indivisible, revocable e intranscendente.

[33] Castro V. Juventino. Op. cit, p. 55.

Es pública, en contraposición a la privada, esta se rige por el principio dispositivo y la acción penal no, el Estado en uso de sus atribuciones ejercita ésta a través del Ministerio Público, "puesto que se dirige a hacer valer el derecho público del Estado a la aplicación de la pena, al que ha cometido un delito".[34] Es pública, además por la finalidad perseguida y no esta sujeta a criterios de conveniencia o de disposición, ni aun siquiera en aquellos delitos en que se persiguen de parte ofendida o ligitimada

Es única, en virtud de que su ejercicio envuelve en su conjunto a todos los ilícitos que se hubiesen cometido, esto es, que no se da una acción especial para cada delito, su utilidad se da por igual, se da para toda conducta típica de que se trate.

Es indivisible, en razón de que abarca a todos los que han participado en la comisión y omisión de la conducta típica, esto es, que no se ejercita en forma parcial o dividida, ejemplo: en el caso del delito de adulterio, el ejercicio de la acción penal se dará en contra de los dos sujetos activos participantes de la conducta ilícita, no solo sobre la parte que tiene relación de matrimonio con el ofendido querellante, incluso, el Ministerio Público, al formular sus conclusiones, acusatorias pedirá la misma sanción para ambos adulteros, y mas aún en caso del perdón del ofendido dado a una de las partes necesariamente abarcará a los dos activos.

Es irrevocable, esto significa que una vez ejercitada la acción penal por el Ministerio Público ante el órgano jurisdiccional, no puede ser revocada, esto es, el Ministerio Público no esta facultado para desistirse de ella porque no es un derecho potestativo de éste, no actúan a capricho sino su función es obligatoria, pública y en representación de la sociedad, iniciado el proceso penal debe concluir con una resolución.

[34] Castro V. Juventino.Op. cit. p. 55.

Es intranscedente, esta característica significa que la acción penal, es decir su ejercicio no puede trascender mas allá de la persona responsable del ilícito penal y sus bienes, es decir, "sus efectos deben limitarse a la persona que cometió el delito y nunca a sus familiares o a terceros, como en forma absurda y contradictoria señala el artículo 10 del Código penal para el Distrito Federal al establecer: "La responsabilidad penal no pasa de las personas y bienes de los delincuentes, excepto en los casos especificados en la ley".[35]

Finalmente, yo me permitiría agregar dos características mas que contiene la acción penal y estas son: Que es por un lado imprescindible y excitativa y por el otro, pretensiva.

En el primer caso, nos referimos a que sin el ejercicio de la acción penal (consignación) no existe proceso penal, en virtud de que ésta facultad es monopolio del Ministerio Público, por lo que el juez no puede actuar de oficio, lo que significa que solo aquél puede hacerlo, ninguna otra autoridad fuera de ésta podrá hacerlo, y aún mas ejercitada la acción penal, provoca necesariamente la jurisdicción del órgano penal, y toda vez que la acción penal es la que envuelve y da vida al proceso; lo impulsa desde su iniciación y lo lleva hasta su fin. En el segundo caso esta característica se refiere a que la acción penal una vez ejercitada, aspira, pretende o reclama a que el juez penal se pronuncie en el sentido en que lo está solicitando el Ministerio Público en sus conclusiones acusatorias o inacusatorias. Habría que explorar alguna reforma para que pudiera limitar el monopolio de la acción penal por el Ministerio Público, esto es que pudiera establecerse el control jurisdiccional de este órgano, de tal suerte que el ofendido, querellante o víctima del delito pudiese ocurrir al juicio de amparo en caso de que el Ministerio Público determinara el no ejercicio de la acción penal, sea porque no consigna o cuando formula conclusiones inacusatorias, estoy conciente de que en las actuales condiciones jurídicas esta inquietud aun es imposible, sin embargo subrayo que para que se de ésta propuesta, habría que rodearlo de una serie de reformas constitucionales.

[35] Colín Sánchez, G. Op cit. p. 231.

3.2.3. REQUISITOS LEGALES PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL

En la averiguación previa se realiza la preparación del ejercicio de la acción penal, etapa procedimental en que el Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de policía judicial, practicará todas las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar la acción penal, integrando debidamente los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad.

Los requisitos de precedibilidad que debe reunir el representante social, para iniciar una averiguación previa, son las condiciones legales que deben cumplirse, en dicha etapa investigatoria y en su caso ejercitar la acción penal en contra del probable responsable de la conducta típica. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos alude en el artículo 16 como requisitos de procedibilidad: la denuncia, la acusación y la querella.

La acción penal es la atribución constitucional exclusiva del Ministerio Público por la cual pide al órgano jurisdiccional competente, aplique la ley penal a un caso concreto. Sus bases legales las encontramos en la Constitución Política de los 'Estados Unidos Mexicanos, artículos 16 y 21; artículo 2o del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; en los artículos 2 fracción I y 3º inciso B fracción I de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

La acción penal tiene su inicio mediante al acto de la consignación, punto de partida, en el cual al agente Investigador ocurre ante el órgano jurisdiccional y provoca la función correspondiente, para poder llevar al cabo este acto inicial de ejercicio de la acción penal, es necesario reunir los extremos del artículo 16 constitucional referente a los elementos del tipo y la probable responsabilidad.

El corpus delicti: en el derecho de Procedimientos Penales es un concepto de gran importancia, toda vez que la comprobación de la conducta o hecho punible descrito por el legislador y entendido como un todo unitario en los elementos que lo integran, es la base en que se sustentan; el ejercicio de la acción penal sin ello, según criterio de la Suprema Corte de la Nación; no se estaría en condiciones de ejercitar dicho derecho constitucional.

"Tipo delictivo y corpus Delicti son conceptos relacionados íntimamente uno del otro; el primero se refiere a la conducta previamente considerada antijurídica por el legislador y el segundo, a la realización del delito; en consecuencia, para que pueda darse el cuerpo de un delito determinado, deberá existir previamente el tipo delictivo correspondiente.[36]

El Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal, siguiendo el criterio de la Suprema Corte, establece:"Cuando el delito deje vestigios o pruebas materiales de su perpetuación, el Ministerio Público o el agente de la policía judicial lo hará constar en el acta o parte que levante, según el caso, recogiéndolos si fuere posible", artículo 94 del ordenamiento antes citado.

En 1984 el ordenamiento antes citado, reforma el artículo 122, respecto de la definición del cuerpo del delito, con el cual se dio fin a interminable disertaciones doctrinarias, y a variables y diversas opiniones jurisprudenciales para quedar como sigue: "El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite la existencia de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso, según lo determine la ley penal. Se atenderá para ello, en su caso, a las reglas especiales que para dicho efecto previene este código".[37]

[36] Colín Sánchez, Guillermo, Derecho Mexicano de procedimientos Penales. Ed. Porrúa, 12 ed. México 1990 p, 276

[37] Cita reforma al Código de procedimientos Penales para el Distrito Federal D. O. F. 30-1, 94

Con la reciente reforma al precepto legal en comento, que entró en vigor el primero de febrero de 1994, y que quedó redactado en los siguientes términos: "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. Dichos elementos son los siguientes:

I- La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;

II.-La forma de intervención de los sujetos activos; y
III.- La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere: a) las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribuilidad a la acción u omisión; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias de lugar, tiempo, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos y h) las demás circunstancias que la ley prevea".[38]

Como puede apreciarse el cuerpo del delito se integra con el total de los elementos contenidos en el tipo penal, ya sean estos, como los ha denominado la doctrina: objetivos, subjetivos o normativos; es el cuerpo del delito el conjunto de elementos contenidos en el tipo penal en relación a su ejecución y sus circunstancias, lo cual es congruente con el artículo 19 constitucional, de donde provenía el concepto, ya que actualmente dicho precepto habla de elementos del tipo penal.

[38] Cit. Art. 122 Código de procedimientos Penales para el D. F. Ed. Pac, S. A. de C. V., México 1994.

La probable responsabilidad:

Este es otro de los requisitos de fondo exígidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para que proceda legalmente la orden de captura; de detención y el auto de formal prisión, como señalan los artículos 16 y 21, de la carta magna.

Existe probable responsabilidad, cuando hayan elementos suficientes para suponer que una persona ha tomado parte en la concepción preparación o ejecución de un acto típico, por lo cual debe ser sometido al proceso penal correspondiente.

El artículo 13 del Código Penal para el Distrito Federal considera como responsables del delito a: "los que acuerden o preparen su realización; los que lo realizen y si; los que no realizen conjuntamente; los que lo lleven al cabo sirviéndose de otro; los que determinen dolosamente a otro a cometerlo; los que dolosamente presten ayuda o auxilien a otro para su comisión; los que con posterioridad a su ejecución auxilien al delincuente, en cumplimiento de una promesa anterior al delito; y los que intervengan con otros en su comisión previo acuerdo, aun cuando no se pueda precisar el resultado que cada quien produjo".

Ante la diversidad de formas de participación, puede afirmarse que hay presunta responsabilidad cuando existen pruebas o elementos cuyo análisis de conjunto permitan deducir a través de una secuencia lógica que uno o mas sujetos pudieron haberse ubicado en algunas de las situaciones antes mencionadas en relación con los hechos constitutivos en la conducta ilícita. Lo que quiere decir que la existencia de la conducta de acción o de omisión y su adecuación típica normativa, debe constituir un presupuesto lógico para que bajo ese supuesto y dado el caso hablemos de presunta o probable responsabilidad.

Durante la fase de la averiguación previa, para que el Ministerio Público esté en posibilidades de resolver si procede o no la consignación, o en su caso la libertad del sujeto detenido, deberá analizar pormenorizadamente los hechos que consten en actuaciones, así como las pruebas recabadas, porque de no ser así puede darse el caso de que estén integrados los elementos del tipo penal sin que esté demostrada fehacientemente la presunta responsabilidad, en cuya hipótesis el Ministerio Público no podría ejercer acción penal.

El acto de realización ordinaria del Ministerio Público lo es la consignación, aunque no necesariamente, y ésta lógicamente se efectúa una vez que se han agotado todas las diligencias averiguatorias del expediente, de tal suerte que con la consignación se inicia el ejercicio de la acción penal, poniendo a disposición del órgano jurisdiccional todo lo actuado en la mencionada indagatoria, así como los objetos relacionados con la misma y en su caso a las personas, cuando se les ha detenido en flagrante delito o se les ha acreditado notoria urgencia. No obstante pensamos que la consignación no agota el ejercicio de la acción penal sino que, y aún que el Ministerio Público actúa como parte procesal durante el proceso, sería la formulación de conclusiones acusatorias la culminación del ejercicio de la acción penal.

Los fundamentos de orden constitucional para proponer el ejercicio de la acción penal se sustentan en los artículos ;14, 16 y 21 en virtud de que el primero establece los actos de motivación y fundamentación del auto de autoridad, el segundo establece los requisitos para el ejercicio de ésta y finalmente el tercero establece la atribución monopólica del Ministerio Público.

Así mismo, se deberán invocar los artículos: 2o., 3o, 4o., y 10o. y los demás relativos del Código Adjetivo de la materia, toda vez que los primeros establecen las facultades del Ministerio Público y el 10o. establece la competencia del órgano jurisdiccional ante quien se ejercita dicha acción.

También se deberán citar los artículos 1o., 2o., fracción I, 3o., apartado A fracciones I, II, III apartado B fracción I, II, IV, VI, IX, apartado C, fracción IV de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal; así mismo el artículo 16 fracciones I, II, IV (en caso de existir persona detenida) 17 fracciones I, VII, XV, XVI, XVII y XVIII (en caso de consignación sin detenido, en cuyo caso se deberá solicitar la orden de aprehensión al juez) del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

Finalmente es importante señalar que no existen en la práctica formalidades especiales para la elaboración del pliego de consignación, en los casos concretos se utilizan formas impresas (machotes), que facilitan por el exceso de trabajo, formular la consignación mas pronta del expediente, esto es utilizado tanto en la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, como de la General de la República, dichas formas no son obligatorias, sino lo importante es que en el pliego de consignación se deberán expresar los datos de identificación del expediente, una síntesis de los hechos, una relación pormenorizada de todos los elementos de prueba que acrediten los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado; la fundamentación y motivación y finalmente la relación de los objetos que se están poniendo a disposición, de igual manera, las personas detenidas que se relacionan con los hechos, caso contrario, es decir, cuando es consignación sin detenido se solicitan al órgano jurisdiccional obsequie la orden de aprehensión o comparecencia según el delito de que se trate.

3.3 EL NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL Y LA RESERVA DEL EXPEDIENTE

3. 3. 1 EL NO EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL

Es un tanto difícil definir el no ejercicio de la acción penal, sin embargo nos avocaremos a hacerlo. Si por ejercicio de la acción penal entendemos como el acto jurídico en virtud del cual el Ministerio Público consigna con o sin detenido el expediente de averiguación previa ante el órgano jurisdiccional (juez penal), con objeto de someter a su jurisdicción el conocimiento de hechos constitutivos de un delito y presumiblemente cometido por uno o varios individuos por no ejercicio de la acción penal, que es exactamente lo contrario, entendemos la abstención de la realización de ese acto jurídico, la no consignación.

Esta situación es muy común en la práctica, toda vez que es muy socorrido por muchas personas físicas o morales acudir ante el Ministerio Público a formular denuncia o querella de ciertos hechos o conductas que a su juicio particular constituyen delito, por lo que el Ministerio Público por regla general no puede negarse a recibir tal noticia de la que se le está poniendo en conocimiento.

En tal virtud el Ministerio Público, deberá una vez levantada el acta, o recibiendo el escrito de denuncia o querella, empezar a practicar las diligencias investigatorias necesarias para estar en la posibilidad de acreditar los extremos de los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, y en caso de no acreditar estos extremos, el Ministerio Público no ejercitará acción penal; esto en razón de que los hechos denunciados no sean constitutivos de algún ilícito penal.

Por otra parte, la acción penal según el código penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la república en materia del fuero federal, contiene en el título quinto, las causas que extinguen la acción penal, bajo el rubro de extinción de la responsabilidad penal, por lo que entendemos que estas circunstancias señaladas en la ley penal, ordenan legalmente al Ministerio Público para que no ejercite la acción penal, estas son: La muerte del sujeto activo del delito, la amnistía, el perdón, la prescripción y la pronunciación de una nueva ley que derogue el carácter delictivo de una conducta considerada con anterioridad delito.

Así tenemos que la muerte del sujeto activo, prevista en el artículo 91 del Código Punitivo, establece que "La muerte del delincuente extingue la acción penal..."

La amnistía, prevista en el artículo 92 del Código Penal establece que: "La amnistía extingue la acción penal..."

El perdón, previsto en el artículo 93 del Código Penal, establece: "El perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo extingue la acción penal respecto de los delitos que se persiguen por querella..."

La prescripción, prevista por el artículo 100 del Código Penal, establece que: "Por la prescripción se extingue la acción penal".

