

CAPÍTULO III

PROCEDIMIENTO DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA Y SU INTEGRACIÓN.

3.1. CONTENIDO Y FORMA.

Las actas de averiguación previa deben contener todas y cada una de las actividades desarrolladas por el Ministerio Público y sus auxiliares, siguiendo una estructura sistemática y coherente, atendiendo una secuencia cronológica, precisa y ordenada, observando en cada caso concreto las disposiciones legales correspondientes.

3.2. REQUISITOS DE PROCEBILIDAD.

Son las condiciones legales que deben cumplirse para iniciar una averiguación previa y en su caso, ejercitar la acción penal en contra del responsable de un delito.

Conforme se regula en nuestros códigos de procedimientos penales, el Ministerio Público es pues, el órgano de la autoridad que está legalmente facultado para presidir la averiguación previa.

El periodo de preparación de la acción penal, que las leyes del procedimiento acostumbra llamar Averiguación Previa, tiene por objeto, reunir los requisitos exigidos por el artículo 16 Constitucional, para el ejercicio de la acción penal. El desarrollo de este periodo compete en forma exclusiva al Ministerio Público.

El período de averiguación previa solamente puede iniciarse previa presentación ante el Ministerio Público de denuncia, acusación o querella y que, por lo tanto, dicho concepto prohíbe implícitamente la realización de pesquisas. En consecuencia, todas las autoridades que ejecuten funciones de policía judicial se abstendrán de indagar respecto de la comisión de delitos en general y solamente procederán aquellos que les han sido denunciados o querellados.

La averiguación previa se inicia de oficio, por proceder de oficio se entiende, en razón de la propia autoridad de que está investido el Ministerio Público de acuerdo con el artículo 21 Constitucional.

Cuando el Ministerio Público Federal tenga conocimiento por si o por conducto de sus auxiliares, de la probable comisión de un delito, cuya persecución dependa de querella o de cualquier otro acto equivalente, que deba formular alguna autoridad legitimada, para presentar la querella o cumplir el requisito equivalente, que deba formular alguna autoridad, los comunicara, por escrito y de inmediato a la autoridad legitimada, para presentar la querella o cumplir el requisito equivalente , a fin de que resuelvan con el debido conocimiento de los hechos lo que a sus facultades corresponda. Las autoridades harán saber por escrito al Ministerio Público Federal la determinación que adopten.

En caso de que de acuerdo a lo que se estipula en el artículo 16 Constitucional , el Ministerio Público Federal o auxiliares tengan detenidos a su disposición, así lo harán saber a las autoridades legitimadas para formular querella o cumplir con el requisito equivalente y otras deberán comunicar por escrito la determinación que adopten, en el lapso de veinticuatro horas.

El Ministerio Público debe agotar la averiguación previa y en consecuencia, practicar todas aquellas diligencias que sean necesarias para reunir los requisitos del artículo 16 de nuestra carta magna.

3.3. ACCIÓN PENAL.

Es la atribución constitucional exclusiva del Ministerio Público por la cual al órgano jurisdiccional competente aplique la ley penal a un caso concreto.

"El concepto de acción en general, como un derecho público subjetivo tiene como finalidad reclamar el servicio público jurisdiccional, recibe los calificativos específicos de "acción civil", "penal", etc., de acuerdo con la materia a que pertenece y principalmente, según la índole misma de la actuación que propugna."

La acción penal es el poder-deber del Estado para obtener de quien tiene la jurisdicción y al competencia, la sanción prevista por la realización de un hecho punible. 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 apariencias delictuosas.

