

CAPÍTULO CUARTO AVERIGUACIÓN PREVIA

I. La averiguación previa en el derecho mexicano . . .	77
II. Denuncia y querrela	78
III. Diligencias de averiguación previa	80
A. Finalidad	80
B. Inmediación	81
C. Derechos del indiciado	81
D. Conciliación	83
E. Medidas precautorias	84
IV. Asistencia médica	84
V. Detención	85
A. Consideración general	85
B. Flagrancia	86
C. Urgencia	89
1. Autoridad	89
2. Delito grave	90
3. Riesgo de sustracción a la justicia	91
4. Imposibilidad de obtener orden judicial	92
D. Plazo de detención. Delincuencia organizada	93
VI. Elementos del tipo y probable responsabilidad	95
VII. Conclusión de la averiguación previa	98
A. Ejercicio y no ejercicio de la acción. La reserva	98
B. Plazo para el ejercicio de la acción	101
C. Impugnación del acuerdo del Ministerio Público	103
VIII. Reparación de daños y perjuicios. Consideración preliminar	107

CAPÍTULO CUARTO AVERIGUACIÓN PREVIA

I. LA AVERIGUACIÓN PREVIA EN EL DERECHO MEXICANO

El título cuarto del CPP lleva el rubro de “Averiguación previa”; el primer capítulo se refiere al inicio del procedimiento. Antes de emprender el examen de las disposiciones más interesantes de esta fase procesal, conviene recordar que el procedimiento discurre por períodos bien conocidos en el derecho procesal penal mexicano. Son el producto de la evolución del régimen de enjuiciamiento a partir del sistema mixto que floreció en Europa en los albores del siglo XIX. Este régimen, posterior al inquisitivo (continental europeo) y al acusatorio (insular inglés), cada uno de ellos con nutridos y antiguos precedentes, se caracteriza —entre otros datos— por la presencia del MP y la división del procedimiento en dos etapas: la instrucción, destinada a la investigación del delito y de sus autores y participantes, y el plenario o juicio, dedicado a la apreciación de las pruebas por el tribunal sentenciador, el debate y la sentencia. En la etapa instructoria hay elementos del régimen inquisitivo (muy moderado, por supuesto); en la cognitiva, predominan los elementos del sistema acusatorio.

La recepción de este sistema mixto en México ocurrió durante el siglo XIX y se concretó en ordenamientos como los códigos de procedimientos penales del Distrito Federal y Territorios, de 1880 y 1894. En éstos, la instrucción corría a cargo de un juez instructor (órgano del Poder Judicial) y el plenario, a cargo de un tribunal de conocimiento y sentencia (con o sin participación del jurado popu-

lar, juzgador lego encargado de emitir un veredicto); el MP —figura del procedimiento con origen hispanofrancés— sostenía la acusación ante el tribunal de sentencia.

A raíz de la Constitución de 1917 —en cuyos trabajos preparatorios se constató el fracaso del juez instructor— la tarea investigadora quedó encomendada a un órgano administrativo, el MP. Una vez que éste concluye la investigación —que recibe el nombre de averiguación previa y constituye, en esencia, una instrucción administrativa— comienza el procedimiento judicial o proceso, en sentido estricto, que a su vez se divide en instrucción y juicio. Dejando de lado algunas experiencias más bien escasas y ya distantes, en el enjuiciamiento penal mexicano un solo juzgador —un solo individuo investido con facultades jurisdiccionales— instruye y sentencia. Esta bifuncionalidad del juzgador tiene partidarios y detractores; ciertamente ofrece ventajas y desventajas, que no tiene caso examinar ahora.

II. DENUNCIA Y QUERELLA

La interpretación —legal, jurisprudencial y doctrinal— del artículo 16 de nuestra Constitución entiende que la averiguación previa sólo puede comenzar mediante denuncia o querrella. Es inaceptable que el procedimiento se inicie con una delación, como ahora puede ocurrir bajo las disposiciones de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

El CPP se refiere a la denuncia y a la querrella como requisitos de procedibilidad, actos-condición para el inicio de la averiguación, que significa el principio del procedimiento penal mismo. Esos actos se informan por la regla de lealtad y probidad (artículos 54, CGRO, y 116 y 117, CPP), que debiera presidir siempre las actuaciones de los participantes. La exposición de motivos del CGRO puntualiza: “el procedimiento penal no debe ser manipulado con fines innobles, ajenos a la estricta pretensión de justicia”.

Tales requisitos de procedibilidad se ajustan a las normas constitucionales sobre el derecho de petición. El denunciante y el querellante describen los hechos supuestamente delictuosos, pero

no los clasifican o califican legalmente. La autoridad debe explicar a aquéllos el alcance del acto que realizan. Se dispone la publicación de la resolución en que culmina la indagatoria, cuando los propios denunciantes o querellantes hubieran publicado la *notitia criminis* que aportan al órgano investigador (artículo 117).

Si los hechos sólo pueden ser perseguidos a petición de una autoridad (mediante excitativa o cualquier otro requisito equivalente a la querrela), el MP pedirá por escrito a esa autoridad que manifieste si satisfará el requisito o se abstendrá de hacerlo; éste deberá contestar, asimismo, por escrito (artículo 112), todo ello con el propósito de poner de manifiesto —en orden a las correspondientes responsabilidades— que la formulación de estos requisitos se inscribe en el ejercicio de una función pública, que debe ejercerse al amparo de la ley.

Sobre este último punto, la exposición de motivos del CGRO, que contiene esa misma norma (artículo 54), puntualiza:

Si viniera al caso una querrela de particular, sólo a este incumbe, pues se trata de un interés que le está reservado, resolver si ejercita o no su derecho, y nadie puede pedirle declaraciones formales al respecto. No sucede lo mismo cuando se trata de autoridades, que tutelan un interés público. Por ello se dispone que el MP se dirigirá a ellas, por escrito, para que las autoridades así interrogadas contesten, también por escrito, sobre la determinación que adopten acerca del requisito de procedibilidad. Con ello se da la deseable transparencia a la determinación de una autoridad.