Finalmente el artículo 117 del Código penal establece que "la ley que suprime el tipo o lo modifique, extingue, en su caso la acción penal...".

Es importante señalar que la extinción de la acción penal, no extingue y la deja expedito el recurso para el supuesto ofendido o víctima del delito por otra vía reclame la reparación del daño que hubiere sufrido. Así mismo en los casos antes señalados también se extinguen las sanciones, excepto lo mencionado anteriormente, es decir la reparación del daño.

Otros casos en que procede el no ejercicio de la acción penal: Art. 3o. Bis Cuando el inculpado actúa en circunstancias que excluye el delito en relación con el artículo 15 del Código Penal, donde se establecen los casos que excluyen el delito.

Cuando de las actuaciones de la averiguación previa, se desprenda fehacientemente que no se acrediten los elementos del tipo penal y la presunta responsabilidad, este es el ejemplo clásico en que se denuncian hechos que "pueden ser constitutivos de algún ilícito penal", en estos terminos procede el archivo del expediente o el no ejercicio de la acción penal.

Ahora bien, como el ejercicio de la acción penal es una facultad constitucional exclusiva del Ministerio Público, si este considera no ejercitar la acción penal, ninguna otra autoridad podrá obligarlo a ejercitar dicha acción penal.

Al respecto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que "el ejercicio de la acción penal compete exclusivamente al Ministerio Público y no a los particulares, de donde se deduce que dicha acción no está, ni puede estar comprendida en el patrimonio de éstos, ni constituye un derecho privado de los mismos; de manera que la abstención del ejercicio de la acción, por el Ministerio Público, aún en el supuesto de que sea indebida, no viola ni puede violar garantía individual alguna"[39]

[39] Quinta época: Tomo XXXIV, p. 2593, Cía Mexicana de Garantías, S.A.

Otra jurisprudencia establece en el mismo sentido que "de acuerdo con el artículo 21 de la constitución el ejercicio de la acción persecutoria es facultad exclusiva del Ministerio Público que representa a la sociedad. Eso obliga a excluir dicha acción del patrimonio privado, sin que obste en contrario cualquiera actitud indebida en que sobre el particular incurra el Ministerio Público, porque en todo caso, esa actitud vulneraría derechos sociales, entre los que se cuenta el de perseguir los delitos, lo que, a lo sumo podría motivar en contra del funcionario infractor de la ley, el consiguiente juicio de responsabilidad, pero no una controversia constitucional, que de prosperar, tendría como resultado que se obligará a la autoridad responsable a ejercitar la acción penal, cosa equivalente a dejar al arbitrio de los tribunales de la federación la persecución de los delitos, que por disposición expresa de la ley suprema queda fuera de sus atribuciones"[40]

Lo anteriormente señalado que es muy importante, toda vez que, de proceder el amparo de la justicia federal ordenado a la autoridad responsable (Ministerio Público) que ejercite la acción penal solicitada por el quejoso en su acto reclamado, al través de su demanda, se estaría violando flagrantemente el principio de la división de poderes establecidos por la ley suprema, al invadir el poder judicial una función que por ley no le compete, sino al poder ejecutivo del cual depende el Ministerio Público.

Para concluir este punto del no ejercicio de la acción penal, es pertinente establecer que este acto jurídico, no puede ser confundido con el acto de la cosa juzgada, toda vez que, el primer acto, es una resolución interna administrativa que realiza el Ministerio Público, que puede en determinado momento y bajo ciertas circunstancias, re abrir la averiguación y proponer el ejercicio de la acción penal, no obstante haber propuesto antes el no ejercicio de la misma y toda vez que el no ejercicio de la acción penal no constituye una resolución definitiva, ni adquiere por ningún motivo la categoría de cosa juzgada.

[40] Quinta época: Tomo LXXII, p. 379, Gutiérrez Anschuo.

Esta última categoría, es pues lo que se conoce como la sentencia firme, y es aquella que no podrá jamás ser revocada ni por los medios ordinarios, ni por el extraordinario de amparo. Incluso el concepto de firmeza es mucho mas amplio que el de ejecutoriedad, ya que la sentencia ejecutoria o ejecutoriada, "es aquella en contra de la cual la ley ya no concede ningún recurso ordinario para su impugnación".[41]

Luego entonces, la sentencia ejecutoriada no puede ser impugnada por ningún recurso ordinario, pero si por un extraordinario (el amparo), la sentencia firme no puede ya impugnarse por ningún otro recurso ordinario o extraordinario.

Como podemos observar, el no ejercicio de la acción penal, ni es una resolución jurisdiccional (sentencia), ni es una resolución que resuelve el fondo de una situación dada, simplemente es una resolución o determinación interna de carácter administrativo realizada por el Ministerio Público en uso de sus facultades constitucionales.

Sin embargo, para concluir, es lógico que existan ciertos casos en que ya se haya determinado el no ejercicio de la acción penal, y que se quiera revocar dicha determinación; ejercitándose positivamente la acción penal, no se podrá hacerlo y estos casos son:

a) Cuando el delito sea de los que se persiguen por querella, y haya mediado perdón del ofendido o del legitimado para hacerlo.
b) Cuando el o los sujetos activos del delito hayan fallecido.
c) Cuando haya prescrito la acción penal y;
d) Cuando se promulgue una nueva ley penal que derogue el tipo penal que existía con anterioridad.

[41] Pérez Palma, Rafael. Guía de Derecho Procesal Penal Cárdenas, Editor, la. ed. México, 1975, p. 307.

3.3.2 LA RESERVA.

Antes de entrar al análisis de la resolución de reserva, creemos conveniente definirla en los siguientes términos: resolución temporal o provisional del expediente de averiguación previa realizado por el Ministerio Público de carácter interno y meramente administrativo y sujeto a condiciones de tipo circunstancial.

Ahora bien, esta guarda del expediente, es decir, su archivo, no puede quedar indefinidamente vivo, o sea, que dicho archivo está sujeto al término medio aritmético de la prescripción, según se trate de tal o cual delito.

En su oportunidad señalamos que el Ministerio Público es el único órgano encargado constitucionalmente de ejercitar acción penal. Pero en muchos de los casos éste órgano está imposibilitado para cumplir con su cometido, esto es, ejercitándo acción penal; por lo que emite otras resoluciones o determinaciones como es la reserva, que no es otra cosa que un no ejercicio de la acción penal.

Esta reserva procede en los casos en que el órgano investigador no cuente con los elementos necesario para ejercitar la acción penal, por ejemplo cuando el probable responsable no se encuentra, o bien, ubicado éste, no se reúnen los elementos que hagan probable su responsabilidad en el evento delictivo.

Es decir, la abstención del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público tiene lugar cuando éste está imposibilitado por cualquier causa para perfeccionar la averiguación previa como puede ser la imposibilidad de practicar diligencias por ejemplo, la declaración de testigos y ésta no se puede llevar acabo; o bien, cuando los denunciantes y/o querellantes no coadyuvante con el Ministerio Público para aportar los elementos necesarios y ejercitar la acción penal.

Ahora bien, esa falta de ejercicio de la acción penal o reserva no viola ninguna garantía individual; de tal manera que tal resolución no da lugar al juicio constitucional de amparo, ya que las resoluciones que emite la autoridad administrativa, no son actos judiciales, y como autoridad administrativa que en, sus actos son meramente administrativos.

En su oportunidad señalaremos que el Ministerio Público es el único facultado para ejercitar la acción penal pero cuando no reúne los elementos necesarios para perfeccionar la averiguación previa, toma otras determinaciones como la que ahora analizaremos; esto es, ésta determinación de reservas es legal cuando del estudio realizado se desprende que no se cuenta con los medios necesario de prueba para cumplir con su cometido, por lo que provisionalmente se opta por archivar dicha averiguación previa, para que cuando surjan los elementos de prueba necesarios, el órgano investigador ejercite la acción penal. Esta determinación de reserva no es a capricho de la institución sino que surge como consecuencia de un estudio de la indagatoria y, al carecer de medios o elementos, se procede a determinar la ponencia de reserva.

3.3.3. OTRAS DETERMINACIONES

Además de la resolución de ejercicio de la acción penal, no ejercicio de la misma y reserva, existen otras determinaciones que el órgano investigador resuelve cuando se encuentra frente a la imposibilidad de continuar con el perfeccionamiento de una indagatoria.

La resolución de archivo tiene lugar cuando, por cualquier naturaleza, el Ministerio Público se encuentra imposibilitado para perfeccionar una averiguación previa y del estudio minucioso y detallado del expediente, se desprende que no existen elementos para acreditar el tipo penal y la probable responsabilidad de una persona, o bien, cuando una vez sometido a su consideración, una narración de un hecho determinado sea de otra naturaleza, pero no de carácter penal.

Ahora bien, ésta determinación de archivo o no ejercicio de la acción penal, tiene lugar cuando el órgano investigador ha observado que no existen datos que hagan suponer la comisión de un hecho delictivo; en este sentido, se determina mandar al archivo una averiguación previa.

Al respecto, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del D.F. señala en su artículo 3o, fracción VI: "No ejercitar acción Penal: a) Cuando los hechos de que conozca no sean constitutivos de delito, conforme a la descripción típica contenida en la ley penal. b) cuando se acredite plenamente que el inculpado no tuvo intervención en los hechos punibles y sólo por lo que respecta a él"

Ya mencionamos que el Ministerio Público tiene una serie de determinaciones en la averiguación previa; determinación de consignación, no ejercicio de la acción penal y/o reserva provisional del expediente hasta en tanto no haya elementos suficientes para estar en condición de integrar la averiguación previa y ejercitar acción penal.

Resolución de incompetencia, es otra determinación emitida por dicho órgano; procediendo este cuando el ministerio público esta conociendo de un hecho del cual no es competente por razón de jurisdicción; por ejemplo, cuando un evento delictivo se cometió en una entidad federativa diferente a la de residencia del órgano que esta conociendo del asunto, en estas condiciones el agente del Ministerio Público investigador determina enviar el expediente de averiguación previa al lugar de su origen o sea, donde se cometio el evento delictivo en virtud de que la conducta comisiva se realizo fuera de su jurisdicción territorial.

En tratandose de delitos del orden federal, en este sentido el Ministerio Público del orden común se declara incompetente para conocer del asunto remitiendo al órgano competente; es decir a la Procuraduría General de la República. La misma situación sucede en los delitos del orden militar.

El artículo 4o. de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal señala: "La vigilancia de la legalidad y de la pronta expedita y recta procuración y administración de justicia comprende:

Fracción I.- La propuesta al Presidente de la República de reformas legislativas en el ambiente de su competencia, necesarios para la exacta observancia de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Fracción II.- La propuesta ante el Presidente de la República de las medidas que convengan para el mejoramiento de la Procuración y de la administración de justicia.

Fracción III.- Poner en conocimiento del Presidente de los Estados Unidos Mexicanos y del tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, los abusos e irregularidades que se advierten en los juzgados y tribunales, que afectan la pronto, expedida y recta administración de justicia;

Fracción IV.- Auxiliar al Ministerio Público Federal y de los Estados de la Federación.

CAPITULO IV

4. LA REFORMA CONSTITUCIONAL AL ARTICULO 16

4. 1. Comentario Preliminar.

El 3 de septiembre de 1993, se publicó en el Diario Oficial de la Federación la reforma al artículo 16 Constitucional, que sin duda constituye una modificación trascendente para los órganos del Estado encargados de procurar y administrar justicia y para los ciudadanos en el respeto y protección de los derechos humanos.

Lo anterior, me obligó a realizar una leve modificación al capitulado del presente trabajo, toda vez que este capítulo cuarto precisamente se llamaba la "necesidad de establecer un término para que el Ministerio Público ejercitara acción penal con persona detenida en flagrante delito". Por lo que nuestra intención para proponer una reforma constitucional, donde se estableciera expresamente un término prudente para que la Institución del Ministerio Público estuviera en posibilidades de integrar y perfeccionar correctamente las indagatorias donde se propusiera dicho acto de excitación al órgano jurisdiccional penal.

Sin embargo, resulta por demás interesante hacer algunos comentarios a tan importante modificación normativa constitucional.

Me parece que dicha reforma, era una necesidad inaplazable, en beneficio de la propia sociedad, adecuando las normas constitucionales, siempre con vistas a la protección de los derechos humanos,. garantías individuales, administración rápida expedita de justicia, tanto en las etapas de investigación de los delitos como durante el procedimiento judicial, y no solo por la reforma al artículo 16, sino también al 19, 20 y 119 de nuestra carta magna.

Nuestro sistema penal se desarrolla sobre la base de las garantías que consagran la Constitución por lo que el Ministerio Público y el órgano juzgador en el ejercicio de sus funciones, no podrán, ni deberán ir mas allá de lo que la Constitución y sus leyes secundarias les permiten, por ende, tampoco los particulares deben de salirse de estos marcos jurídicos, so pena de enfrentar alguna responsabilidad penal o de otra índole.

El primer párrafo del artículo 16 constitucional permanece intacto, no así el segundo el cual presenta el nuevo texto dos modificaciones importantes:

a.-) Se excluye la palabra "orden de detención" y se cambió por "orden de aprehensión" que es un término mas adecuado como ya vimos en el punto 2.7 del capítulo II de nuestro trabajo, dónde sostenemos que ambos conceptos son distintos.

b.-) Asimismo, tampoco se requiere que la denuncia o querella se haga bajo protesta por persona digna de fe, esta situación presenta algunos problemas como por ejemplo si la ley suprema contempla que la denuncia, acusación o querella, según el caso, se haga sin que esté rendida sin previa protesta, significa que dicha noticia o puesta en conocimiento de algún hecho que pueda constituir algún ilícito penal, la podrá hacer cualquier persona y aunque no sean ciertos los hechos que ponen en conocimiento del Ministerio Público, esa persona no incurrirá en el delito de falsedad de declaración ante autoridad distinta a la judicial, lo que no ameritará ninguna sanción de tipo penal; esto nos pareces grave, toda vez que lo anterior permite que se rindan falsamente las declaraciones ante el Ministerio Público; sin embargo, el hecho de que las declaraciones de denuncia acusación o querella se hagan "bajo protesta", no por ese solo hecho la persona habrá de decir exactamente la verdad, lo importante es la sanción que se le podrá aplicar a la persona que declare falsamente; además que entra en contradicción con la ley sustantiva penal en su artículo 247 fracción I, donde se tipifica el delito de falsedad de declaración ante autoridad administrativa. Y que dice el:

Artículo 247 del código penal. "Se impondrá de dos a seis años de presión y multa de cien a trescientos días multa:

Fracción.- I. Al que interrogado por alguna autoridad pública distinta de la judicial en ejercicio de sus funciones y con motivo de ellas faltare a la verdad". Por lo demás quizá lo que queda subsistente sea al delito de calumnias o difamación de honor.