El autor **Fernando de Arilla Bas**, la define como el poder jurídico del propio Estado de provocar la actividad jurisdiccional con objeto de obtener del órgano de esta una decisión que actualice la punibilidad formulada en la norma respecto de un sujeto ejecutor de conducta descrita en ella.⁸

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. La acción establece cuatro cometidos diversos y sucesivos: provocar, en primer lugar, la comprobación del delito; poner los elementos, subjetivos y objetivos del proceso a disposición del juez, a fin de que no se pierdan; proponer al juez las razones de la comprobación o establecimiento de la certeza; provocar

⁸ ARILLA BAS, Fernando A, La averiguación previa, editorial Porrúa, México 1992.

finalmente, el nuevo examen de las providencias. La acción penal es en la doctrina más generalizada, el poder jurídico de promover la actuación jurisdiccional a fin de que el juzgador pronuncie de la punibilidad de hechos que el titular de aquella reputa constitutivos de delito. Esta acción es la exteriorización de la voluntad indispensable para la actuación del Derecho Penal objetivo, la base y la razón de ser Derecho Penal, haciendo legítimo su normal desenvolvimiento.

Para el ejercicio de la acción penal es indispensable la información del Ministerio Público desde el principio de la averiguación y no basta para convalidar las actuaciones, que en segunda instancia el Ministerio Público ejerza la acción penal, puesto que dicha acción se fundara en diligencias notoriamente ineficaces.

La acción penal ofrece las siguientes características:

- I. Es pública, porque sirve ala realización de una pretensión estatal.
- II. Es la única, por que abarca todos los delitos perpetrados por el sujeto activo, que no haya sido juzgados. Es decir, abarca todos los delitos constitutivos de concurso real o ideal;
- III. Es indivisible, en cuanto que recae sobre todos los sujeto del delito, salvo aquellos en quienes concorra una causa personal de exclusión de la pena.
- IV. Es intrascendente, en virtud de que en acatamiento al dogma de la personalidad de las penas, consagrado por el artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que prohíbe las penas trascendentales del delito.

- V. Es discrecional, pues el Ministerio Público, puede o no ejercerla, aun cuando estén reunidos los elementos del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- VI. Es retractable, ya que la citada institución tiene la facultad de desistirse de su ejercicio, sin que el desistimiento prive al ofendido por el delito del derecho de demandar la reparación del daño ante los tribunales civiles.

El Ministerio Público en México es un encargado estatal encargado de promover la consagración del principio de la oficialidad del ejercicio de la acción penal.

El sujeto pasivo de la acción penal, recibe genéricamente el nombre de reo. Sin embargo su calidad jurídica se transforma, produciendo diversas consecuencias jurídicas caracterizadas por los mayores gravámenes sobre la persona, a través de los diferentes periodos en el desarrollo del procedimiento. Es indiciado, procesado, acusado y condenado, durante los periodos de preparación del proceso, de proceso propiamente dicho, de juicio y después de dictada la sentencia ejecutoria, respectivamente.

El reo, antes del ejercicio de la acción penal en su contra, no es, propiamente sujeto de relación jurídica alguna. Pero, como simple gobernado, goza ante el Ministerio Público de la garantía de silencio pudiendo negarse a declarar.

El Ministerio Público una vez que se ha ejercitado la acción penal, se convierte en autoridad de parte, y, por ende, extinguido el periodo de preparación del ejercicio de dicha acción carece de facultades de investigación. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resultado que después de la consignación que el Ministerio Público hace a la autoridad judicial, termina la averiguación previa y el Ministerio Público no debe seguir practicando diligencias de las cuales no tenga conocimiento el juez hasta que

sean remitidas después de la consignación y es inadmisibile que, al mismo tiempo, se sigan dos procedimientos, uno ante el juez de la causa y otro ante el Ministerio Público.

En consecuencia, las diligencias practicadas por el Ministerio Público y remitidas al juez con posterioridad a la consignación, no puede tener alguno, ya que proceden de parte interesada, como lo es el Ministerio Público, y esa institución solo puede practicar válidamente diligencias de averiguación previa.

3.4. ELEMENTOS DEL TIPO PENAL Y PROBABLE RESPONSABILIDAD.

Por elementos del tipo entendemos el conjunto de componentes que constituyen la conducta considerada por la norma penal como delictiva y que en ausencia de cualquiera de ellos no se integra el ilícito penal.