Es importante la disposición relativa a la perseguibilidad de delitos patrimoniales, cuando ésta se sujeta al requisito de querrela (que es la regla acogida en el código procesal): antes de proseguir la averiguación, el MP dispondrá que se requiera formalmente al indiciado para que haga la devolución a su cargo o formule las declaraciones que juzgue pertinentes, a no ser que el querellante acredite que ya ha realizado dicho requerimiento por cualquier medio fehaciente previsto por la ley (artículo 112). Obviamente, se trata de depurar el procedimiento, excluyendo presiones indebidas o actuaciones innecesarias.

III. DILIGENCIAS DE AVERIGUACIÓN PREVIA

A. *Finalidad*

Anteriormente se aludía a diligencias de policía judicial, entendido este concepto como sinónimo de investigación del delito, no como designación de un cuerpo investigador: la Policía Judicial, auxiliar del MP. La averiguación previa tiene objetivos perfectamente definidos, a los que deben disciplinarse las actividades de quien preside y responde por esa indagación; esto es, el MP: resolver si se ha cometido un delito y si determinada persona es penalmente responsable por su comisión; una vez definidos ambos extremos, será posible ejercitar la acción penal.

Por ende, el contenido de la averiguación previa es una serie de actuaciones indagatorias que procuran acreditar, en los términos de los artículos 16 y 19 constitucionales, los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del inculpado en el caso concreto. Aquí la expresión “probable” debe entenderse como “razonablemente probada”, al menos con indicios suficientes, y no como susceptible de prueba, que aún no existe. Por ende mira hacia el pasado y el presente (se ha probado), no hacia el futuro (se puede probar).

En otros términos, la averiguación debe establecer la procedencia de la acción penal (por eso algunos autores la denominan “período de preparación de la acción penal”); como ésta es el cauce para que corra la pretensión punitiva, el MP ha de precisar si existen los datos que nutren esa pretensión, que son aquellos que arriba señalé: los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad delictuosa de una persona determinada.

Aun cuando las actuaciones esenciales de la averiguación previa se destinan a ese fin, también atiende a otras implicaciones laterales, habida cuenta de los problemas que desencadena el delito, los requerimientos de la paz pública y las necesidades inherentes a la persecución penal: entre ellos, salvaguardar los legítimos intereses del ofendido, asegurar las personas y cosas relacionadas con los hechos, precisar los daños y perjuicios causados (artículo 119).

B. *Inmediación*

Ya señalé la enorme importancia de la inmediación como principio rector del procedimiento penal. La individualización de la persona —o personalidad— del justiciable es un medio —aunque no el único, porque también hay que tomar en cuenta los datos del delito, objetivamente considerados, así como el dolo y la culpa— para la individualización de la sanción. Y hay todavía otras necesidades individualizadoras que se relacionan con instrumentos cautelares como la libertad provisional del inculpado. Por todo esto, el MP debe reunir desde el inicio de la averiguación los elementos que puedan servirle —a la hora de formular pedimentos y conclusiones—, así como servir al juez, para el cumplimiento de atribuciones relacionadas con individualización de medidas procesales o penales: libertad provisional y aplicación de sanciones.

C. *Derechos del indiciado*

En los últimos tiempos se ha fortalecido lo que pudiéramos llamar el “estatuto del indiciado” —en éste, una vertiente se integra por los derechos del indiciado detenido— que se proyecta en la averiguación previa. La evolución del procedimiento —a partir de la notable reforma procesal penal, federal y del Distrito Federal, en 1983, y las posteriores en esos mismos ordenamientos y en la propia Constitución— ha incluido en la averiguación previa sendos derechos del indiciado. A ésta han llegado prerrogativas que anteriormente estuvieron asignadas sólo al procesado. La autoridad obligada frente a estos derechos del indiciado es la responsable de la averiguación previa: el MP, por medio de los agentes que lo integran y que participan en la indagatoria.

Los artículos 59 del CGRO —reformado tras la modificación constitucional de 1993— y 120 del CPP establecen el catálogo de esos derechos, cuya inobservancia altera el debido proceso legal y puede acarrear la nulidad de actuaciones. Debe informarse al detenido sobre los hechos que se le atribuyen y las personas que hacen la imputación. Obviamente, este informe no se satisface si

sólo se entera el detenido acerca de la clasificación técnico-jurídica de los hechos, sin ponerlo al tanto sobre la identidad real de éstos; tampoco si el MP se limita a decir que hay personas que le imputan tales hechos, o que la imputación proviene del propio órgano investigador.

Otros derechos del detenido son: a) comunicarse con quien desee; b) contar con defensa, lo que incluye la necesidad de proveer asistencia jurídica de oficio a quien carece de defensa particular: aquí el propósito perseguido es que el inculpado “cuenta con defensa desde el momento en que puede participar en la primera diligencia”; c) declarar o abstenerse de hacerlo: se reconoce, pues, el derecho al silencio, y d) obtener libertad provisional bajo caución, cuando proceda, en los términos que analizaremos al ocuparnos de la libertad del inculpado, en general, a lo largo del procedimiento.

Son muy relevantes los actos de defensa del indiciado en la averiguación previa, habida cuenta de que aquél es sujeto de ella, no objeto de la misma. Por eso, como ya se dijo, tiene derecho a contar con defensor, al que serán aplicables, en lo conducente, las reglas que rigen la actividad de éste durante el proceso (artículo 120). El MP está obligado, como ya se dijo, a reunir con diligencia tanto las pruebas de cargo como las de descargo, con el fin de disponer de una versión completa y fidedigna acerca de los hechos y la responsabilidad. Por ello, en principio, no sería necesario que el indiciado contase con un defensor: el MP debiera ser el más comprometido defensor de sus intereses legítimos. Empero, la realidad se revela contra las abstracciones; de ahí la conveniencia —más todavía, la absoluta necesidad— de que el indiciado cuente con una asistencia legal competente y suficiente, y además autónoma.