Por otra parte la expresión de "...persona digna de fe...", también nos parece que presenta otro problema, toda vez que esta situación da pie a que cualquier persona sin ningún grado de credibilidad pueda formular acusación, denuncia o querella, ocasionando de entrada algún daño o perjuicio a la persona o personas sobre la que recae la denuncia, acusación o querella.

Por otra parte, también, nos parece que la segunda parte del párrafo que estamos comentando, está redactado con mejor técnica jurídica, toda vez que se plantea que para librarse la orden de aprehensión, además de los requisitos antes señalados, por el delito cometido por el agente, deberá: ..."ser sancionado cuando menos con pena privativa de libertad..." y el anterior texto decía "... que la ley castigue con pena corporal..." creemos que aquí no existe problema, pues sólo es un cambio de redacción que al final de cuentas significa lo mismo.

Lo que si nos parece relevante es la parte final de este párrafo que dice "...y existen datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado".[42]

De acuerdo con Fernando Castellanos, el tipo penal "es una creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales". Y tipicidad es "la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto".[43]

[42] Parte final del artículo 16 constitucional.

[43] Castellanos, Fernando, Lineamientos Elementales del Derecho Penal: 16a. ed. Ed. Porrúa, p. 165.

Para Porte Petit, "La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, que se resume en la formula nullum, crime sine tipo".[44]

"El tipo es para muchos, la descripción de una conducta desprovista de valoración; Javier Alba Muñoz lo considera como descripción legal de la conducta y del resultado y, por ende, acción y resultado quedan comprendidos en él"[45]

Luego entonces, la tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito, de no darse ésta, no se configura el delito.

De ahí que el párrafo en comento viene a dar mayor seguridad jurídica a la persona que se encuentra a disposición del Ministerio Público por un lado y por el otro significa que el juez para dictar la orden de aprehensión, deberá tener por comprobado el "corpus delicti" y la probable responsabilidad, estos dos elementos serán requisitos "sine quanon" para que el Ministerio Público ejercite acción penal con o sin detenido y para el juez libre una orden de aprehensión (caso de consignación sin detenido), so pena de una violación flagrante a la garantía del 16 Constitucional.

Este comentario, viene a colación ya que anteriormente a la reforma el juez podía librar una orden de aprehensión sin que estuviera plenamente comprobado el "corpus delicti", bastaba con que se reunieran los requisitos señalados en el artículo 16 Constitucional para que se obsequiara ésta por el órgano jurisdiccional. A este respecto existe jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dice. Orden de aprehensión para dictarla no es preciso que esté comprobado el cuerpo del delito, sino solo que se llenen los requisitos prevenidos por el artículo 16 Constitucional".[46]

[44] Importancia de la Dogmática Jurídica Penal, 4a. ed. Ed. Porrúa, p. 37.

[45] Op. cit, p. 166.

[46] Quinta Epoca: tomo III, 83 Olvera, José C. tomo IV, p. 540 Navarro, José Trinidad, tomo IV, p. 1233 Guevara J. de la Luz tomo XCIII, p. 621 Nieto, Leopoldo F. XIV p. 128 Molina Ladislao.

"Una vez demostrada la comisión de los hechos considerados como delictivos que la ley castigue con pena corporal, y la existencia de elementos que hagan probable la responsabilidad del indiciado en su comisión, tales elementos bastan para fundar la orden de aprehensión, sin que para el efecto se requiera el establecimiento del tipo delictivo en el que encuadra exactamente la conducta, puesto que la comprobación del cuerpo del delito, solo se requiere al momento de dictar un auto de formal prisión, de acuerdo con el artículo 19 Constitucional.[47]

Respecto del tercer párrafo, debo destacar que este no existía anteriormente en este artículo, sino que se incorpora del artículo 107 fracción XVIII constitucional la cual fue derogada y contenía cuatro párrafos, quedando en el actual párrafo tercero del artículo 16 Constitucional de la siguiente manera:

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

Por lo que hace al párrafo cuarto del artículo 16 Constitucional, diremos que sufre modificación en su redacción, el contenido y esencia es la misma y se refiere a una de las excepciones a la orden de aprehensión girada por autoridad judicial, nos referimos al caso del "delito flagrante", en que cualquier persona puede detener al indiciado cuando se le sorprende en el acto de estarlo cometiendo o inmediatamente después de haberlo cometido y por lo demás, sólo agrega que el detenido en flagrante delito por un particular deberá ser puesto a disposición del Ministerio Público.

[47] Amparo en revisión 616/77 Hero, Arturo Matreeitos Ninolini y coag. unanimidad de votos, 28 abril de 1978, ponente Genaro David Góngora Pimentel, Secretaria: Armida Elena Rodríguez Gelaya. Informe 1978 Tribunal Colegiado del Quinto Circuito, p. 302.

Con relación al párrafo quinto, del nuevo artículo 16 Constitucional, nos parece que tal disposición no es nueva, sin embargo reconocemos que está redactado con mas claridad y mejor técnica jurídica, por que precisan los casos en que el Ministerio Público puede ordenar la detención de un indiciado, y entonces estamos en otra de las formas de excepción a la orden de aprehensión girada por la autoridad judicial, "casos urgentes" o "notoria urgencia", por lo que para que el Ministerio Público ejercite esta atribución deberá fundamentar motivar su proceder, so pena de incurrir en responsabilidad administrativa o en caso penal.

El párrafo sexto, es texto nuevo, y se refiere a la ratificación o rectificación que deberá hacer el juez respecto de la consignación que haga el Ministerio Público una vez que ha consignado al detenido en los casos de flagrancia o notoria urgencia. Por lo que tratando de interpretar al legislador, creemos que pretende que el juez subsane de alguna forma (ya sea ratificando o rectificando la actuación del Ministerio Público una vez que ha excitado al órgano jurisdiccional) la atribución ejercitada por el representante social, cuando éste ha incurrido en la inexacta aplicación de la flagrancia o de la notoria urgencia, pretendiendo además de que se respete la garantía de legalidad del propio artículo 16 Constitucional.

Por lo que hace al párrafo séptimo, que también es un texto nuevo que se introduce al nuevo artículo 16 Constitucional, constituye de alguna manera, la idea central de nuestra pretensión, es precisamente ubicarnos en la propuesta de reforma a la constitución, proponiendo que se establezca un término para que el Ministerio Público pudiera ejercitar acción penal con detenido, ya sea en flagrante delito o bajo la excepción de notoria urgencia.

Por ello es que nos parece trascendente la innovación de éste nuevo párrafo, ya que existía un vacío jurídico respecto a cual debería ser el término para que una persona, probable responsable de haber cometido un ilícito penal, estuviera retenido por el Ministerio Público, y así resolver su situación jurídica. Este párrafo ya nos proporciona el término de 48 horas, el cual podrá duplicarse en aquellos casos en que la ley prevea la existencia de delincuencia organizada.

Sin embargo, el párrafo no aclara a partir de cuando empieza a correr el término, porque sucede con frecuencia en la práctica, que quien efectúa las detenciones es la Policía Judicial y normalmente es ésta la que pone a disposición a las personas detenidas ante el Ministerio Público, muchas veces ilegalmente los retiene en su poder, sin ponerlos inmediatamente a disposición, del represente social o juez correspondiente violando con esto esta garantía y otras, por lo que entiendo que el término de 48 horas empezará a correr a partir del momento en que el Ministerio Público reciba a la persona o personas que son puestas a disposición, sin embargo subyace el vicio, cuando por ejemplo la policía judicial, retiene por un día o mas al indiciado. Por lo que pensamos que la reforma no aclara este punto, tal vez deberá ser la ley procedimental la que resuelva este problema. Por nuestra parte planteamos que el término deberá empezar a correr desde el primer momento en que éste es aprehendido por la policía judicial.

Por otra parte, nos llaman la atención dos términos que desde nuestro punto de vista no están definidos correctamente en nuestra legislación positiva penal, nos referimos al "delito grave" y "delincuencia organizada", sobre todo este último que es un término nuevo en nuestra constitución, no así el primero, ya que éste se señala en dos artículos constitucionales tales como el artículo 22 parte final del tercer párrafo que señala: "... y a los reos de delitos graves del orden militar". Así como el artículo 108 segundo párrafo del ordenamiento citado en el que establece: "El presidente de la República durante el tiempo de su encargo sólo podrá ser acusado por traición a la patria y delitos graves del orden común". Por lo que "la doctrina ha insistido sobre la necesidad de que se define lo que debe entenderse por "delitos graves del orden común" e incluso, ha propuesto soluciones, el constituyente permanente hizo caso omiso y persiste la laguna respectiva".[48]

[48] Orozco Enriquez, J. Jesús, Et. Al, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada, p p. 468 y 469 1a, edición del D. D.F. UNAM y PGJDF. México, 1992.

De este modo, se ha sostenido que los delitos graves son aquellos en los que el indiciado no obtiene el beneficio contemplado en el artículo 20 Constitucional (Libertad caucional), delitos además perseguibles de oficio y que constituyen una ofensa grave a la moral social; o aquellos cuya sanción consiste en la pena de muerte según el artículo 22 Constitucional como la traición a la patria en guerra extranjera, el parricidio, el homicidio calificado, al incendiario, al plagiario, al salteador de caminos, al pirata y a los graves del orden militar; "a aquellos que sean determinados como tales por la constitución o una ley secundaria; o bien que es atribución del Congreso de la Unión el proceder casuísticamente para calificar la gravedad, atendiendo a las circunstancias del caso concreto y al delito cometido"[49]

Por lo que todos los delitos antes citados se encuentran previstos por los artículos 123, 323, 315, 316, 319, 366 y 146 del Código Penal en vigor, así como por los artículos 203 a 205 del Código de Justicia Militar, y sin embargo la imposición de la pena de muerte en nuestro país es mas bien facultativa que obligatorio, ya que ésta ha desaparecido prácticamente de la legislación punitiva, subsistiendo aún solamente en materia militar.

Por lo que respecta a la expresión "delincuencia organizada", decíamos anteriormente que no está definida por nuestra legislación positiva y tampoco lo hace nuestra constitución, por lo que la legislación secundaria habrá de definirla o en su caso la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Por nuestra parte reconocemos que es un tanto difícil el definir lo que es la "delincuencia organizada", sin embargo, señalaremos algunas características que consideramos deben de reunirse para definirla:

[49] Orozco Henríquez, ob cit, p. 469.

1.-) Constituyen un grupo de tres o mas personas que están organizadas de forma permanente para realizar conductas ilícitas.

2.-) Cuentan con jerarquías en su interior, y con cierta o mucha capacidad económica y de infraestructura y logística.

3.-) Su actuación ilícita, rebasa las fronteras o los límites geográficos de una región o territorio determinado.

4.-) Rechazan o mantienen un desprecio por el orden jurídico y social establecido.

5.-) Hacen de la delincuencia su "modus vivendi".

6.-) Representan un alto peligro para la sociedad.

7.-) Su actuar ilícito, produce cierta consternación social, por el impacto, relevancia o cuantía del daño o perjuicio causado.

8.-) No persiguen fines políticos o ideas sociales.

Los subsecuentes párrafos del artículo 16 Constitucional tales como el octavo, el noveno el décimo y el undécimo no fueron objeto de cambio alguno.

4. 2. PRESUPUESTOS NORMATIVOS PARA LA ORDEN DE APREHENSIÓN

Entendemos por presupuestos normativos, la serie de hipótesis o requisitos que deberán darse antes de librarse o ejecutarse una orden de aprehensión, mismo que deberán estar prescritos en la ley.

El principio de legalidad y la garantía de audiencia previa, como derechos del hombre, obligan a la existencia de un juicio para que en la sentencia se pueda afectar la esfera jurídica de los particulares (artículo 14 constitucional, párrafo segundo). Esta regla general tiene excepciones que se comprenden en el derecho penal.

La orden de aprehensión es un acto de autoridad en virtud del cual el juez competente (juez penal) determina la detención de una persona al iniciarse el proceso penal o durante él, sin que exista aún sentencia que determina que se ha cometido un delito y que el inculpado es responsable penalmente.

Para dictar la sentencia, debe consignarse en la averiguación previa que la conducta esta tipificada como delito en la ley, mereciendo o no pena corporal y que existan pruebas que hagan probable la responsabilidad penal del inculpado. Ahora bien, en virtud de la orden de aprehensión, se va a privar de su libertad a la persona contra quien se gira; siendo aquélla una prisión provisional, que puede suspenderse en virtud de la libertad caucional y cuya dirección se inicia desde el momento en que se practicó la detención, hasta que se resuelva la situación jurídica del indiciado. Si la privación de la libertad perdura después de decretada la formal prisión, el acto de autoridad que le da origen ya no será la orden de aprehensión, pues la prisión preventiva dimana de la formal prisión dictada.

El mismo artículo 16 Constitucional en su párrafo segundo establece cuales son los requisitos para que se pueda dictar una orden de aprehensión:

a.-) Debe ser dictada o librada por una autoridad judicial o jurisdiccional.
b.-) Que este procedida por denuncia, acusación o querella.
c.-) Que el hecho este determinado por la ley como delito.
d.-) Que el hecho considerado como delito sea sancionado con pena privativa de libertad.
d.-) Que existan datos que acredite los elementos que integran el tipo penal.
f.-) Que se presuma o exista la probable responsabilidad del indiciado.

A.-) Debe ser librada por autoridad judicial o jurisdiccional.

Primero debemos entender por autoridad, a la "potestad legalmente conferida y recibida para ejercer una función pública, para dictar al efecto resoluciones cuya obediencia es indispensable bajo la amenaza de una sanción, la posibilidad legal de su ejecución forzosa en caso necesario".[50]

Por lo que también se denomina autoridad a la persona u organismo que ejerce dicha potestad.

Por judicial o jurisdiccional,. entendemos por la primera expresión lo relativo al juicio, a la administración de justicia o a la judicatura y jurisdicción como "la actividad del Estado encaminada a la actuación del derecho positivo mediante la aplicación de la norma general al caso concreto".[51]

[50] Pina de Vara, Rafael, Diccionario de Derecho, 9a. ed. E. Porrúa, p. 110.
[51] Idem, De Pina Vara, Rafael, op. cit, p. 316

Esta potestad legalmente autorizada es atribuida a los jueces para administrar justicia, quienes la ejercen aplicando las normas jurídicas generales y abstractas a los casos concretos que deben decidir.

La primera parte del párrafo segundo del artículo 16 Constitucional señala, no podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial... "la Constitución está fundamentando la orden de aprehensión y otorga atribución a la autoridad judicial (juez) Para que la ejerza, sin embargo, serán las leyes secundarias las que normen que tipo de autoridad judicial deberá tener competencia para dictarla.

Al respecto al artículo 1o del Código de procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece las atribuciones de los tribunales penales para el Distrito Federal y sus funciones; una de ella se establece en la fracción I que consiste en:

Fracción I.- "Declarar ...cuando un hecho ejecutado... es o no delito".