Para resolver la probable responsabilidad del inculpado, la autoridad deberá constatar si no existe acreditada a favor de aquél alguna causa de licitud y que obren datos suficientes para acreditar su probable culpabilidad.

Los elementos del tipo penal de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley.

Para encuadrar dentro del tipo previsto por la ley la conducta efectuada por el posible sujeto activo, deberá seguirse un proceso de adecuación típica el cual se va a realizar comparando la conducta delictiva realizada con la descripción legal.

Por probable responsabilidad se entiende la posibilidad razonable de que una persona determinada haya cometido un delito y existirá cuando del cuadro procedimental se deriven elementos fundados para considerar que un individuo es probable sujeto activo de alguna forma de autoría. Se requiere, para la

existencia de la probable responsabilidad, indicios de responsabilidad, no la prueba plena de ella, pues, tal certeza es materia de la sentencia.

3.5. CONSIGNACIÓN DE LA AVERIGUACIÓN.

Es el acto del Ministerio Público de realización normalmente ordinaria, que se efectúa una vez que está debidamente integrada la averiguación y en virtud del cual se inicia el ejercicio de la acción penal, poniendo a disposición del juez todo lo actuado en la mencionada averiguación, así como las personas y cosas relacionadas con la averiguación.

Sus bases legales son las siguientes:

Los fundamentos de orden constitucional de la consignación son el artículo 16, que se refiere a los requisitos para el ejercicio de la acción penal, y el artículo 21 por lo que se refiere a la atribución del Ministerio Público de ejercitar la acción penal.

Los fundamentos procesales se encuentran en los artículos 193 y 194 del Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado.

Los requisitos son los siguientes:

Es indispensable que en la averiguación previa se hayan practicado todas y cada una de las diligencias necesarias para integrar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, esto es, que en la averiguación, en cada tipo específico se agote la indagatoria de manera que existan los suficientes elementos y probanzas que sitúen al Ministerio Público en amplitud de integrar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad.

Agotada la averiguación por el Ministerio Público, por reunirse los requisitos del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ejercitará la acción penal. En caso de que la detención de una persona exceda de los términos señalados en el artículo 16 de la Constitución

Política de los Estados Unidos Mexicanos y 3 fracciones IV, tercer párrafo del código de Procedimientos Penales del Estado, se presumirá que estuvo incomunicada y las declaraciones que haya rendido no tendrán validez.

Contenido y forma.

En cuanto a formalidades especiales, la ley procedimental no exige ninguna, por tanto, los únicos requisitos que deberán proceder a la consignación, son los establecidos en el artículo 16 Constitucional.

En términos generales, el pliego de consignación debe contener:

- I. Expresión de ser con o sin detenido.
- II. Número de Averiguación Previa.
- III. Agencia del Ministerio Público que formula la consignación.
- IV. Número de fojas.
- V. Juez al que se dirige.
- VI. Nombre del probable responsable.
- VII. Delito que se imputa.
- VIII. Artículos del Código Penal que establezcan y sancionen el ilícito de que se trate.
- IX. Síntesis de los hechos materia de la Averiguación.
- X. Artículos del Código de Procedimientos Penales aplicables para la comprobación de los elementos del tipo, así como las pruebas utilizadas específicamente en el caso concreto.
- XI. Forma de demostrar la probable responsabilidad.
- XII. Mención expresa de que se ejercita acción penal.
- XIII. Si la consignación se efectúa con detenido se debe precisar el lugar en donde queda éste a disposición del juez.
- XIV. Si la consignación se lleva a cabo sin detenido, se solicitará orden de aprehensión o de comparecencia según el caso.
- XV. Firma del responsable de la consignación.