En este mismo orden de consideraciones, vale decir que el MP debe recibir las pruebas que aporten el inculpado y su defensor (artículo 125). Esta recepción no es una mera reunión de elementos para dejar constancia en el expediente, sino un verdadero ejercicio probatorio. Por ello, el MP debe tomar en cuenta esas pruebas “como legalmente corresponda, razonando su apreciación en la

determinación que adopte al concluir la indagatoria”; en otras palabras, se halla vinculado por las mismas disposiciones que gobiernan la tarea del juzgador; está obligado a razonar sus determinaciones, valorando las pruebas a la luz de la sana crítica. De este sistema de valoración de pruebas me ocuparé más adelante.

D. Conciliación

Conviene destacar en este momento —como lo hace la relación de actos en el CPP— el *desideratum* del legislador en el sentido de reducir la intervención del estado al mínimo posible en la solución de controversias —inclusive las de contenido penal—, y por ello desjudicializar esta solución cada vez que parezca posible y conveniente hacerlo. Al hablar de los principios y garantías procesales adelanté algunas consideraciones sobre este punto.

Así las cosas, cuando se desarrolla la averiguación, puesta en marcha por la denuncia o la querrela, y una vez que se han hecho saber al indiciado sus derechos en los términos del artículo 120, es preciso que el MP tome en cuenta las disposiciones del artículo 121, que precisamente atiende a los propósitos citados en el párrafo anterior. Si se trata de delito perseguible por medio de querrela —esto es, si los bienes son disponibles— el MP procurará la conciliación entre el inculpado y el ofendido; para ello puede actuar por sí mismo, pero también puede requerir la intervención de quien pueda lograr ese objetivo en virtud de su autoridad moral y de la ascendencia que tenga sobre el inculpado y el ofendido.

Es muy interesante que, en este orden de cosas, el CPP haya invocado particularmente el caso de los integrantes de grupos étnicos indígenas, en los que suele haber personas y medios idóneos para la solución de los conflictos que se plantean en el interior de las respectivas comunidades. Por eso, en tales casos, el MP tomará en cuenta los usos y costumbres del grupo, al requerir la intervención de quien pueda intentar la conciliación. Ésta es una aplicación legítima y práctica de la tendencia a reconocer el valor de usos y costumbres —que integran un orden jurídico consuetudinario— de los indígenas en los asuntos de la justicia.

E. *Medidas precautorias*

En la averiguación previa puede requerirse el empleo de medidas precautorias: sea para asegurar la presencia del indiciado o de otras personas —testigos— en el lugar donde se desarrolla la indagatoria, sea para garantizar la disponibilidad de bienes que permitan acreditar el objeto o los instrumentos del delito o satisfacer la responsabilidad civil derivada del hecho ilícito, sea para atender a otras exigencias materiales o procesales.

El propio MP posee facultades para adoptar algunas de esas medidas: aseguramiento de instrumentos, objetos o vestigios del delito, liberación provisional bajo garantía patrimonial, disposición del cadáver relacionado con el delito (artículos 139 y 140), etcétera. En otros casos, debe solicitar a la autoridad judicial el mandamiento correspondiente, como sucede en las hipótesis que la propia Constitución reserva al conocimiento de un órgano jurisdiccional: por ejemplo, arraigo del indiciado (artículo 127), cateo, intervención de comunicaciones privadas. En otros lugares del presente comentario analizaré estos últimos temas.

IV. ASISTENCIA MÉDICA

A las diligencias de averiguación previa, bajo un concepto amplio, corresponden también las actuaciones del MP —y por mandato o con autorización suya, de otras autoridades, que también han de actuar conforme a sus propios deberes funcionales— a propósito de la atención médica de quienes han resentido daños en su salud con motivo de un delito. También se autoriza a cualquier persona para que brinde atención al lesionado que la necesite, auxiliándolo y trasladándolo al lugar en que pueda recibirla (artículo 141). El CPP reglamenta los deberes inherentes a la obligación médica, esto es, a la responsabilidad que asume el médico —y el servicio médico mismo, la institución prestadora de servicios de esta naturaleza— cuando quede a su cargo una persona que hubiese resultado lesionada (artículo 142).

Sobre el particular, también interesa el artículo 150, acerca de la custodia y externación del lesionado detenido. Aquélla corresponde a la policía, conforme al acuerdo que emita el MP, y se ejerce bajo la autoridad del encargado del establecimiento. La externación no sólo se relaciona con el estado de salud del enfermo, sino también con su situación jurídica, en tanto trasciende sobre la libertad del sujeto. Por ello, debe estarse a la resolución escrita que dicte la autoridad a cargo del procedimiento: sea el MP, sea el juzgador.

El último párrafo del artículo 20 constitucional garantiza al ofendido y a las víctimas del delito atención médica de urgencia cuando la requieran. Ésta es solamente una proyección específica —y no indispensable, por lo tanto— del derecho a la protección de la salud, que de manera muy amplia menciona el artículo 4 de la propia ley fundamental. Al decir atención de urgencia, se está limitando el derecho a la atención de la salud. En realidad, todos los habitantes de la República —y por supuesto también el ofendido por el delito y el propio delincuente— tienen derecho a una atención médica que va más allá de los tratamientos de urgencia. Por otro lado, la expresión “cuando la requiera” debe entenderse como equivalente a “cuando la precise o necesite”, y no “cuando la solicite”.

V. DETENCIÓN

A. *Consideración general*

La detención es una medida cautelar típica del procedimiento penal, que posteriormente podrá convertirse en prisión preventiva. La reclusión precautoria sólo es practicable cuando el delito imputado se sanciona “cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado” (artículo 16 de la Constitución, segundo párrafo). Esta redacción proviene de la reforma constitucional de 1993; antes se hablaba de pena corporal;

empero, la referencia a ésta subsiste en el artículo 18, que no fue afectado por dicha reforma.