Por su parte el artículo 132 del mismo código señala: para que un juez pueda librar de detención contra una persona se requiere:

Fracción I.-) Que el Ministerio Público haya solicitado la detención.
Fracción II.-) Que se reúnan los requisitos fijados por el artículo 16 de la constitución federal.

Por su parte, la Ley Orgánica de los Tribunales tanto del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, como del Poder Judicial de la Federación, establecen, la forma de estructuración y organización de los tribunales, estableciendo las atribuciones a los órganos jurisdiccionales por materia.

Luego entonces, un presupuesto normativo para que pueda ser aprehendido una persona, en que esta orden sea dictada por una autoridad judicial esto es, un Juez Penal.

Por otra parte, es importante también mencionar los requisitos que debe de llenar el acto de autoridad para que tenga validez constitucional la orden de aprehensión.

Decíamos que no bastaba que fuera judicial la autoridad que dictaba la orden de aprehensión; pues además debe ser autoridad competente; ello se desprende de las exigencias mismas del artículo 16 requisitos de todo acto de autoridad.

El acto de autoridad que ordene la aprehensión de una persona, para ser válida a la luz de la carta magna, debe revestir las siguientes formalidades:

a.-) Estar consagrada por escrito y firmada por el órgano que la dicte.
b.-) Ser formulada por autoridad competente.
c.-) Estar fundada y motivada.

a.-) La orden de aprehensión como acto de autoridad debe contenerse necesariamente por escrito, y ser firmada por el titular del juzgado, deberá tener el sello del mismo, además se deberá expresar el número de partida, número de juzgado, la fundamentación y motivación, la persona o personas a quien se ha de aprehender, el domicilio de éstos y su media filiación; además deberá ir dirigida al Procurador General de Justicia correspondiente, lo anterior permitirá examinar si está formulada por autoridad judicial competente. Es el acatamiento del principio de seguridad jurídica que brinda al particular la certeza y le da la posibilidad de defensa. Si no se formula así, el acto de autoridad es inconstitucional.

b.-) Ser formulada por autoridad competente, implica la competencia del órgano del estado a nombre del cual se dicta la orden de aprehensión la cual se estudia a la luz de los ámbitos de la ley que le da facultades al titular para formular el acto de autoridad.

c.-) Fundar el acto de autoridad, es señalar la denominación correcta de la ley y el artículo que la faculta para dictar la orden de aprehensión; motivar, es señalar en el acto de autoridad, que pruebas o razonamientos llevan a la convicción al juzgador, de tener acreditada la existencia del delito y la probable responsabilidad penal por lo que motivar es describir del por qué se aplica la ley al caso concreto.

B.-) Que esté procedida por denuncia, acusación o querella. Otro de los requisitos, sin el cual no podrá el juez dictar una orden de aprehensión, es que con anterioridad al acto de autoridad, exista una denuncia, acusación o querella de parte agraviada, de un hecho constitutivo de delito. Incluso lo es también para que el Ministerio Público inicie una averiguación previa, y en su momento ejercite acción ante el órgano jurisdiccional.

"La común interpretación de los mandatos constitucionales en materia procesal sostienen que, proscrita terminantemente la pesquisa, el procedimiento penal sólo inicia mediante denuncia o querella, entendidas como requisitos de procedibilidad, supuestos a los que algún autor agrega la flagrancia. En éste caso, se entiende que la ley suprema ha empleado la voz 'acusación" (artículo 16 Constitucional) como sinónimo de querella. A su vez, la denuncia es la transmisión de un conocimiento sobre determinado hecho con apariencia delictuosa que cualquier persona hace (o debe hacer) a la autoridad competente. No entraña, como la querella, la expresión de la voluntad de que se persiga el delito. Opera en el supuesto de delitos perseguibles de oficio y es ineficaz en la de los que se persiguen a instancia del legitimado para querellarse (delitos privados").52

De ahí que, de acuerdo a la clasificación de los delitos por su persecución; de oficio o a petición de parte, estaremos en presencia de la denuncia o de la querella necesaria según el tipo e delito.

[52] García Ramírez, y Victoria Adato de Ibarra, Prontuario de derecho procesal mexicano, 3a. ed. E. Porrúa p. 23.

Se ha consensado en la doctrina que los delitos perseguibles de oficio, para los cuales se requiere de la denuncia previa; expresión de la noticia de la comisión de un delito hecha por el agraviado o por un tercero al Ministerio Público, serán sobre aquellos delitos que causan, no sólo agravio al ofendido sino que también se considera agravian a la sociedad, por ejemplo; el homicidio, el robo, la violación, etc.

ahora bien, por el hecho de haber denunciado una conducta presumiblemente delictuosa, simplemente, el denunciante no se convierte en parte ni en la averiguación previa ni en el proceso mismo, y por ello no puede interponer recursos, ni intervenir en el proceso, ni pedir pruebas, ni conocer el sumario, sin embargo, si puede constituirse como coadyuvante del Ministerio Público tanto, durante el proceso, como en la averiguación previa, aunque en ésta última etapa se puede tener mayor intervención, pero sin ser mas que un auxiliar coadyuvante del órgano investigador.

Esto se explica, porqué, como se ha establecido, el único titular de la acción penal es el estado a través del Ministerio Público, quien puede o no ejercitar dicha acción, por tanto, la denuncia constituye un simple requisito de procedibilidad.

En cambio en la querella, el querellante exterioriza una manifestación de voluntad, e interviene con una posición que varía según las fases del enjuiciamiento penal, ya que tanto en la averiguación previa como en el proceso, dependerá de su persistencia para la continuación de los mismos, esto es que a diferencia de los delitos perseguidos de oficio, en las que no opera el perdón del ofendido; en los de querella, el perdón es un elemento exintitivo de la acción penal, hasta antes de que el Ministerio Público adscrito al juzgado formulado conclusiones acusatorias.

En derecho comparado, la voz querella posee una doble acepción: como sinónimo de acción privada y como simple requisito de procedibilidad. En México, donde priva el monopolio acusador del Ministerio Público, la querella es simple requisito de procedibilidad que se resume en una manifestación de conocimiento sobre hechos delictuosos y una expresión de voluntad a efecto de que se lleve adelante la persecución procesal.

Este requisito se plantea en el caso de los llamados "delitos privados", para cuya persecución predomina el interés privado sobre el público. Aún cuando dentro de la evolución general del sistema penal, la persecución privada constituye una fase generalmente superada, razones de política criminal han mantenido cierto ámbito de vigilancia de la querella, que en ciertas hipótesis tiende a ampliarse.

Por otra parte, pensamos que la acusación, encierra ambas expresiones; denunciar y querellarse, toda vez que en términos generales acusar significa "imputar a uno algún delito o culpa [53] e imputar es "atribuir a otro una culpa, delito o acción censurables".[54]

Desde éste punto de vista jurídico-penal, tanto en la denuncia como en la querella, se esta acusando o imputando a alguien una conducta que se presume es contraria a la norma penal.

No obstante, la acusación que se hace en la denuncia, puede ser realizada directamente por el ofendido u agraviado del delito, como por cualquier tercero ajeno al delito, no así en la querella, en que la acusación deberá ser formulada necesariamente por el ofendido o agraciado o por el legitimado para hacerlo, ejemplo: el tutor o curador o los padres de un menor, o incapacitado o en el caso de una persona moral que será el representante legal de la misma.

[53] Diccionario Larousse de la Lengua Española, 4ta. reimpresión Ed. Editores Larousse, México, 1982, p. 10.
[54] Idem, p. 298.

C.- Que el hecho este determinado como delito por la Ley.

La expresión "Hecho determinado" contemplado en el segundo párrafo del artículo 16 Constitucional, debemos entenderla como conducta. Entendiendo, como conducta "el comportamiento humano voluntario, positivo o negativo, encaminado a un propósito".[55]

El delito es ante todo una conducta humana, y a su vez, ésta es un elemento del delito, a este elemento se le ha denominado de diversas formas: acto, acción, hecho. Jiménez de Asúa explica que emplea la palabra "acto", en una amplia acepción, comprensiva del aspecto positivo, "acción y del negativo omisión".

El maestro Dr. Fernando Castellanos Tena, prefiere el término conducta, ya que "dentro del el se puede incluir correctamente, tanto el hacer positivo como el negativo",[56] es decir, dentro del concepto conducta pueden comprenderse la acción como la omisión; esto es; el hacer positivo y el negativo, el actuar y el abstenerse de obras o actuar.

Por otra parte, ésta expresión de "que el hecho esté determinado como delito por la ley", sin duda constituye un principio ya muy conocido por todos, nos referimos al aforismo "nullum crime, sine lege", contemplado también por el artículo 14 párrafo tercero constitucional, que quiere decir no existe crimen sin ley o delito sin ley éste principio resulta de la mayor trascendencia, por que decíamos anteriormente que el delito es una conducta humana, pero no toda conducta humana constituye un delito.

[55] Castellano, Tena, Fernando Tena, Lineamientos Elementales del Derecho penal, 17a. ed., Ed. Porrúa, p. 149.
[56] Ibídem, p. 147.

Por lo que para que una conducta humana, de acción o de omisión, sea considerada como delito, deberá estar previa y expresamente tipificada como tal en una ley penal y decimos esto, por que resulta que también se cometen conductas humanas ilícitas, pero éstas no trasgreden una norma penal, sino civil, laboral, administrativa, etc., y que no necesariamente su sanción deberá ser una de la contempladas por el Código Penal.

Pero todavía mas, esta conducta humana de acción o de omisión, deberá también encuadrar perfectamente en el tipo penal descrito en la ley, esto es lo que se conoce como tipicidad. No debemos confundir, el tipo con la tipicidad, por que el tipo es una creación del legislador, descripción que hace el Estado de una conducta en los preceptos penales; en tanto que la tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto en la norma penal.

Por ello, señala el Dr. Fernando Castellanos Tena, en que, "para la existencia del delito se requiere de una conducta o hecho humano; mas no toda conducta o hecho son delictuosos; precisa, además, que sean típicos, antijurídicos y culpables. La tipicidad es uno de los elementos esenciales del delito cuya ausencia impide su configuración, lo cual significa que no existe delito sin tipicidad".

Luego entonces, también esta conducta típica deberá ser un presupuesto para que se pueda librar orden de aprehensión en contra de quién la haya realizado.

D.- Que el hecho considerado como delito sea sancionado con pena privativa de libertad.

Ya establecimos que la conducta humana o hecho humano para ser considerada delictuosa deberá ser tipificada como tal en una ley penal, o especial que contenga su apartado especial de sanciones penales, (Vgr; la Ley General de salud, la forestal, etc); y que además dicha conducta sea típica, para que sobre la persona que haya realizado esta conducta típica recaiga una orden de aprehensión.

Pero resulta que la ley constitucional, exige que no obstante que la conducta se encuentre tipificada y que sea típica, para librar la orden de aprehensión, se requiere además que esta conducta típica y tipificada sea sancionada con pena privativa de libertad.

La Ley Penal describe muchos tipos, en los cuales la sanción no es necesariamente privativa de libertad, sino que es alternativa, esto que alterna la sanción, prisión o multa, reparación del daño, inclusive la imposición de una medida de seguridad, o trabajo en favor de la comunidad, dependiendo de la realización de la conducta típica.

La ley debe ser clara, y lo es en el caso que nos ocupa, porque el artículo 16 constitucional exige, entre otros requisitos, para dictar una orden de aprehensión, que el delito cometido por una persona, merezca ser sancionado con pena de prisión, y no una sanción de otro tipo; sino entonces la resolución de la autoridad judicial será en otro sentido y no de orden de aprehensión, por ejemplo: cuando dicta una orden de comparecencia o presentación, ante un delito que no merece pena privativa de libertad (Vgr: el delito de daño en propiedad ajena, cometida por tránsito de vehículos).

Ahora bien, esta expresión también tiene relación de alguna manera con el principio jurídico de "nullum-crimen, sine pena", "no existe crimen o delito que no esté sancionado o penado", aunque en el artículo 14 Constitucional es donde se aprecia con mayor claridad este axioma jurídico.

"En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata".

E.- Que existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal.

Este otro requisito, como comentamos en el primer punto de éste capítulo, no existía en el contenido del antiguo artículo 16 Constitucional.

Incluso los requisitos que se señalan en el anterior texto eran mucho mas flexibles que los que señala el nuevo texto reformado, toda vez que bastaba, según el artículo anterior que existiera, denuncia, acusación o querella de un hecho determinado que la ley castigara con pena corporal, que la declaración de la denuncia o querella en caso se hiciera bajo protesta, y que quién la hiciera fuera persona digna de fe, o por otros datos que hicieran probable la responsabilidad del inculpado, para que se librara una orden de aprehensión o de detención por la autoridad judicial.

Como podemos observar, tan eran así de flexibles estos requisitos que el Juez podía librar una orden de aprehensión en contra de una persona (que habría sido consignada sin detenido), sin que estuviera acreditado el "Cuerpo del Delito", bastaba que se cumplieran con los requisitos señalados por el artículo 16 Constitucional (texto antiguo) para que el juzgador emitiera la orden de aprehensión, claro ésta que ésta fuera solicitada por el Ministerio Público. Al respecto existe jurisprudencia de la Corte donde se establece lo que comentamos.

Por ello con la nueva reforma al artículo 16 Constitucional el legislador precisa y amplia los requisitos o presupuestos que deberán reunirse para dictar la orden de aprehensión.

Cabe mencionar que en el anterior texto constitucional del artículo en comento, no se hablaba de cuerpo de delito sino que era la ley secundaria procedimental la que establecía la necesidad de acreditar cuerpo del delito y presunta responsabilidad para que el Ministerio Público ejercitara acción penal con o sin detenido, y para el juez, no existía la exigencia de que tuviera por comprobado el cuerpo del delito para que librara la orden de aprehensión.

Por ello nos parece acertada la nueva reforma al artículo 16 Constitucional, en el sentido de que "deben acreditase los elementos que integran el tipo penal" como uno de los presupuestos normativos para que la autoridad judicial pueda dictar o emitir una orden de aprehensión.

Ahora bien ¿que debemos entender? por elementos del tipo penal?

Porque estamos ante una nueva terminología técnico-jurídica, si no en la doctrina, si en la ley, ya que antes hablabamos de elementos del cuerpo del delito, (artículo 122 del Código de Procedimientos Penales anterior a la Reforma del 10 de enero de 1994) y que además constituye esta acreditación de los elementos del tipo un requisito del principio de legalidad, toda vez que "toda conducta que no se identifique cabalmente con la descripción hecha por el legislador, queda fuera del campo penal".[57]

A mayor abundamiento, los preceptos constitucionales que delinean precisamente las características de nuestro sistema de derecho, se encuentran en los numerales 14 y 16 constitucionales, mismos que consagran el principio de legalidad; esta garantía, sobre todo los establecidos en los párrafos segundo y tercero del artículo 14, ordenan que en toda la República Mexicana las atribuciones de los órganos del Estado solo tienen validez si se encuentran establecidos en una Ley y en segundo lugar, el tercer párrafo establece no solo el principio reconocidísimo por todos del "Nullum crimen sine lege", sino también a mi manera de entender el principio del cual habla Porte Petit[58] "nullun crime sine tipo" por lo que nuestro sistema de derecho es legalista, pues los preceptos que se comentan ordenan que para que se afecte la esfera jurídica de los gobernados debe existir la ley, la que a su vez debe estar en vigencia con anterioridad a la conducta, para poder encuadrar materialmente el contenido de la norma jurídica.