Respecto de la ponencia de consignación, se estima que debe fundamentarse, en su caso, cuando se presenten las circunstancias agravantes, en el o los artículos que se adecuen a las situaciones que se hayan presentado en la ejecución del delito, una consignación que se efectuase sin tomar en cuentas las agravantes sería una consignación incompleta, que además de no contener todas las circunstancias del hecho impediría al agente del Ministerio Público adscrito al juzgado actuar y perseguir al delito de eficacia y daría finalmente lugar a una sentencia, en el mejor de los casos, por otra parte si se ejercita acción penal tomando en consideración las agravantes se da por oportunidad al sujeto activo de que se defienda precisamente por esta acusación.

3.6. EL TÉRMINO DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

El artículo 16 constitucional hace referencia a la oportunidad con la que deben realizarse ciertos actos, por cuanto afirma que la persona que aprehenda al delincuente en flagrante delito deberá ponerlo sin demora a disposición de la autoridad inmediata, y en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia el ministerio público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley. En esas referencias temporales, algunos autores han encontrado motivo para preguntarse si la averiguación previa tiene término, es decir, si el Ministerio Público, al investigar el delito, se encuentra limitado por un plazo, dentro del cual debe necesariamente resolver si ejerce o no la acción penal.

Por lo que se refiere a la averiguación previa que se lleva a cabo sin detenido, la constitución no impone límites temporales a la investigación de los delitos, ni en el artículo 16 ni en ningún otro artículo y, por lo tanto la integración de esas indagatorias dependerá en mayor o menor medida de los delitos a investigar, las pruebas que se deben de desahogar para comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, así como del número de acusados que exista.

3.7. LA RESOLUCIÓN, FUNDAMENTACIÓN Y MOTIVACIÓN.

Un problema grave con el que contamos actualmente , en verdad lo es el de la fundamentación y motivación, y no solamente en materia penal, a pesar de que en esa materia donde se nota con mayor claridad la inconsistencia de las resoluciones; bien sea desde el acuerdo inicial e la averiguación previa, bien en el llamado “ pedimento” , en el que se ejercita la acción penal y ya no se diga en el auto de formal prisión.

En relación a esta última resolución, vemos, como a menudo, los responsables de emitirla, violan los derechos del procesado establecidos en el artículo 16 y 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos mexicanos y cuando aquella persona demanda el amparo y le es concedido en forma total, y no para efectos, lejos cumplir con la resolución en que se concede, incurrir en graves actos no solamente en contra de la administración de justicia, que dan ocasión al cese por parte de sus superiores, sino lo que es más grave para ellos, en hechos probablemente constitutivos de delito, esto es, o vuelven a dictar otra auto sin cumplir el fundamento y la motivación, o bien cuando el amparo se concede en cuanto a forma, al no poder hacer un correcto manejo de los elementos que constituyen (al delito), optan por dejarlos en libertad, dictando resoluciones que van al fondo y no a la forma grave, situación, generadora de responsabilidad, y, en muchos casos, de impunidad, al quedar en libertad verdaderos delincuentes.

Lo anterior demuestra escaso o nulo conocimiento del derecho penal sustantivo, y rutinario que hacer en cuanto al adjetivo, por lo tanto si de fundar y motivar se trata, sean estas de consignación, de privación preventiva, de desvanecimiento de datos, de conclusiones, de sentencia, etcétera , manejando como se maneja un concepto, dentro ellas, como lo es el cuerpo del delito, debe de conocerse con precisión, el o los textos correspondientes que lo describan, para desmenuzarlos y conocer su contenido para los efectos de lograr una correcta adecuación de los hechos, una vez desintegrado dicho contenido, de tal suerte, que conociendo lo que se va a probar, se pueda hacer uso racional de los medios de prueba.

3.8. AUTO DE FORMAL PRISIÓN.

Si bien es cierto que en el artículo 2 del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece que el proceso se seguirá por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión y que si en el curso del procedimientos aparece que el reo a cometido un delito diverso del perseguido, este deberá ser objeto de acusación por separado, también lo es que la palabra “delito” , en el citado precepto constitucional, no significa la clasificación jurídica que de los hechos atribuidos al proceso hace la ley, sino el conjunto de actos que integran el hecho criminoso y que , por ser perjudiciales a la sociedad, son reprimidos y castigados por la autoridad pública.