La oscura expresión “cuando menos” da a entender que no habrá lugar a prisión cuando se trate de pena alternativa —entre la prisión y otra que no prive de la libertad— o de sanciones no privativas de libertad. La interpretación más favorable al reo conduce a excluir la detención incluso en el supuesto en que se disponga semilibertad como sanción directa, a pesar de que aquí se alternan periodos de reclusión y de libertad.

Antes de examinar cada caso de detención —en la inteligencia de que la hipótesis de cumplimiento de orden de aprehensión será comentada al analizar la primera fase del proceso, ante autoridad judicial— conviene llamar la atención sobre la necesidad de observar escrupulosamente las reglas concernientes a flagrancia y urgencia; lo contrario podría acarrear libertad del capturado, además de responsabilidad de quienes ordenaron, practicaron y “convalidaron” esa captura, aun cuando no exoneración de la responsabilidad penal que pudiera existir a cargo del indiciado. En efecto, el sexto párrafo del artículo 16 constitucional dispone que el juzgador que reciba a un detenido —por ejercicio de la acción penal— deberá “inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley”.

B. *Flagrancia*

Examinemos ahora la flagrancia y la urgencia (artículos 144 y 145), que sustentan la detención sin orden judicial de captura. La flagrancia abarca cuasiflagrancia y presunción de flagrancia. A este último respecto se aceptaron, en alguna medida, las soluciones contenidas en la legislación del Distrito Federal bajo las reformas de 1996. En cuanto a Morelos, conviene precisar sobre este punto —así como por lo que toca a la recepción de otras soluciones legales provenientes del Distrito Federal, más o menos discutibles— que la vecindad entre la capital de la República y esa entidad federativa, y el incesante flujo de personas entre ambas circunscripciones hace recomendable que Morelos asuma algunas de las figuras penales y

procesales incorporadas en las leyes distritales, para evitar que los infractores del Distrito Federal consideren atractivo delinquir en Morelos y beneficiarse de normas que pudieran tener consecuencias más benévolas, no obstante ser técnicamente más acertadas.

La flagrancia mencionada por la Constitución debe ser analizada a la luz de la ley procesal secundaria. Desde hace tiempo, ésta incluye:

a) **Flagrancia**, en sentido estricto, que aparece cuando el inculpado “es detenido en el momento de cometer el delito” (artículo 144, fracción I);

b) **Cuasiflagrancia**, que se suscita cuando “después de ejecutado éste, [el agente] es perseguido sin interrupción” (fracción II), es decir, sin solución de continuidad, sin abandono de la persecución, independientemente del tiempo que dure dicha persecución —porque la ley no se refiere a plazos, celeridad, inmediatez, como lo hace en otros supuestos—; la norma no exige que el infractor sea perseguido “sin perderlo de vista”, como sostienen algunos autores; tampoco habla de que sea perseguido “materialmente”; es decir, físicamente: puede serlo de otra manera, por medio de técnicas de localización que no se ajustan al concepto de persecución “material”, y

c) **Presunción de flagrancia** (fracción III). Ésta es una obvia ampliación del concepto de flagrancia, que los códigos de Morelos y Tabasco recogen con algunas variantes, tomando las ideas centrales de la legislación para el Distrito Federal. El de aquella entidad considera que el infractor:

es señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiese participado con él en la comisión del delito; o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito; o bien, aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito, siempre que se trate de un delito grave así calificado por la ley, no hayan transcurrido más de setenta y dos horas desde el momento de la comisión del hecho delictivo, se hubiera iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiese interrumpido la persecución del delito.

En esta regulación destaca la calificación acerca de quienes señalan al indiciado; no cualquier persona, sino precisamente la

víctima (como esta expresión tiene un alcance excesivo, más bien criminológico que jurídico, vale entender que aquí se alude al ofendido: el titular del bien jurídico afectado por el delito: la persona lesionada, robada, violada, etcétera), un testigo presencial (esto es, un testigo directo, de vista, no un testigo indirecto, de oídas) o un coautor o copartícipe.

También se requiere que el delito atribuido sea grave, bajo el concepto que sobre este particular aporta el propio código, que examinaré en seguida, al ocuparme de la detención en caso de urgencia; que la persecución sea continua, ininterrumpida, en la forma que arriba mencioné al hablar de cuasiflagrancia; y que exista averiguación previa, lo cual implica la apertura formal del expediente respectivo, antes de la captura, mediante denuncia o querrela ante el MP, como *conditio* para que prospere este supuesto de flagrancia y se legitime la detención respectiva. Las numerosas exigencias que contiene esta descripción muestran la preocupación por evitar conclusiones apresuradas o ligeras que afecten la libertad del individuo.

El ordenamiento procesal de Tabasco contiene, sobre el mismo asunto, una fórmula concisa: cuando “dentro de las setenta y dos horas siguientes de ocurridos los hechos, alguien lo señala [al agente] como responsable de ellos y se encuentra en su poder el objeto del delito, el instrumento con el que aparezca cometido o indicios que hagan presumir su participación”. Como se ve, en el caso de Tabasco no hay condición sobre las personas que señalan al indiciado —se dice “alguien”, sin especificar: ofendido, testigo o copartícipe—; ni se exige que se trate de delito grave, exista averiguación previa y no se haya interrumpido la persecución.

Como se sabe, en caso de flagrancia, cualquier persona puede detener al indiciado, “poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del MP” (artículo 16 de la Constitución, cuarto párrafo). Vale la pena precisar el alcance de algunas expresiones de esta norma. Evidentemente, la referencia a “cualquier persona” en efecto legitima a todos los individuos, cualquiera que sea su actividad o situación,

para privar de la libertad al indiciado. Los conceptos “sin demora” y “misma prontitud” no tienen acotación temporal precisa, que se mida en forma de plazo; significan, pues, que la entrega debe hacerse con la máxima diligencia exigible y en el tiempo estrictamente necesario —habida cuenta de las circunstancias— para practicarla, sin caer en solución de continuidad que no tenga justificación precisa. El ordenamiento de Tabasco contiene una referencia útil sobre el esfuerzo que debe cumplir el captor para entregar al detenido: “utilizando los medios a su alcance”. Cualquier demora innecesaria resta legitimidad a la detención.