Ahora bien, el tipo es definido según los autores de la corriente o tendencia que adopten, por ejemplo: Fernando Castellanos lo define como "El tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta en los preceptos penales".[59]

[57] González Quintanilla, José Arturo, Derecho Penal mexicano, Ed. Porrúa, México 1991, p. 250.

[58] Porte Petit, Celestino, Importancia de la dogmática jurídica Penal, p. 37.

[59] Fernando Castellanos Tena, Lineamientos de Derecho Procesal Ed. Porrúa, 17 ed. México p. 257.

Ignacio Villalobos, dice que "el tipo penal es la descripción esencial, objetiva de un acto que, si se ha cometido en condiciones ordinarias, que la ley considera delictuoso; y siempre que un comportamiento humano corresponda a ese tipo o a ese modelo, cualesquiera que sean sus particularidades accidentales será declarado como delito previsto por la Ley".[60]

Por su parte, Olga Islas Magallanes de González Mariscal, señala que funcionalmente el tipo legal "es una figura elaborada por el legislador descriptiva de una clase de eventos antisociales, con un contenido necesario y suficiente para garantizas uno o mas bienes jurídicos, ese contenido es reductible, por medio del análisis a unidades lógicos-jurídicos denominados elementos",[61] y agrega que "el legislador no sólo describe, en los tipos eventos antisociales, sino que además los valores. Por ello, los tipos legales son tanto descriptivos como valorativos. Esto significa que sus elementos son de dos clases: únicamente descriptivos o no valorativos, y descriptivos y a la vez valorativos".[62]

Por nuestra parte entendemos por tipo legal, como el conjunto de características de conductas descritas por el legislador, que deberá hipotéticamente realizar o no el sujeto activo (conducta activa u omisiva, culposa o dolosa) sobre el bien jurídico protegido por la misma norma penal, lesionándolo o poniéndolo en peligro.

Creemos que esta definición se ajusta de alguna manera al contenido del artículo 122 del Código de Procedimientos Penales para el distrito Federal en vigor (que vale destacar que su contenido debería estar en el código sustantivo y no en el adjetivo, pero esto sería tema para un trabajo diverso).

[60] Derecho Penal Mexicano p. 257.

[61] Análisis lógico de los delitos contra la vida, 1a. ed. Ed. Trillas, p. 15.

[62] Ibidem, p. 18.

El citado artículo 122 del código de procedimientos penales establece cuales son los elementos del tipo penal, en sus tres fracciones, y cuyo texto reproduzco:

I.- La existencia de la correspondencia acción u omisión de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;

II.- La forma de intervención de los sujetos activos, y

III.- La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Así mismo, se acreditarán, si el tipo penal lo requiera:

a.- Las calidades de los sujetos activo y pasivo.
b.- El resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión.
c.- El objeto material.
d.- Los medios utilizados.
e.- Las circunstancias del lugar, tiempo, modo y ocasión.
f.- Los elementos normativos.
g Los elementos subjetivos y.
h.- Las demás circunstancias que la ley prevea.

El Ministerio Público deberá acreditar plenamente estos requisitos, además de comprobar la probable responsabilidad para ejercitar la acción penal.

F.- Que existan datos que acrediten los elementos que integran la probable responsabilidad del indiciado.

La probable responsabilidad es otro de los requisitos de fondo exigidos por nuestra constitución, para que proceda legalmente la orden de aprehensión en contra de un sujeto contra el cual se ha ejercitado la acción penal por el órgano jurisdiccional correspondiente, por lo tanto, constituye un presupuesto normativo también para que dicho órgano libre la orden de aprehensión sino incluso en su momento procesal para que se dicte el auto de formal prisión (Art. 19 Constitucional).

Ahora bien, que debemos entender por "probable responsabilidad".

"Tanto en la práctica como en la doctrina se habla indistintamente de responsabilidad probable o presunta; ambos términos son sinónimos, significan: lo fundado en razón prudente o, de lo que se sospecha por tener indicios" 63

Por lo que en consecuencia existirá probable responsabilidad cuando existan indicios, sospecha o elementos suficientes que nos hagan presumir o suponer racionalmente que una persona o varias, pudieron haber tenido intervención o tomado parte en la concepción, preparación o ejecución de la conducta típica que se les atribuye.

Por otra parte la probable o presunta responsabilidad se diferencia de la responsabilidad misma, en que en la primera estamos en presencia de una suposición o probabilidad por qué existen elementos racionales para tal cosa y en cambio en la responsabilidad en estricto sentido, ya superamos la suposición o probabilidad y estamos en la plena y completa certeza de que dicho sujeto o sujetos son responsables de la conducta que se les reprocha, al hacer transcurrido un periodo instructorio donde se ha comprobado que tal sujeto cometió la conducta típica en el grado de participación que le corresponde, nos estamos refiriendo al sujeto que ha sido sentenciado condenatoriamente y la resolución ha causado estado.

[63] Colín Sánchez, Guillermo, op. cit. p. 287.

Al respecto, el Dr. Sergio García Ramírez y Victoria Adato de Ibarra señalan que "la probable responsabilidad suele asociarse a las hipótesis del artículo 13 de Código Penal, esto es, a las formas de la participación en el delito. No son sinónimos estrictamente, pues, la responsabilidad que requiere el enjuiciamiento y la que postula el derecho penal sustantivo, encierra mayores datos que aquélla, la existencia de ésta última (la responsabilidad) quedará contemplada en la sentencia, cuyo propósito es, precisamente, declararla y establecer sus consecuencias".[64]

Por otra parte, ¿que debemos entender por "La existencia de los datos que acreditan los elementos que integran... la probable responsabilidad"? El artículo 16 constitucional en su segundo párrafo, parte final, establece"... y existen datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado".

Lo analizaremos por parte pues tenemos tres expresiones que a nuestra manera de entender son un poco confusas:

—Existencia de datos.
—Acreditación de elementos.
—Integración de elementos.

Las disposiciones normativas, no son del todo claras, así tenemos que el Código Adjetivo en la materia para el Distrito Federal habla en su artículo 97 de "comprobación", en el artículo 122 de "acreditación" y en el 124 de "comprobación".

[64] Sergio García Ramírez y Victoria Adato de Ibarra, Prontuario del Proceso penal Ed. Porrúa, 3a. ed. México 1984, p. 199

Por lo que entendemos por "Existencia de datos", como el conjunto de antecedentes o noticias de un hecho determinado. Por "Acreditación de elementos", como la comprobación (nótese que aquí usamos como sinónimos comprobar y acreditar), el primero como un conjunto de componentes o partes de un hecho determinado, y el segundo comprobar, es evidenciar una cosa, cotejándola con otra, repitiendo demostraciones que la prueban y acreditan como cierta.[65]

Por lo que integran, significa "componer un todo con sus partes".[66]

Ahora bien pensamos, que es adecuada la redacción del texto constitucional aunque no muy clara, por lo que debe hacer el Ministerio Público, integrar todos los datos existentes que acrediten o comprueben los elementos del tipo penal y de la probable responsabilidad para poder ejercitar acción penal y en su caso para que el juez dicte la orden de aprehensión.

Es importante establecer como lo hace el artículo 132 fracción I del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, un presupuesto más, no contenido expresamente en el artículo 16 constitucional en comento nos referimos a la solicitud formulada por el Ministerio Público al juez, para que libre la orden de aprehensión, y al que respecto establece:

"Artículo 132: Para que un juez pueda Librar una orden de aprehensión, se requiere:
I.- Que el Ministerio Público la haya solicitado".[67]

Luego entonces además de todos los requisitos ya descritos anteriormente y que se contemplan en el artículo 16 Constitucional es menester que haya una previa solicitud por escrito formulado al Juez ante quien se consigna al expediente, obviamente sin persona detenida

[65] Colín Sánchez, Guillermo, op. cit. p. 281

[66] Idem. Colín Sánchez, Guillermo, op. cit. 281.

[67] Código de procedimientos Penales para el Distrito Federal, Ed. Micro Themis, México, 1992.

4. 3 SUPUESTOS NORMATIVOS PARA LA APREHENSIÓN SIN MANDATO JUDICIAL

En términos del punto anterior que establece que la regla general es que la aprehensión se haga por virtud de mandamiento judicial, previo cumplimiento de los requisitos legales establecidos por el artículo 132 del Código de Procedimientos Penales para el distrito Federal, es decir, que sea solicitada por el Ministerio Público y que se cumplan con los requisitos exigidos por el artículo 16 Constitucional, la excepción que confirma la regla es que esta detención se podrá realizar en dos casos: En flagrante delito y en caso urgente, desde luego estas dos excepciones también se encuentran contempladas en nuestra legislación, artículo 16 constitucional y por los artículos 266, 267 y 268 bis del Código de procedimientos Penales en vigor para el Distrito Federal.

Es menester señalar, que antes de la reforma al artículo 16 Constitucional y la correspondiente ley procesal, establecía que el Ministerio Público no estaba facultado para dictar una orden de detención, empero con las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 3 de septiembre de 1993, ésta institución puede legalmente emitir una orden de detención, cuando se esta en presencia de un caso urgente, y se está en un caso urgente "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...[68]

Solo en ésta hipótesis el "Ministerio Público podrá bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder".[69]

[68] Párrafo quinto del artículo 16 Constitucional.

[69] Párrafo quinto del artículo 16 Constitucional.

Por su parte la ley procedimental, establece en su artículo 266 y 267, la facultad para el Ministerio Público, para que pueda detener el responsable de un delito sin esperar a tener orden judicial, en la situación de un delito flagrante o en caso urgente. Asimismo el Ministerio Público iniciada una averiguación previa en las dos situaciones señaladas, decretará dice el segundo párrafo del artículo 267 del código de Procedimientos Penales, la detención del indiciado si están satisfechos los requisitos de procedibilidad y el delito merece pena privativa de libertad o bien ordenará la libertad del detenido cuando la sanción sea no privativa de libertad, o bien sea alternativa.

Luego entonces estamos, en una situación de excepción a la regla general de que sólo podrá ser aprehendida una persona mediante orden judicial.

Ahora bien estamos, en presencia de dos figuras jurídicas distintas, aunque ambas signifique privación legal de la libertad de un indiciado. Por una parte tenemos, y así lo establece el artículo 16 Constitucional, en su párrafo segundo: "La orden de aprehensión y por la otra, establecida por el mismo artículo en su párrafo quinto, "La orden de detención", inferimos entonces que la primera solo puede ser dictada por el juez y la segunda por el Ministerio Público, con los requisitos que la misma ley establece y que ya señalamos.

Por su parte los artículos 132, 266 y 267 del Código de Procedimientos Penales para el distrito Federal refuerzan nuestro planeamiento, al establecer el primero que "para que un juez pueda librar una orden de aprehensión..." y el artículo 266 señala que "el Ministerio Público y la Policía Judicial a su mando están obligados a detener al responsable sin esperar a tener orden judicial en delito flagrante o en caso urgente cuando no haya en el lugar autoridad Judicial"; el 267 párrafo segundo, refuerza la hipótesis en el caso del flagrante delito al decir: "...el Ministerio Público... decretará la detención del indiciado..." Nótese claramente que se habla de dos figuras distintas y dictadas por autoridades distintas y en momentos procedimentales distintos: orden de aprehensión sólo por el juez y después que se ha ejercitado acción penal sin detenido ante él; y orden de detención sólo por el Ministerio Público y durante el periodo de averiguación previa y en el caso de urgencia o delito flagrante.

Lo anterior nos obliga, pues, a establecer que también existe una excepción a la orden de detención girada por el Ministerio Público, y nos referimos a la circunstancia en que una persona es detenida por cualquier otra persona en el momento de estar cometiendo un delito (flagrancia), o cuando después de ejecutado el hecho delictuoso, el inculpado es perseguido materialmente (la doctrina lo denomina cuasiflagrancia), o cuando en el modo de haberlo cometido, alguien lo señala como responsable del mismo delito y se encuentra en su poder el objeto mismo, el instrumento con que aparezca cometido o huellas o indicios que hagan presumir fundamente su culpabilidad (la doctrina lo denomina presunción de flagrancia).[70]

En tal virtud en estos supuestos, cualquier persona que no sea autoridad, puede válidamente detener al autor o autores del delito, sin que exista la orden de detención, desde luego que deberá ponerse inmediatamente a disposición a los detenidos ante el Ministerio Público, y también es válido sin que exista la orden de aprehensión del juez.

El caso urgente no constituye una excepción a la orden de detención, sino por el contrario es la causa y origen que motiva dicha orden, y esta situación (caso urgente) en deducida después de una reflexión y valoración lógica jurídica que hace el Ministerio Público una vez iniciada la averiguación previa y cuando se den las 3 hipótesis señaladas por el artículo 268 de la ley procedimental; se trata de delito grave, que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia y que el Ministerio Público se vea impedido por razón de la hora, lugar u otras circunstancias, a acudir ante la autoridad judicial a solicitar la orden de aprehensión.

[70] Cfr. artículo 267 del Código de Procedimientos Penales para el D. F.

Luego entonces, solo la flagrancia y sus modalidades pueden constituir excepción a la orden de detención, no así el caso urgente (que por lo demás son situaciones completamente distintas y que analizaremos mas ampliamente en el punto siguiente de este capítulo), sin embargo tanto la flagrancia como el caso urgente, constituyen excepciones a la orden de aprehensión del juez, porque así lo establece la propia ley.

En resumen, los supuestos normativos para que se de una aprehensión sin mandamiento judicial lo son, la orden de detención decretada por el Ministerio Público, los casos urgentes y la circunstancias de la flagrancia de un hecho delictivo, y el supuesto de excepción a la orden de detención la constituiría el flagrante delito.

4. 4. EL CASO DE FLAGRANTE DELITO Y LA NOTORIA URGENCIA

4. 4. 1. EL FLAGRANTE DELITO.

En el mundo fáctico de la sociedad mexicana, suele presentarse que alguien o algunas personas, que pueden ser; el propio sujeto pasivo, los ofendidos, alguna autoridad de cualquier tipo, o cualesquiera ciudadano común y corriente hayan presenciado casualmente la realización de un hecho que sea considerado delictuoso, y ante tal circunstancias y deber cívico logra aprehender al o a los sujetos que cometieron la conducta delictuosa, y los pone a disposición de la autoridad correspondiente, el acto realizado, amen de que está haciendo moralmente un bien a la sociedad, es legítimo y legal, por que así se establece en la propia legislación (artículo 16 Constitucional).