En el artículo 19 Constitucional se persigue el fin de que se determine con toda precisión, el delito o delitos que se imputan al reo, y no que se abarque a todos los cometidos con ocasión: de determinado acontecimiento, porque en esta forma, el reo no tendrá una base fija para su defensa, que es el objeto que busca el artículo 19 Constitucional, al determinar que todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión: por otra parte, el tan citado artículo no se refiere solo al nombre o a la

calificación del delito, sino al hecho o hechos delictuosos, y tan es así, que ordena que se hagan constar los elementos que constituyen el delito, el lugar, el tiempo y circunstancias de ejecución, a fin de fijar exactamente el hecho delictuoso.

En el auto de formal procedimiento únicamente debe fijarse el tema del proceso, al encuadrar, el órgano jurisdiccional, los hechos delictuosos en algunas de las figuras del catalogo de tipos que señala el código y estimar si existen bases para reprochar la comisión del delito imputado.

De ningún modo está obligado el órgano jurisdiccional en el auto de formal prisión, a precisar el grado de responsabilidad del imputado, ya que esto es lo que constituye el objeto del proceso penal en el que e debe establecer en concreto si existió el hecho delictuoso y determinar la responsabilidad del acusado conforme a las conclusiones del Ministerio Público en que se fije y perfeccione el ejercicio de la acción penal.

3.9. DERECHOS DEL INDIVIDUO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

Los derechos de las personas inculpadas dentro de una averiguación previa son los siguientes:

- A una llamada telefónica.
- Que se le notifique de que delito se le acusa y los nombres del o las personas que lo acusan.
- Nombrar una persona de confianza (amigo, madre, padre, familiar alguno , o bien alguna persona con la que tiene confianza plena y sea de su total confianza) o abogado en particular , si la persona inculpada no contara con los recursos económicos para asignar un abogado, la federación en este caso le asignara un abogado defensor de oficio federal.

- A ofrecer pruebas de descargo.
- A una copia de sus declaraciones.
- A revisar su expediente.
- A carearse con los testigos que declaren en su contra.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos en México, demarca para la persona ofendida o víctima por algún tipo de ilícito los siguientes:

- Darles todas las facilidades para identificar al probable responsable, en los casos de delitos contra la libertad y el normal desarrollo psicosexual o secuestro se dictaran todas las medidas necesarias, para evitar que se ponga en peligro la integridad física y psicológica de la víctima u ofendido.
- Proporcionar a la víctima u ofendido un trato digno y respetuoso considerando en su caso la situación de vulnerabilidad físicas y emocional en que se encuentre.
- Cuando se encuentren involucradas personas discapacitadas, como víctimas u ofendidos del delito, se deberán prever las medidas conducentes para la práctica de las declaraciones y de las diligencias que se sean procedentes tomando en consideración la naturaleza de su discapacidad.
- Tratándose de víctimas u ofendidos de nacionalidad extranjera, se les darán todas las facilidades para comunicarse a la embajada o consulado de su país y en su caso para constar con un traductor.

- Cuando la víctima u ofendido pertenezca a algún pueblo indigente y no hable o entienda suficientemente el castellano se le designara un traductor.
- Proporcionar en forma gratuita copia simple de la denuncia o querella ratificada que formule la víctima u ofendido.
- Dar todas las facilidades a la víctima u ofendido para que se comunique cuantas veces sea necesario, con sus familiares abogados o personas de su confianza para informarles sobre su situación y ubicación por lo que se le permitirá utilizar el teléfono, fax, correo electrónico, o cualquier otro medio de comunicación de que se disponga.
- En caso de que la víctima u ofendido desee otorgar el perdón informar claramente del significado y trascendencia jurídica de dicho acto.