Quien practica la detención no está obligado a entregar al detenido al MP, a no ser que éste sea la “autoridad inmediata” que menciona la Constitución. El deber de aquél es conducir al sujeto ante la autoridad más cercana, la que pueda ser habida, la que se halle disponible, trátase o no de autoridad competente para llevar a cabo la averiguación. Este mandato constitucional cobra mayor sentido cuando la captura se realiza en lugares donde no hay oficina del MP, en zonas rurales y apartadas de los centros de población. A su vez, en estos casos, la autoridad receptora del detenido se halla obligada a entregarlo precisamente al MP.

El artículo 144 del ordenamiento tabasqueño agrega un párrafo que no contiene el de Morelos, a saber: se sancionará a quien no ponga a disposición de la autoridad, sin demora, al detenido en situación de flagrancia, así como a quien “practique por su cuenta diligencias de investigación de los hechos”. Si el captor no es agente del MP y pretende llevar a cabo la investigación de los hechos, estaría realizando funciones que la ley no le atribuye; de ahí que se prevenga la punibilidad de esta usurpación.

C. Urgencia

1. Autoridad

El régimen de la detención en caso de urgencia plantea puntos muy interesantes. El fundamento de esta regulación procesal se halla también en el artículo 16 de la Constitución. Vale recordar

que el sistema de captura por urgencia obedece a la necesidad de evitar la impunidad de los delitos, cuando la autoridad encargada de la persecución —el MP— aún no se halla en posición de ejercitar la acción penal y recabar una orden de captura. Todo el discurso en torno a la urgencia se relaciona con un hecho: es preciso detener para concluir la averiguación o, en todo caso, para evitar que ésta y el proceso mismo devengan inútiles por haberse sustraído el sujeto a la acción de la justicia.

En esta hipótesis, la captura se hace por orden del MP; precisamente de éste, y no de cualquier autoridad administrativa, ni siquiera la policía. Son tres los elementos que estipula nuestra ley suprema al autorizar la detención administrativa por urgencia: que se trate de delito grave, que haya “riesgo fundado [*sic*]” de que el sujeto pueda sustraerse a la acción de la justicia, y que “no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia”. Examinemos estos datos.

2. Delito grave

El concepto de delito grave repercute tanto en el régimen de detención por orden del MP, como en la negativa de libertad provisional. El CPP desechó la cuestionable costumbre —acogida en la legislación secundaria del país, a partir de las reformas constitucionales de 1993— de establecer listas o relaciones de delitos graves, que es preciso modificar cada vez que se estime que una conducta deja de merecer esa calificación, o que, a la inversa, llega a merecerla. El CGRO se atiene a esa costumbre y establece una relación de delitos graves (artículo 70).

En realidad, la gravedad de una conducta se pondera a través de la sanción que dispone la ley; ésta es el “medidor” de la gravedad, apreciada en forma genérica por el legislador. Puede haber otros factores —asimismo genéricos— que destaquen la gravedad del comportamiento punible.

En virtud de lo anterior, el CPP entiende que son delitos graves los perseguibles de oficio y sancionados con más de diez años de prisión, por lo que toca a Morelos, u ocho, por lo que respecta a

Tabasco, en el término medio de la punibilidad respectiva, así como los realizados con alguna calificativa prevista por la ley, y los cometidos por reincidentes, perseguibles de oficio y sancionados con más de cinco años de prisión, tratándose de Morelos, o cinco, si se trata de Tabasco, en el propio término medio de la punibilidad correspondiente, así como los cometidos con alguna calificativa legalmente prevista (artículo 145, fracción I).

De esta suerte, el ordenamiento analizado responde a los problemas generados por la frecuente comisión de delitos, relativamente menores —y por ello sancionados con menor severidad—, por parte de reincidentes. El Código Penal no dispone el agravamiento automático de las sanciones aplicables a los reincidentes, en general, que constituye una transgresión del principio *ne bis in idem*; ese agravamiento sólo se plantea —en el artículo 69, segundo párrafo del Código Penal de Morelos— en caso “de que el inculpado por un delito doloso legalmente calificado como grave, sea reincidente por dos ocasiones en delito grave”: la sanción “por el último delito cometido se incrementará hasta en dos terceras partes y hasta en un tanto más de la prevista para éste, sin que exceda del máximo” señalado por el código para la sanción respectiva. Por su parte, el código procesal asocia a la reincidencia los efectos que es posible —y socialmente necesario— atribuirle: consecuencias procesales, vinculadas con la prisión preventiva.

3. Riesgo de sustracción a la justicia

En cuanto al riesgo de sustracción a la justicia —que siempre existe, obviamente—, lo que interesa es la magnitud de dicho riesgo y, por lo tanto, la probabilidad de que efectivamente haya sustracción. El código indica los datos que deben considerarse para la calificación racional del riesgo: “gravedad y consecuencias del delito, circunstancias en que fue cometido, características y antecedentes del indiciado, y condiciones y actitud del ofendido” (artículo 145, fracción II). Parece claro que cada uno de estos factores —y sobre todo la combinación de ellos— aportará al MP y al juzgador los elementos de juicio necesarios para saber el grado

del riesgo que existe —no “riesgo fundado”, como dijo la reforma de 1993 a la Constitución, con un extraño giro— de que el sujeto se sustraiga a la justicia.

El código de Morelos incluye una presunción de riesgo que, por ser tal, alivia el análisis a cargo del MP y facilita el juicio del tribunal acerca de la legalidad de la detención: que “el indiciado sea sorprendido al tratar de abandonar el ámbito de jurisdicción territorial de la autoridad que estuviese conociendo del hecho o cuando surjan indicios inequívocos que hagan suponer fundamentadamente la existencia de dicho riesgo”.