Si el sujeto o los sujetos responsables del ilícito penal son perseguidos materialmente por cualquiera de las personas antes señaladas, después de haber ejecutado el hecho delictuoso, o cuando en el momento de haberlo cometido, alguien lo señala como responsable del mismo delito, y se le encuentra en su poder el objeto o instrumento con que aparezca que cometió el delito o tenga huellas o indicios que hagan presumir que fundamente el señalado cometió el delito, es válido legalmente, que el delincuente o delincuentes sean detenidos por cualquier persona o autoridad.

Por lo que ante tal situación estamos en presencia de un caso de flagrante delito, o cualquiera de sus modalidades, cuasiflagrancia o presunción de ésta, respectivamente.

¿Qué debemos entender por flagrancia? La expresión flagrante delito debe de interpretarse en sentido literal y jurídica. De acuerdo al Diccionario de la Lengua Española, flagrante significa gramaticalmente: "que se está ejecutando actualmente", y referido a los delitos, es "en el mismo momento de estarse cometido un delito, sin que el autor haya podido huir".[71]

Jurídicamente su interpretación se complementa con lo dispuesto por el artículo 267 del Código Procesal Penal para el Distrito Federal que establece: "Se entiende que existe delito flagrante no solo cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo, si no cuando, después de ejecutado el hecho delictuoso, el inculpado es perseguido materialmente o cuando en el momento de haberlo cometido, alguien lo señala como responsable del mismo, y se encuentra en su poder el objeto del mismo, el instrumento con que aparezca cometido o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su culpabilidad".

Los conceptos vertidos en la ley constitucional precisan el ámbito temporal de validez de la atribución de manera que la detención así practicada, será valida constitucionalmente y sus efectos lícitos, aún cuando haya huido el autor del delito o autor de la conducta delictuosa y al ser perseguido se le aprehende, o se le señale como responsable del hecho inmediatamente después de efectuada y se le encuentre en su poder el objeto o instrumento con que se cometió el delito o huellas o indicios que hagan presumir que dicho sujeto cometió tal conducta.

"El vocablo persona es suficientemente interpretado en el ámbito gramatical; de las definiciones que proporcionan el diccionario de la Lengua Española, entresacamos las siguientes que se consideran directamente aplicables en el estudio. Persona es el "individuo de la especie humana; un hombre distinguido de la república con un empleo muy honorífico o poderoso".[72]

[71] Diccionario de la Lengua Española. Ed. Espasa-Calpe, S.A. 19 ed. p. 622.

[72] Mancilla, Ovando, Jorge Alberto. Las garantías Individuales y su aplicación en el proceso penal, 3a. ed. Ed. Porrúa, México 190. p. 73

"La interpretación de la palabra persona dentro del contexto de la disposición constitucional, deberá significarnos, que la facultad consagrada en la hipótesis constitucional en una atribución brindada a todos los que se encuentran dentro del territorio de la república, incluyendo a quienes representan a los órganos del Estado".[73]

Todo lo anterior se robustece con el contenido del párrafo cuarto del artículo 16 Constitucional que dice: "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".

Sin embargo estimo que resulta necesario explicar este párrafo por que siento que existe un exceso en el uso del lenguaje jurídico y no propiamente conceptos que precisan el ámbito de la competencia que se brinda;

a.-) "El primero de los enunciados, se refiere a la figura jurídica del delito—, por la manera como se consagra, pareciera que la expresión significa la existencia jurídica del delito y no a la conducta material que los configura".[74]

Para declarar legalmente que una conducta es delictuosa y que tal sujeto la cometió, se requiere una resolución del juez penal correspondiente, es decir, una sentencia condenatoria y que esta haya quedado firme, atribución exclusiva de la autoridad judicial en los términos del artículo 21 constitucional.

[73] Mancilla Ovando, Jorge Alberto, op. cit. p. 73.

[74] Mancilla Ovando, Jorge Alberto, op. cit. p. 74.

Por ello, es que considero que "constituye un exceso en el lenguaje jurídico, por que el poder constituyente no fue preciso al delinear los alcances de la facultad, su voluntad fue la de analizar la detención del autor de la conducta material que puede configurar delito; ello se desprende del estudio de la facultad exclusiva del poder judicial para decretar que la conducta es delito una vez que se ha probado su existencia e imponer las penas".[75]

b.-) Ya comentamos en páginas anteriores que detener y aprehender, jurídicamente no significaba lo mismo, aunque ambos signifiquen privar de la libertad a una persona; legalmente, detener en un estado jurídico de la persona, inculpada y aprehender es coger, asir, prender a una persona por lo que el legislador los sigue utilizando como sinónimos, no obstante que en el texto anterior a la reforma decía "detener" y en el nuevo se dice "aprehender"

c.-) Existe mejor redacción en el texto actual en comparación al texto que se contenía antes de la reforma, ya que en el nuevo texto se dice correctamente "indicado" y anteriormente se decía "delincuente y a sus cómplices". Con lo que creemos que se prejuzgaba jurídicamente a éste y ya anotábamos que sólo se puede declarar penalmente responsable a una persona una vez que se han probado sus supuestos y se ha dictado sentencia condenatoria.

d.-) ¿Qué debemos entender por "autoridad inmediata"?, creemos que el legislador se refiere al caso de cuando un particular aprehende a un sujeto cometiendo una conducta presumiblemente delictuosa y la entrega a la policía preventiva, o a la policía judicial o a cualquier otra autoridad distinta al juez o al Ministerio Público, por que como está redactado el texto se dice y así lo entendemos "...y ésta, con la misma prontitud a la del Ministerio Público".

[75] Mancilla Ocando, Jorge Alberto, Op. cit. p. 71.

Por otra parte, también es importante mencionar que la flagrancia es una mera circunstancia y no forma parte del delito mismo. Es una circunstancia que da validez legal par que sea aprehendido un sujeto.

Por ello, no debemos confundir la flagrancia con el delito mismo y mucho menos con el objeto del delito. La flagrancia, reitero, es una circunstancia y se refiere al tiempo de consumación del delito y no al disfrute del objeto de la acción punible. Así mismo no debemos mencionar que el delito fue cometido en "forma flagrante", sino que el indiciado fue detenido en "flagrante delito". Pongamos un ejemplo para aclarar esto: una persona es aprehendida tripulando un automóvil, mismo que fue objeto de un desapoderamiento sin derecho y sin consentimiento legalmente (robo) y este hecho delictivo que fue denunciado ante el Ministerio Público sucedió un mes antes del día en que fue aprehendido el manejador del automóvil. Ante tal hipótesis no estamos en presencia de a flagrancia, ni en ninguna de sus modalidades, no obstante cabe aclarar que la persona si puede ser aprehendida y ponerse a disposición del Ministerio Público para su investigación.

Pero uno de los efectos jurídicos principales de la flagrancia, es que el Ministerio Público pueda válidamente decretar su detención y posterior ejercitar acción penal con "detenido", porqué de no darse la flagrancia el efecto sería si se acreditan los extremos legales, ejercitar acción penal "sin detenido", es decir, dejar en libertad al sujeto con la reservas de ley por no darse la flagrancia y con posterioridad ejercitar la pretensión punitiva.

Volviendo al ejemplo, el hecho o conducta delictiva ya se consumó, es decir, "la consumación se agotó en el mismo momento en que se realizaron todos sus elementos constitutivos [76]. Por lo tanto la hipótesis del delito de robo de vehículo a que nos referimos es un delito instantáneo, por una parte, además que no fue sorprendido en el momento de estar cometiendo la conducta presumiblemente delictuosa (flagrancia estricta), por lo demás en las hipótesis de los delitos permanentes y continuados siempre existirá flagrancia.

[76] Fracción I. del artículo 7o. Código Penal para el D. F.

Por la otra, el automóvil que tripula el manejador, es el objeto del delito, y no el hecho de que se le sorprenda manejando el vehículo robado, se puede deducir "per-se" que el autor del robo ¿se podrá encuadrar su conducta en otra hipótesis delictiva, como en los supuestos del encubrimiento, por ejemplo, e incluso si el manejador del vehículo fuera el autor del robo, aún así no estamos en presencia del delito flagrante, por lo tanto sí puede ser aprehendido el manejador, pero no podrá ser consignado inmediatamente ante el juez, sino que el Ministerio Público tomará su declaración y practicará otras diligencias necesarias y dejará en libertad al sujeto con las reservas de ley por lo que de acreditarse su presunta responsabilidad pueda con posterioridad ejercitar acción penal pero sin detenido.

Continuando con el ejemplo anterior deciamos que tampoco se da alguna modalidad de la flagrancia estricta, por no estar en los supuestos que contempla la ley en el sentido de que; después de ejecutado el hecho delictuoso el indiciado no fue perseguido materialmente (cuasi-flagrancia), o en el momento de haberlo cometido haya sido señalado como autor del hecho delictuoso y se le haya encontrado en su poder el objeto del mismo (presunción de flagrancia). Desde luego no debemos confundir, el objeto del delito con el delito flagrante, por que si bien se le encontró manejando el vehículo robado y fue aprehendido, esto no sucedió momentos después de haberse ejecutado el hecho.

En suma existen flagrancia estricta cuando el autor de la conducta que se presume ilícita, es sorprendido y aprehendido en el momento de su comisión. No es una condición intrínseca del delito, sino una característica externa resultante de una relación circunstancial del autor del hecho que se presume delictuoso y quien lo aprehende, al ser sorprendido en la comisión del hecho.

La presencia del sujeto activo en el lugar del hecho y —el instante de su comisión, es lo que actualiza la flagrancia.

La flagrancia no da lugar a una punición mas severa ni rituales para procesales o propiamente procesales peculiares, pero si es una condicionante para ejercitar acción penal con detenido. Circunstancia distinta sería si no se da la flagrancia o alguna de sus modalidades, pero se acreditan los extremos del "caso urgente", entonces sí legalmente puede el Ministerio Público, con fundamento en el artículo 16 Constitucional y 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, decretar su detención y consignar dentro del plazo de 48 horas con detenido (artículo 268 bis del mismo ordenamiento citado), ante el órgano jurisdiccional competente, situación que a continuación analizaremos con mayor detalle.

4. 4. 2. LA NOTORIA URGENCIA.

Contrariamente a la expresión usada por la ley de caso urgente, la doctrina en la materia prefiere llamarle "notoria urgencia" y de acuerdo con esta última postura, a la que nos adherimos, pensamos que es más correcta llamarla así en virtud de que con su expresión no se prejuzga, connotación que resulta ser más clara y precisa. Lo que es notorio, es evidente, no da lugar a dudas, es conocido por todos, en cambio hablar de —caso— es hablar de muchas acepciones, por ejemplo; un "acontecimiento, un suceso, una situación determinada, algo extraordinario, poner un ejemplo", etc.[77]

Por lo que el Ministerio Público, durante el período indagatorio, ante un hecho de esta naturaleza; es decir: "que se trate de un delito grave así calificado por la ley, que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, o que no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancias".[78]

No existe propiamente una definición de lo que debe entenderse por notoria urgencia o caso urgente como lo señala la ley; sin embargo, los criterios de la notoria urgencia se desprende del propio artículo 16 Constitucional en su párrafo cuarto, que dice: "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, orden su detención, fundando y expresando los indicios que motivan su proceder".[79]

[77] Diccionario Larousse de la Lengua Española, Ed. Larousse, la. ed. 4ta reimpresión, México, 1982. p. 98.

[78] Artículo 16 Constitucional y 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

[79] Artículo 16 Constitucional.

Por su parte el Código Adjetivo en la materia para el distrito federal, dispone en su artículo 266 que: "El Ministerio Público y la policía judicial a su mando están obligados a detener al responsable sin esperar a tener orden judicial, en delito flagrante o en caso urgente".[80]

Así mismo el artículo 268 del mismo Código citado, de alguna manera reproduce en sus tres incisos el contenido del artículo 16, respecto del caso urgente y que también reproducimos: "habrá caso urgente cuando:

a.-) Se trate de un delito grave así calificado por la ley.
b.-) Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia.
c.-) Que el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar u otras circunstancias.

El Ministerio Público al emitir la orden de detención en caso urgente, deberá hacerlo por escrito, fundando y expresando los indicios que acrediten los requisitos mencionados en los incisos anteriores.

La orden mencionada será ejecutada por la Policía Judicial, quien deberá sin dilación alguna poner al detenido a disposición del Ministerio Público que la haya librado...

Cabe analizar el contenido de estas disposiciones legales, por la importancia que reviste esta notoriedad urgente; tanto para el indiciado como para la autoridad (Ministerio Público) que esta ejercitado dicha facultad.

[80] Art. 266 Código de procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Estamos en presencia de la notoria urgencia, cuando se dan coincidentemente los tres requisitos constitucionales:

1.-) Que por la hora, lugar o circunstancias, el Ministerio Público no pueda ocurrir ante el órgano jurisdiccional penal para solicitar la orden de aprehensión correspondiente.

2.-) Que existan serios temores de que el indiciado se sustraiga a la acción de la justicia.

3.-) Que se trata de delito grave así considerado por la ley.

Los tres supuestos deberán coincidir para que se pueda considerar que se está en presencia de la figura jurídica de la notoria urgencia, por lo que el Ministerio Público puede legalmente decretar la detención cuando el indiciado se encuentra a su disposición o para librar una orden de detención cuando el indiciado no se encuentre a su disposición y sin que exista una orden de aprehensión librada por la autoridad judicial.

A.-) Caso en el que el Ministerio Público no puede ocurrir ante la autoridad judicial a solicitar la orden de aprehensión.

Aquí se plantean tres hipótesis.

1.-) Por razón de la hora. Resulta que en muchas ocasiones no existen juzgados penales en posibilidad de librar una orden de aprehensión, esto es después de las 15:00 horas de un día y antes de las 9:00 horas del día siguiente:

2.-) Por razón de lugar —Se refiere a que en el lugar— (área geográfica) no existe autoridad judicial, o que se encuentra muy lejano de las oficinas donde está ubicado el Ministerio Público, por lo que no se puede materialmente ocurrir a solicitar la orden de aprehensión.

3.-) Por razón de la circunstancia. Estas se refieren a los casos en que no está totalmente integrada la averiguación previa por el grado de dificultad que encierra la investigación, aunque ya estén parcialmente acreditados los elementos del tipo penal y la presunta responsabilidad, pero no ha sido debidamente perfeccionada esta.

Por lo que el Ministerio Público está imposibilitado materialmente para: primeramente enviarle al juez en forma completa el expediente y en segundo lugar, éste, sin conocer y analizar el expediente, no puede librar ninguna orden de aprehensión.

Por ello se ha establecido un plazo constitucional de 48 horas para que el Ministerio Público determine la situación jurídica del indiciado, ya sea poniéndolo a disposición de la autoridad judicial (ejercicio de la acción penal con detenido) o dejar en libertad al detenido, incluso la propia ley permite ampliar el plazo de 48 horas al doble en caso de tratarse de delincuencia organizada.