4. Imposibilidad de obtener orden judicial

Por último, la urgencia se asocia a la imposibilidad de obtener orden judicial de aprehensión, que es, en rigor, el dato que justifica la orden de detención por el MP, autoridad administrativa (*idem*, fracción III). Evidentemente, esta imposibilidad no sólo se presenta cuando la captura se plantea en horas inhábiles, cuando no laboran los tribunales, o en un lugar muy distante de éstos, sino principalmente —aludo a las condiciones de la realidad— cuando hay esa otra circunstancia que impide obtener la orden de aprehensión, y no simplemente evita que se ocurra ante la autoridad judicial.

El CPP atiende a la letra y al sentido de la disposición constitucional y proporciona una fórmula correcta acerca de esta cuestión: “no es posible obtener inmediatamente orden judicial de aprehensión”; ésa es la imposibilidad que existe, y no la de simplemente “ocurrir” —comparecer, presentarse— ante el juez, sin haber realizado o agotado una averiguación, ni ejercitado la acción penal; ¿cómo podría el juzgador librar orden de aprehensión?; y entre tanto, ¿qué impediría al indiciado sustraerse de la acción de la justicia?

En seguida, la misma fracción anuncia correctamente los motivos de la imposibilidad de obtener la orden judicial: “tomando en cuenta la hora, el lugar y las circunstancias, entre éstas el hecho de que la averiguación no esté concluida y no sea posible, por lo tanto, proceder a la consignación y recabar orden de aprehensión”.

En suma, lo que verdaderamente sucede es que no se ha integrado ni consignado la averiguación previa, y por ende el juzgador no ha radicado la causa ni estudiado el pedimento del MP, y en tal virtud tampoco ha librado la orden de captura.

D. Plazo de detención. Delincuencia organizada

Se ha detenido al indiciado, pues, en condiciones de flagrancia o urgencia. Esa detención ante el MP no puede exceder de cuarenta y ocho horas, a no ser que haya “elementos que permitan establecer razonablemente” que el indiciado cometió el delito en situación de delincuencia organizada, porque, en esta hipótesis —y sólo en ella—, puede duplicarse el plazo y alcanzar hasta noventa y seis horas (artículo 146).

Por supuesto, el CPP no incurre en la artificiosa distinción entre “detención”, que se dice es un acto, y “retención”, que se dice es la prolongación de ese acto, una situación. Gramaticalmente, ambas son la misma cosa, tanto un acto (privación de la libertad), como una situación (la que sufre el sujeto cuando esa privación de la libertad se prolonga más allá del instante de la captura).

Ahora bien, si la investigación —hasta resolver el ejercicio de la acción y ejercitarla efectivamente— requiere de más tiempo, cosa probable cuando se trata de delitos complejos y de averiguaciones difíciles, el sujeto debe ser puesto en libertad, sin perjuicio de que continúe la indagación de los hechos y la responsabilidad. El MP podría requerir al tribunal una orden de arraigo, para continuar la vigilancia del indiciado, sujeto a la obligación de no abandonar el lugar donde se desarrolla el procedimiento.

¿Podría el MP dictar una nueva orden de detención, también por urgencia, liberar al detenido al cabo de cuarenta y ocho o noventa y seis horas, emitir luego otra orden, y así sucesivamente, mientras integra su averiguación? No hay prohibición expresa en la ley fundamental: nunca dice que sólo puede detenerse una vez —bajo urgencia; en virtud de su naturaleza, la flagrancia sólo se presentaría una vez— a una persona por los mismos hechos; sin embargo,

es evidente que la Constitución ha querido evitar situaciones de este género; difícilmente se podría aceptar semejante reiteración, que en mucho se asemeja a la famosa práctica de las “quincenas empalmadas”, que permitía mantener privados de libertad, por mucho tiempo, a los infractores de bandos de policía y buen gobierno.

Por sus efectos en orden al tiempo que puede durar la detención, reviste gran importancia el concepto de delincuencia organizada, incluido en 1993 en el artículo 16 constitucional. Sobre esta materia, la legislación mexicana ha adoptado soluciones diversas, a veces erráticas, que por ahora culminan en la controvertida Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Dicha ley fija un tipo penal de delincuencia organizada. De tal suerte, la delincuencia organizada dejó de ser un asunto de consideración procesal, para constituir, además, un tema de persecución penal.

El CGRO sostiene que hay delincuencia organizada cuando “tres o más personas, bajo reglas de disciplina y jerarquía, acuerdan cometer” un delito grave (artículo 70-A). Morelos y Tabasco resuelven este asunto en ambos ordenamientos penales, sustantivo y adjetivo. En el primero hay un tipo básico de asociación delictuosa y un tipo calificado de la propia asociación, en vista de la gravedad de los delitos en que incurran los asociados (artículos 244, en Morelos, y 231, en Tabasco). En el texto procesal se entiende que hay delincuencia organizada “para la comisión de delitos graves, cuando incurran en este género de ilícitos tres o más personas asociadas permanente con esa finalidad delictuosa” (artículo 146).

En fin, lo que realmente interesa —y pudiera determinar un tratamiento más razonable del tema en el derecho nacional— es la organización para delinquir, por una parte, y la vinculación de ésta con delitos graves, y no con cualesquiera infracciones, por la otra. En estos elementos se halla el núcleo real de la organización delictuosa, y en ellos debiera concentrarse su núcleo normativo, más bien como calificativa —todo lo grave que se quiera— de la asociación para delinquir o, acaso mejor, del delito que los asociados cometan, que como una figura típica autónoma.

VI. ELEMENTOS DEL TIPO Y PROBABLE RESPONSABILIDAD

La noción de elementos del tipo penal fue incorporada en la ley fundamental por las discutibles reformas de 1993, que suprimieron el concepto de cuerpo del delito, pese a que se hallaba bien establecida su naturaleza en nuestro país, a través de una larga y laboriosa evolución de la ley, la jurisprudencia y la doctrina. Ahora bien, el tipo penal constituye un tema complejo de la teoría del delito; no existe unanimidad de los tratadistas en la fijación de sus elementos o características. Por lo tanto, el legislador se ha visto en la necesidad de asumir descripciones vinculadas a determinada escuela del pensamiento penal; así, los ordenamientos procesales contienen sendas relaciones sobre lo que debe entenderse por elementos del tipo penal y lo que debe reservarse al rubro de la probable responsabilidad.

El artículo 64 del CGRO procura establecer una guía sencilla para fijar los elementos del delito y la probable responsabilidad. En la versión anterior de ese artículo 64 se aludía a la comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad. En la actual, se mantiene el texto de aquella disposición, salvo que donde decía cuerpo del delito se ha puesto elementos del tipo penal; también hubo modificaciones en el precepto para incluir “autoría”, al lado de participación, a propósito de la probable responsabilidad. Esta forma de resolver el problema puede suscitar reparos, pero responde a la idea de aclarar —no oscurecer— el régimen del procedimiento. En consecuencia,

el tipo penal correspondiente —estatuye dicho artículo 64 del CGRO— se tendrá por comprobado, cuando se acredite la existencia de todos los elementos que integran la descripción de la conducta, según lo determine la ley. La probable responsabilidad del inculcado se tendrá por comprobada cuando, de los medios probatorios existentes, se presuma su autoría o participación en el hecho delictivo.

El CPP no se afilia a determinada corriente penal para caracterizar los elementos del tipo y la probable responsabilidad. El

legislador ha querido suministrar al MP una directriz normativa que permita establecer con claridad qué es lo que dicha autoridad debe acreditar para el ejercicio de la acción penal. Otro tanto puede decirse del juzgador, en lo que respecta a las órdenes de aprehensión y presentación, y al auto de procesamiento.

Así, el artículo 173 del código dispone, en forma novedosa dentro del derecho procesal penal mexicano, que para ejercitar la acción penal, es decir, para consignar ante el juzgador competente, es preciso:

a) Establecer la adecuación de la conducta o los hechos aparentemente delictuosos con la descripción típica contenida en la ley penal (el código de la materia o una ley penal especial), considerando todos los elementos pertinentes, lo cual implica considerar el tipo en el que verdaderamente encuadren los hechos, sea el fundamental o básico, sea el complementado. Se trata, pues, de considerar la tipicidad del comportamiento que se analiza en el curso de la averiguación previa;

b) Acreditar el carácter doloso o culposo de la conducta del inculpado. Obviamente, el Código Penal no recoge la antigua presunción de dolo, que llegó al código federal desde el ordenamiento clásico de 1871; por el contrario, es preciso probar que hubo dolo o culpa, recurriendo para ello, en lo sustantivo, a las nociones que establecen el artículo 15 del Código Penal de Morelos y el 10 de Tabasco, y tomando en cuenta, por supuesto, el régimen de *numerus clausus* que esos códigos consagran; es decir, no todas las conductas típicas son punibles a título de culpa, sino sólo algunas de ellas;

c) Probar que el indiciado intervino en los hechos que se le atribuyen bajo cualquiera de los títulos de participación delictuosa que mencionan los artículos 18 y 19 del Código de Morelos: autoría material, autoría intelectual, autoría mediata, complicidad, encubrimiento por acuerdo previo al delito, complicidad correspectiva, etcétera. En este punto se separan los ordenamientos de Morelos y Tabasco; en éste no existe la tradicional distinción entre formas de participación delictuosa; el responsable del delito es únicamente el

autor material; los otros infractores responden bajo tipos propios y autónomos: comisión de un delito por medio de otra persona (artículo 223 del Código Penal de Tabasco), instigación a cometer delito (artículo 224), ayuda en la comisión de un delito (artículo 225), ayuda al autor de un delito (artículo 226), acuerdo en la comisión de un delito (artículo 227) y omisión de impedir la comisión de un delito (artículo 228). Ésta es una notable novedad del Código Penal de Tabasco, que por primera vez incorpora ese tratamiento de la materia en el sistema penal mexicano;

d) Descartar la existencia de excluyentes de incriminación. En todo caso, el órgano investigador debe analizar los diversos supuestos de exclusión de responsabilidad para ver si se actualizan en el caso sujeto a investigación, puesto que las excluyentes se hacen valer de oficio y su existencia impide el ejercicio de la acción penal. El CGRO contiene sobre la materia de excluyentes de incriminación una solución diferente, que revisaré en el siguiente apartado, y

e) Descartar la existencia de causas extintivas de la pretensión punitiva (anteriormente se hablaba de extinción de la acción penal; pero lo que se extingue en estos casos es la pretensión —un derecho material—, no la acción —un derecho procesal—), tomando en cuenta para ello el catálogo de causas que también reconoce el ordenamiento sustantivo: sentencia ejecutoria anterior, cumplimiento de la sanción, ley más favorable, muerte del inculcado, perdón, prescripción, etcétera.

En rigor, no es indispensable que el código procesal fije reglas sobre la comprobación de los elementos del tipo. Basta, en principio, con la regla general a la que me he referido. Sin embargo, tradicionalmente se ha considerado conveniente disponer reglas específicas para la comprobación de ciertos delitos, considerando para ello lo que la autoridad debe probar, o bien, la prueba que debe practicarse. El ordenamiento que se comenta incluye reglas específicas acerca de seis especies delictuosas solamente: lesiones, homicidio, aborto, robo, fraude e inducción para cometer despojo (artículo 138). En los demás casos, el MP y el juzgador deben atenerse a la regla general.

VII. CONCLUSIÓN DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA

A. Ejercicio y no ejercicio de la acción. La reserva

La averiguación previa culmina en las resoluciones de ejercicio o de no ejercicio de la acción penal. Cuando se han probado o descartado, en sus casos, los elementos vistos en el apartado anterior, se considera que están acreditados los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del sujeto, y, por tanto, el MP debe (bajo el principio de legalidad, que vincula su conducta en el procedimiento) ejercitar la acción (artículo 132).