B.-) Que existan serios temores de que el indiciado se sustraiga a la acción de la justicia.

Debido al carácter indiciario de un sujeto, se considerará que existe riesgo fundado de que éste se sustraiga a la acción de la justicia, cundo concurran por lo menos tres de los siguientes criterios, para estimar satisfechos el siguiente supuesto:

1.-) Cuando se trate de casos extremos y particularmente lesivos del orden jurídico y de la conciencia social, delitos en los cuales la sanción contemplada no le permita al indiciado obtener su libertad provisional bajo caución.

2.-) Cuando esté acreditado en actuaciones, que el indiciado trata de ausentarse de la ciudad a fin de evadir la acción de la justicia, pero siempre y cuando esta situación sea reconocida en su declaración por el indiciado y corroborada por el parte de informe de la policía.

3.-) Cuando el indiciado no tenga domicilio fijo o teniéndolo no asista a el, esto deberá acreditarse por el propio dicho del inculpado o corroborado por el informe de policía judicial.

4.-) Cuando esté acreditado que el inculpado ha hecho del delito su forma de vida y se refleja con sus antecedentes penales o de los exámenes médicos una alta peligrosidad.

5.-) Cuando el indiciado no tenga una actividad lícita que lo arraige en la ciudad y resulte lógico suponer que le es más conveniente fugarse que permanecer en la ciudad. Esto también se puede acreditar con el dicho del indiciado y con el informe de policía judicial.

6.-) Cuando se acredite en actuaciones la voluntad del indiciado de eliminar todas las pruebas o vestigios que lo puedan inculpar, sin que para ello baste que inicialmente el inculpado niegue su participación en los hechos. La conducta de éste debe de traducirse en actos tendientes a eliminar las pruebas en forma activa, por ejemplo destruyendo objetos, amenazando testigos, u ocultando evidencias.

7.-) Cuando la conducta delictuosa se haya cometido en forma conjunta y se desprenda de la indagatoria que uno de los autores ya dio a la fuga.

8.-) Cuando el indiciado tenga el principal asiento de sus negocios en otra entidad federativa o en extranjero.

9.-) Cuando el indiciado tenga antecedentes de haberse fugado o evadido la acción de la justicia o participado en la evasión de un tercero.

Debemos dejar claro que todos estos requisitos no deben ser manejados de manera subjetiva por el Ministerio Público para que decrete u ordene una detención, sino que se deberán acreditar perfectamente en la propia indagatoria.

C.-) Que se trate de un delito grave, así calificado por la Ley.

Anteriormente a la reforma constitucional del artículo 16, se hablaba de que se tratara de delitos que fueran perseguibles de oficio por lo que nos parece correcta la precisión que hace el legislador al establecer un catálogo de delitos que son considerados graves de otra forma se dejaba abierta la posibilidad para que en delitos que son menores y perseguibles de oficio se esgrimiera el argumento de la notoria urgencia por lo que nos parece atinada la reforma al artículo 16 Constitucional y los artículos correspondientes a los códigos procesales para el Distrito Federal y del fuero federal.

Ahora bien, que se debe entender por delito grave. Entendemos por delitos graves, todas aquellas conductas delictivas descritas por el legislador y que tienen la característica de ser perseguibles de oficio por su penalidad basado en la técnica del término medio aritmético no alcanzan libertad provisional bajo caución (excepto el robo simple cuando el valor de lo robado excede de 100 veces el salario mínimo pero no de 500 veces, en que la sanción es de dos a cuatro años, señalado en el artículo 370 segundo párrafo del código penal para el Distrito Federal) y el delito de extorsión cuya penalidad es de 2 a 8 años de prisión señalado en el artículo 390 primer párrafo del Código Penal para el Distrito Federal). En general tienen señalada las penas más severas y los que cometen estos delitos, los realizan en forma intencional, demostrando el sujeto indiciado un desprecio al orden jurídico, a los valores sociales tutelados por el derecho y ofende gravemente a la sociedad en su conjunto.

Por lo que la ley procedimental establece, qué tipos penales según el artículo 268 Código de procedimientos Penales por el Distrito Federal, deben considerarse delitos graves.

El homicidio por culpa grave es un problema para el Ministerio Público, en virtud de que el mismo artículo 60 párrafo cuarto del Código Penal señala que la calificación de la gravedad queda al prudente arbitrario del juez..." sin embargo el problema se resuelve de la forma siguiente: como el Ministerio Público consigna hechos que son presumiblemente delictuosos, este no tiene la facultad de calificar si el acto o la omisión culposa debe o no ser grave, no obstante y como los señalan las fracciones del artículo citado, deberán acreditar en la indagatoria: la mayor o menor facilidad de prever o evitar el daño que resultó; el deber de cuidado del inculpado que le es exigible y condiciones personales que el oficio o actividad que desempeñe le impongan; si el inculpado ha delinquido anteriormente en circunstancias semejantes; si tuvo tiempo para obrar con la reflexión y cuidados necesarios, el estado del equipo, vías y demás condiciones del funcionamiento mecánico, tratándose de infracciones cometidas en los servicios de empresas transportadores, en general, por conductores de vehículos.

—Terrorismo, artículo 139 párrafo primero, del Código Penal.
—Sabotaje, artículo 140 párrafo primero, del Código Penal.
—Evasión de presos, Art. 150 excepto de la parte primera, del párrafo primer y 152 del Código Penal.
—Ataque a las vías generales de comunicación, arts. 168 y 170 del Código Penal.
—Corrupción de menores art; 201 del Código Penal.
—Violación Art. 265, 266 y 266 bis. del Código Penal.
—Asalto Art. 286 párrafo segundo y 287 del Código Penal.
—Homicidio previsto Art. 302, con relación al 307, 313, 315 bis 320 y 323 del Código Penal (homicidio simple doloso y homicidio calificado).
—Secuestro Art. 366, del Código Penal exceptuando los párrafos último y penúltimo, excepción el robo de infante cometido por un familiar que no ejerza patria potestad o tutela sobre el menor.

—Robo agravado, Art. 367 en relación al 370 párrafo 2o y 3o. o que se realice en cualquiera de las circunstancias señalada en los artículos 372, 381 fracc. VIII, IX, X y 381 bis del Código Pelan.
—Extorsión Art. 390 del Código Penal.

Todos estos tipos se encuentran previstos en el Código Penal para el Distrito Federal.

Por último creemos que, para que el Ministerio Público considere que está frente a un caso urgente o ante una notoria urgencia, deberán darse necesariamente los tres requisitos señalados por la primera parte del artículo 268 del Código de procedimientos Penales para el Distrito Federal, además de que tendrán que acreditarse en la averiguación previa, esto es, que si faltare algún requisito señalado por la ley, no estaremos en presencia de la notoria urgencia, por lo que el Ministerio Público que viola esta disposición, tendrá que hacer frente a las consecuencias de su actuar antijurídico con las implicaciones de responsabilidad administrativa y penal que ello conlleva.

CONCLUSIONES

1.- La historia precolombiana en nuestro país registra algunos mecanismos y estructuras relacionadas con la investigación de conductas contrarias al orden social y jurídico, así como mantener ese orden imperante en esa época, por ejemplo: El Teachcacauhtin, el calpixque, el achacautli, el tlayacaque, etc. por lo que podríamos decir que son antecedentes muy remotos de la institución del Ministerio Público en México, no obstante esta institución tal y como lo conocemos en la actualidad ha tenido diversas influencias en su evolución, preponderantemente del derecho español y francés.

2.- En la Constitución de Apatzingán; en la Constitución de 1824; en la Ley de Jurados Criminales de 1869 expedida por don Benito Juárez; en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 1880 y en el de 1894, no se establecieron nuevas normas para la institución del Ministerio Público, conservando así las tendencias de la legislación española. Fue hasta la expedición de la Ley Orgánica del Ministerio Público del 12 de septiembre de 1903, cuando se logra un gran avance en relación con la institución que nos ocupa. Fue el expresidente Don Porfirio Díaz en su informe ante el Congreso de la Unión, rendido el 24 de noviembre de 1903, quien perfiló claramente las características que en México tomó el Ministerio Público, al señalar que uno de los principales objetivos de la Ley Orgánica que se acababa de expedir era la de definir el carácter especial que compete a esta institución prescindiendo de la sociedad ante los tribunales para reclamar el cumplimiento de la ley y el restablecimiento del orden social, cuando ésta ha sufrido quebranto.

3.- La institucionalización de la persecución de los delitos, constitucionalmente se estableció en 1917 con la expedición de la carta magna, por lo que la innovación que en forma notable realizó el constituyente de Querétaro, fue la del artículo 21, donde se otorgó en forma exclusiva al Ministerio Público como el único órgano de autoridad ante el derecho positivo mexicano como institución jurídica para investigar, perseguir y acusar al probable responsable del delito y como auxiliares de éste la policía judicial y los servicios periciales, para localizar y en su caso detener al presunto responsable del delito y así poder resolver si ejercita la acción penal. Por otra parte considero que la función persecutoria de los delitos es la facultad más importante del Ministerio Público ante el órgano jurisdiccional penal y que comprende 3 aspectos:

a.-) La prevención de delito; que consiste en la adopción de todas las medidas necesarias (políticas criminológicas, políticas de fomento de la prevención de delitos, etc.) para que estos no se cometan o se disminuyan.

b.-) La actividad investigadora, que consiste en la práctica de una serie de acciones encaminadas a indagar respecto a la comisión de un hecho antisocial constitutivo de delito y de sus autores.

c.-) El ejercicio de la acción penal, consiste en el acto de la autoridad llamada Ministerio Público para primeramente incoar el proceso penal y posteriormente pedir la resolución (sentencia) del órgano jurisdiccional penal.

4.-) El Ministerio Público en el derecho positivo mexicano, es una institución de creación constitucional (artículo 21) y administrativamente, es un órgano que depende del poder ejecutivo (sea federal o del fuero común) artículo 73, fracción VI, base 5a. Constitucional para el Procurador General de Justicia del D. F. y para el Procurador General de la República fracción II del artículo 89 Constitucional y 2o. de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal), que actúa de acuerdo con los principios y características que lo rigen, es el único que puede persegnir los delitos y a los delincuentes con auxilio de la policía judicial, así como de los servicios periciales, recabando todos los indicios necesarios para la acreditación de los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad de una persona cuando ha sido señalada como responsable de una o varias conductas ilícitas. Es una institución de buena fe y de representación social, no obstante consideramos, que muchas de las personas que lo representan o se encuentran al frente de él no actúan con la ética y el profesionalismo que los deben caracterizan aunque haya de reconocer algunos avances en materia de procuración de justicia, desafortunadamente quedan muchos lastres y vicios que superar.

5.-) El Ministerio Público, posee una doble personalidad, y por ende, una doble función; en la fase de averiguación previa actúa como autoridad investigadora del ilícito en que esta conociendo y una vez consignado el expediente e incoado el proceso, deja de ser autoridad para convertirse en parte procesal, aquí ya no va a ordenar, sino que va a pedir o solicitar, por ello el Ministerio Público es una de las partes procesales más ambiguas y sui-generis en el proceso penal, ya que formalmente es sujeto procesal aunque no reúna todas las características de parte y por las múltiples funciones que realiza, materialmente siguen siendo autoridad, ya que siempre conserva su jerarquía en el proceso penal, si no, baste con señalar que sus conclusiones acusatorias o inacusatorias son una de las bases principales que toma el juez penal al dictar su resolución de sentencia.

6.-) No obstante que el Ministerio Público desde el punto de vista de su naturaleza jurídica es una autoridad administrativa y sus funciones son precisamente de esa naturaleza, es decir, formalmente administrativas, sobre todo en su función persecutoria, empero, como realiza funciones tales como la de dictar una orden de detención en caso de notoria urgencia, en términos del artículo 266 y 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y determinar el no ejercicio de la acción penal, cuando el inculpado actúe en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal, según el artículo 3o. bis del mismo código en cita, creemos que estas funciones son materialmente jurisdiccionales.

7.-) La averiguación previa, es la primera fase del procedimiento penal y es la que realiza el Ministerio Público cuando ha recibido una denuncia o querella, en forma oral o escrita de un hecho presumiblemente delictuoso, que definimos como; el conjunto de actos procedimentales investigatorios que realiza el Ministerio Público, previa denuncia, acusación o querella de parte ofendida, con objeto de acreditar los elementos del tipo penal, y la probable responsabilidad y estar en posibilidad de ejercitar o abstenerse de la acción penal, según el caso, ante el órgano jurisdiccional penal.

Es de naturaleza administrativa y su objetivo es acreditar los elementos del tipo penal así como la probable responsabilidad del indiciado y en su oportunidad ejercitar o no acción penal, consignando el expediente y en su caso al detenido ante el órgano jurisdiccional penal; subrayando que sin averiguación previa no habrá ejercicio de la acción penal y sin esta última no existe proceso penal.

8.-) La flagrancia es una circunstancia material del delito, no forma parte del mismo, por ello es incorrecto decir que el delito fue cometido en "forma flagrante", y en su caso, lo propio, es flagrante delito, por ello no debe confundirse la flagrancia con el delito mismo. La flagrancia no agrava el delito, ni lo hace especial, si no lo único que ocasiona es que el responsable de la conducta delictuosa pueda ser detenido al momento de estarlo cometiendo y podrá ser consignado junto con el expediente ante el juez penal.

Por otra parte, nuestra legislación procesal penal reconoce la flagrancia propiamente dicha y dos modalidades o variantes que son: La cuasi-flagrancia y la presunción de flagrancia.

La flagrancia es concebida como; una mera circunstancia y no forma parte del delito mismo, esta circunstancia da validez legal para que sea aprehendido el sujeto al momento de ser sorprendido cometiendo una conducta presumiblemente delictuosa, por cualquier persona u autoridad. La flagrancia se refiere al tiempo de consumación del delito y no al disfrute del objeto de la acción punible. La presencia del sujeto activo en el lugar y del hecho y el instante de su comisión, es lo que actualiza la flagrancia.

La cuasiflagrancia; es una modalidad de la flagrancia y consiste en que una vez consumado el hecho presumiblemente delictuoso, el presunto responsable es perseguido materialmente y capturado.

La presunción de flagrancia, también constituye una modalidad de la flagrancia en sentido estricto, por lo que existe aquella cuando momentos después de ejecutado el hecho presumiblemente delictuoso alguien señala al autor del mismo o se le encontraron en su poder el o los objetos del delito.

Finalmente diremos que los tres casos en cuestión, constituyen una excepción a la orden de aprehensión librada por el órgano jurisdiccional penal.

9.-) La notoria Urgencia, o caso urgente como lo señala el artículo 16 Constitucional, es una situación de excepción también a la orden de aprehensión girada por el juez penal, establecida por el propio artículo 16 Constitucional.

El Ministerio Público estará obligado a detener al presunto responsable cuando se den estas 3 causas que deben ser concomitantes y no excluyentes:

a.-) Cuando se trate de delito grave, así calificado por la ley (art. 268 párrafo sexto, Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

b.-) Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia y;

c.-) Que el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar y otras circunstancias.

En los casos de flagrante delito o de notoria urgencia, el Ministerio Público deberá acreditar estas circunstancias para que una vez acreditados también los elementos del tipo y la presunta responsabilidad en el expediente de averiguación previa, podrá y sólo en éstos casos, consignar con detenido, ejercitando la acción penal correspondiente, fuera de estas dos circunstancias flagrancias y sus modalidades y notoria urgencia, el agente del Ministerio Público que realice la consignación, incurrirá en responsabilidad penal y administrativa, según establece el artículo 267 último párrafo del código de procedimientos penales para el Distrito Federal.

10.-) Resultaba inaplazable la reforma al artículo 16 Constitucional, en el sentido de establecer un plazo al Ministerio Público de 48 horas o de duplicidad en caso de delincuencia organizada para consignar al detenido o detenidos en caso de flagrante delito o de notoria urgencia. Por lo que nos parece muy trascendente dichas reforma, no sólo para que el Ministerio Público tenga un margen de acción, sino también para el detenido, ya que le da seguridad jurídica de que en dicho plazo deberá ser consignado o puesto en libertad. Así mismo, considero que este plazo deberá empezar a contar desde el momento mismo en que el indiciado es detenido por la policía de cualquier tipo o por cualquier persona o autoridad administrativa. También es importante subrayar que deberá tratarse de delitos que merezcan pena privativa de libertad, no importando si estos son perseguidos por querella o de oficio; en los casos de notoria urgencia en que deberá de tratarse de delito grave. Por lo que, precisando la circunstancia de la flagrancia, esta es válida para cualquier tipo de delito, mientras que la notoria urgencia solo podrá acreditarse en los casos de delitos graves contemplados en el artículo 268 párrafo sexto y 268 bis del Código adjetivo de la materia, para el Distrito Federal.

11.-) Debemos distinguir la orden de aprehensión de la orden de detención, ambas son dictadas por autoridades competentes, en el primer caso por el órgano jurisdiccional penal y en el segundo por el Ministerio Público, según el artículo 16 Constitucional. Asimismo aprehensión, es el acto mismo de atrapar, aprehender, asir, coger al sujeto que ha cometido una conducta prohibida por la ley penal, es decir, el hecho del apoderamiento de la persona indiciada legalmente, solo puede librarse orden de aprehensión por el juez penal, una vez que se ha consignado (sin detenido) ejercitando acción penal en contra del inculpado y que lo haya solicitado el Ministerio Público previa integración de la averiguación previa donde se acreditaron los extremos de los elementos del tipo penal (antes cuerpo del delito) y la presunta o probable responsabilidad.

En cambio la detención, es un estado; el estado de privación de la libertad que sigue inmediatamente a ese aseguramiento (aprehensión) y termina hasta que se dicta sentencia condenatoria o absolutoria, aunque hay que aclarar, que durante el proceso está detenido en prisión preventiva, y después de sentenciado seguirá detenido, es decir, privado de su libertad legalmente, pero en cumplimiento de la sentencia condenatoria.

Finalmente, la orden de detención que señala la ley procedimental penal (artículo 266 a 268) puede ser girada por la autoridad denominada Ministerio Público, en casos especiales; en caso de flagrante delito (en cuyo caso decretará la retención de indiciado) y de caso urgente; cuando se trata de delito grave, cuando exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia y que el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar u otras circunstancias y en todo caso el Ministerio Público al emitir la orden de detención en caso urgente deberá hacerlo por escrito fundado y expresando los indicios que acrediten los requisitos señalados.

12.-) La averiguación previa, es el conjunto de actos procedimentales investigatorios que realiza el órgano administrativo llamado Ministerio Público, previa denuncia, o querella de parte ofendida o legitimada para hacerla, con objeto de acreditar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad y estar en posibilidad jurídicamente de ejercitar acción penal o abstenerse de la misma, según el caso, ante el órgano jurisdiccional penal.

La averiguación previa, no es la fase preparatoria del ejercicio de la acción penal, si no que forma parte de aquella, es decir, la abarca, en el sentido de que concluye la averiguación previa para el Ministerio Público, con el inicio del ejercicio de la acción penal al consignar el asunto al juez (con detenido o sin él); la averiguación previa, por su naturaleza jurídica, desde el punto de vista formal, es administrativa y desde el punto de vista material, es de tipo jurisdiccional, aunque no en su totalidad, pero si muchos actos que se realizan dentro de ella.

13.-) La acción penal, en su sentido jurídico general es la manera de poner en marcha el ejercicio de un derecho, debe entenderse en su sentido dinámico; es el poder o deber de obrar y que está constituído, por el conjunto de actos por los cuales se recurre al poder jurídico del estado, representado por el Ministerio Público para obtenerse y prestar fuerza y autoridad al derecho.

El concepto de acción, es una de las preocupaciones y uno de los temas que ha venido complicando a todos los teóricos procesalistas que no se han puesto de acuerdo todavía, por lo cual cada autor proporciona su propio concepto, de tal suerte que se han elaborado diversas teorías de la acción distinguiendo por supuesto la acción civil de la acción penal, pues en la primera, el titular lo es un particular quien la puede o no hacer valer ante el tribunal y la segunda es eminentemente pública en contraposición a privada y el titular lo es el Estado a través del órgano denominado Ministerio Público, además la acción penal es obligatoria, en tanto la civil es potestativa.

Por ello acción en sentido estricto y desde el punto de vista jurídico, es la facultad, derecho, potestad o actividad, mediante la cual un sujeto provoca la función jurisdiccional.

De acuerdo con el profesor, Guillermo Colín Sánchez, la acción es un concepto que puede darse en varias esferas del derecho, para preciar a cual de estas corresponde, deberá tomarse en cuenta la norma violada, de tal manera que al infringirse una disposición civil, esto dará lugar a una acción civil y cuando se trate de una norma punitiva, se estará en el caso de la acción penal.

La acción penal, es la acción pública, ejercitada por el estado en ejercicio de sus atribuciones, al través del Ministerio Público (según el artículo 21 Constitucional), y cuyo objeto inmediato es provocar al órgano jurisdiccional penal para incoar la causa y en forma inmediata obtener una resolución denominada sentencia.

La acción penal inicia su ejercicio con la consignación del caso al juez penal y culmina con la formación de las conclusiones acusatorias.

Por ello, la acción penal una vez ejercitada, tiene por objeto obtener del órgano judicial penal que este se pronuncie su resolución (sentencia) en la que se declare:

a.-) Que los hechos que previamente fueron consignados en la averiguación previa y señalados en las conclusiones acusatorias del Ministerio Público, constituyen un delito y esté sancionado por la ley penal.

b.-) Que la conducta delictuosa, es imputable al acusado, por lo tanto, éste es penalmente responsable del delito que se le acusa.

c.-) Que se le imponga la pena correspondiente, incluyendo en esta, la reparación del daño causado.

BIBLIOGRAFÍA

1.- Alcalá Zamora Niceto y Levere, Ricardo, Derecho procesal penal, Tomo II, Ed. Guillermo Krall L. T. Da., Buenos Aires, 1945.

2.- Arilla Bas, Fernando. El procedimiento penal en México, 8a. Ed. Kratos; México, 1981.

3.- Algunos autores (Colín Sánchez, González Bustamante, etc.) señalan que el procedimiento penal se divide en averiguación previa, instancia, juicio y ejecución.

4.- Briseño Sierra, Humberto, Derecho procesal; s/n de ed. Ed. Cárdenas; México, 1969.

5.- Colín Sánchez ,Guillermo, Derecho de procedimientos Penales; 12 ed. Ed. Porrúa; México 1990.

6.- Cue Casanova, Agustín; Historia Social y economía de México; (1521-1851) Ed. Trillas; México, 1960.

7.- Cosío Villegas, Daniel. Et. Al Historia General de México; Ed. Colegio de México, vol. 2; México, 1977.

8.- Castellanos Tena, Fernando; Lineamientos elementales del Derecho Penal; 16 ed. Ed. Porrúa; México 1982.

9.- Fraga, Gabino Derecho Administrativo; 24a. ed. Ed. Porrúa México 1985.

10.- Floris Margadant S, Guillermo; Introducción a la Historia del derecho mexicano; 7a. ed. Ed. Esfinge; México 1986.

11.- Florian, Eugenio; Elementos de Derecho Procesal Penal; Ed. Bosch, Barcelona; s/f.

12.- González Bustamante, Juan José; Principios del Derecho Procesal Penal mexicano; 8a. ed. Ed. Porrúa México, 1985.

13.- García Ramírez, Sergio y Adato de Ibarra, Victoria; Prontuario del Proceso Penal mexicano; 3a. ed. Ed. Porrúa México, 1984.

14.- García Ramírez, Sergio; Curso de Derecho Procesal Penal; 3a. ed. Ed. Porrúa; México, 1980.

15.- Gómez Lara, Cipriano; Teoría General del Proceso; Textos Universitarios; 1a. ed. Ed. U. N. A.M.: México, 1974.

16.- García Ramírez, Sergio; Proceso Penal y Derechos Humanos; la. ed. Ed. Porrúa, México, 1992.
17.- González Quintanilla, José Arturo; Derecho Penal mexicano Ed. Porrúa; México, 1991.
18.- Iñigo, Alejandro; Bitacora 1500; Ed. D. D. F. México, 1982.
19.- Islas Magallanes de González Mariscal, Olga; Análisis lógico de los delitos contra la vida; 1a. ed. Ed. Trillas; México, 1982.
20.- León Portilla, Miguel; El Tolyecayotl.
21.- mancilla Ovando, Jorge Alberto; las Garantías individuales y su aplicación en el Proceso Penal; 3a. ed. Ed. Porrúa; México, 1990.
22.- Mesa Velazquez, Luis Eduardo; Derecho Procesal Penal Tomo I; Ed. Universidad de Antioquía, Colombia, 1963.
23.- Nicola Abvagnano, Diccionario de Filosofía; Ed. F. C. E. México, 1974.
24.- Osorio y Nieto, Cesar Augusto; La Averiguación Previa 6a. ed. Ed. Porrúa; México, 1992.
25.- Orozco Enriquez, José de Jesús; Et. Al. C. P. E. U. M. Comentada Ed. D. D. F., U.N.A.M. y P. G. J. D. F. México, 1992.
26.- Ovalle Favela, José; Derecho Procesal Civil, Colección Textos Universitarios; la. ed. Ed. Harla, México, 1980.
27.- Pallares, Eduardo; Promtuario de Procedimientos Penales Ed. Porrúa, 12 ed. México, 1989.
28.- Porte Petit Candadup, Celestino; Importancia de la Dogmatica jurídico penal; 4a. ed. Ed. Porrúa.
29.- Pérez Palma, Rafael; Guía de derecho procesal penal; Ed. Cardenas, editor, 1a. ed. México, 1975.
30.- Sahagun, Bernardino de Fray; Historia General de las casas de la nueva España; Ed. Porrúa.
31.- V. Castro, Juventino; El Ministerio Público en México; 2a. ed. Ed. Porrúa; México, 1978.
32.- Torres Escamilla, Juan, El Régimen judicial y la justicia en la ciudad de México; apuntes mecanográficos. Academia de Policía de la Secretaría de Protección y Vialidad del D., D.F. México, 1984.

LEYES, REGLAMENTOS Y DECRETOS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Código Penal para el distrito Federal.
Código de procedimientos Penales para el Distrito Federal
Ley Orgánica de la procuraduría General de Justicia del D. F. 3a. ed. Ed. Themis, S. A. de C.V. México, 1992.

DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN

12 de diciembre de 1983.
12 de enero de 1989.
11 de marzo de 1993 y 10 de enero de 1994.

DICCIONARIOS

Diccionario Enciclopédico Ilustrado Océano Uno ed. 1991.
De Pina Vara, Rafael, Diccionario de Derecho, 9a., ed. Ed. Porrúa, México, 1980.
Diccionario Larousse, México, 1982.
Diccionario de sinónimos y antónimos, 2a. ed. Ed. Bibliografía. Barcelona, España, 1980.
Diccionario de la Lengua Española, 19 ed. Ed. Esposa-Calpe, S. A.

JURISPRUDENCIA

Quinta Época: Tomo III, p 83 Olvera, José C. Tomo IV, p. 540 Navarro, José Trinidad, Tomo IV, p. 1233 Guevara J, de la Luz, Tomo XIII p. 621 Nieto Leopoldo F. Tomo XIV p. 128 Molina Ladestao

Amparo en Revisión 616/77 Hero, Arturo Matracitas Ninohui y coagraviados, unanimidad de votos, 28 de abril de 1978 ponente Genáro David Góngora Pimentel, Secretaria Armida Elena Rodríguez Celaya. Informe 1978 Tribunal Colegiado del Quinto Circuito.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....1

CAPÍTULO PRIMERO

BREVES ANTECEDENTES HISTORICOS DEL MINISTERIO PÚBLICO EN MÉXICO

1.1. Época precortesiana.....5
1.2. Época de la Colonia.....14
1.3. Época Independiente.....20
1.4. Etapa posrevolucionaria.....25

CAPÍTULO SEGUNDO

MARCO TEORICO CONCEPTUAL

2.1. El Ministerio Público.....32
2.2. Naturaleza Jurídica del Ministerio Público.....39
2.3. Funciones.....46
2.4. Plazo y termino, concepto y clasificación.....52
2.5. Flagrancia, cuasi flagrancia presunción de esta y notoría urgencia.....57
2.6 Aprehensión, detención y presentación.....67

CAPÍTULO TERCERO

LA AVERIGUACIÓN PREVIA Y LAS DETERMINACIONES QUE EL MINISTERIO PÚBLICO TIENE EN LA MISMA

3.1. La averiguación previa. 74
3.1.1. Concepto. 74
3.1.2. Análisis y consecuencias. 79
3.2. La acción penal. 88
3.2.1. Nociones generales. 88
3.2.2. Concepto, análisis y consecuencias jurídicas. 92
3.2.3. Requisitos legales para el ejercicio de la acción penal. 100
3.3. El no ejercicio de la acción penal y la reserva del expediente. 106
3.3.1. El no ejercicio de la acción penal. 106
3.3.2. La reserva 111
3.3.3. Otras determinaciones 113

CAPÍTULO CUARTO

LA REFORMA CONSTITUCIONAL AL ARTÍCULO 16

4.1. Comentario preliminar. 115
4.2. Presupuestos normativos para la orden de aprehensión 124
4.3. Supuestos normativos para la orden de aprehensión sin mandato judicial. 141
4.4. El caso del flagrante delito y la notoria urgencia. 145
4.4.1. El flagrante delito. 145
4.4.2. La notoria urgencia. 152

CONCLUSIONES. 160
BIBLIOGRAFÍA. 169