Es importante la estructura del denominado pliego de consignación, documento en que el MP ejercita la acción penal; lo es, porque de su acierto dependerá el buen éxito de la posición acusadora de aquél en el proceso, o de su desacierto derivarán consecuencias adversas para la representación social. De ahí que el ordenamiento procesal penal haya estipulado el contenido de ese acto del MP.

A esto se destinó la primera parte del artículo 74 del CGRO, cuyo texto fue adoptado y desarrollado en el artículo 132 del CPP. En ambos casos se excluyen lo mismo la documentación farragosa y excesiva, que la presentación trivial e insuficiente. El citado artículo 74 dispone que en el escrito de consignación, el MP

puntualizará los hechos [esto significa un análisis cuidadoso y detallado de la conducta punible, sin excluir aspectos relevantes para la incriminación, ni caer en extremos que no lo sean], examinará la responsabilidad que por ellos se atribuya [aquí viene al caso la vinculación entre el sujeto y los hechos, bajo el título de autoría o participación que corresponda], señalará las pruebas que acrediten aquéllos y ésta, relacionando cada elemento a probar con el medio probatorio que lo acredite [lo cual apareja una acuciosa correlación expresa entre los hechos sujetos a prueba —relativos a la conducta punible y la responsabilidad probable— y las probanzas que acrediten aquéllos], formulará los señalamientos que procedan sobre las características y personalidad del inculpado y de la víctima [datos, todo ellos, que contribuirán a la comprensión de la dinámica del delito y a la individualización penal, en su caso], expondrá los elementos que sea debido tomar en cuenta para conceder o negar la libertad provisional y fijar el monto de la caución respectiva, en los términos de la fracción I del artículo 20 de la Constitución General de la República y conforme a las disposiciones de este código [en virtud del papel relevante que corres-

ponde al MP, como representante social, en las determinaciones relativas a la libertad caucional: sea para negar el beneficio, sea para ajustar la caución a los datos que la presiden], y manifestará cuanto resulte pertinente para obtener del juzgador las resoluciones que legalmente correspondan [se alude, sobre todo, a la decisión condenatoria final, pero también a las determinaciones cautelares que pudieran ser procedentes].

Ahora bien, si se ha probado que no hubo tipicidad, dolo o culpa, o el indiciado no tuvo participación alguna en los hechos punibles, o se halla excluida la responsabilidad delictuosa o se ha extinguido la pretensión, el MP debe resolver el no ejercicio de la acción (artículo 129).

Es interesante mencionar ahora una solución singular que el CGRO —atendiendo a antecedentes en la actividad del MP del Distrito Federal, que datan de 1971— brinda a propósito de las excluyentes de incriminación acreditadas en la averiguación previa. En efecto, aquí caben dos posibilidades: que el MP aprecie por sí y declare ante sí la existencia de la excluyente y se abstenga de consignar el caso ante la autoridad judicial; o que el propio MP ejercite una acción declarativa —no de condena, pues— a efecto de que la autoridad jurisdiccional tome conocimiento de las circunstancias del caso y resuelva, mediante una determinación declarativa, que es improcedente el procesamiento del sujeto amparado por una excluyente de incriminación.

Cada una de esas posibilidades posee ventajas y desventajas. En el derecho mexicano actual predomina la primera opción. El CGRO ha acogido la segunda, que acaso ofrece mayores garantías para la función de justicia a cargo del Estado, y que desde luego mantiene una más estricta separación entre quien procura justicia y quien debe administrarla. La norma guerrerense (artículo 62) sostiene que, cuando se comprueben plenamente una excluyente de responsabilidad o un excusa absolutoria en favor del inculpado, el MP pondrá a éste en libertad, si estuviera detenido, y se dirigirá al juez competente para que, en el plazo de quince días hábiles, haga la declaratoria correspondiente, cuyo objeto es precisar la existencia de dichas excluyente o excusa y sostener, en consecuencia, la libertad del inculpado.

Si el juzgador no confirma la libertad, lo hará saber al procurador, para que éste disponga lo conducente conforme a la legislación aplicable; lo conducente puede ser el ejercicio de la acción penal o el no ejercicio en firme, sin perjuicio de que éste sea combatido por medio del recurso jurisdiccional que hoy contempla el artículo 21 constitucional.

En la respectiva exposición de motivos, el legislador guerrerense hizo ver lo siguiente:

[...] se plantea un problema relevante a propósito de las causas excluyentes de responsabilidad que pudieran favorecer al inculpado. No se trata [...] de asuntos fundamentalmente procesales, sino de temas de fondo, excepciones de ese carácter, cuyo conocimiento debiera corresponder al juzgador. Empero, no parece adecuado que el Ministerio Público, conocedor de una excluyente, ejercite acción de condena y pida, por ende, la aplicación de una pena a quien no es penalmente responsable, en virtud de dicha excluyente.

Para zanjar este asunto, el Código recurre a una acción declarativa. El Ministerio Público pondrá en inmediata libertad al inculpado y se dirigirá al juzgador para que éste haga la declaratoria de libertad absoluta que corresponde. De tal suerte se evita que el Ministerio Público resuelva por sí y ante sí, en la discreción de una averiguación previa, y al mismo tiempo se impide que el inculpado inocente sufra consecuencias adversas derivadas de los diversos ámbitos de atribuciones del Ministerio Público y de la autoridad judicial.

Conforme al CPP, tampoco se ejercita acción penal cuando “resulte imposible la prueba de [la] existencia [de los hechos típicos] por obstáculo material insuperable” (artículo 129). El MP debe establecer estos extremos con todo rigor: se trata de una verdadera imposibilidad (es decir, no una simple dificultad, aunque sea muy grande), determinada por barrera material (no puramente jurídica, como ocurriría si viene al caso, por ejemplo, el obstáculo que significa una inmunidad) que es insuperable (o sea, que no pueda ser superado en absoluto, y no que sea insuperable inmediatamente o con aplicación de las técnicas disponibles, aunque pudiera serlo más adelante o con ayuda de técnicas que otras personas u otras autoridades poseen). La autoridad debiera ser sumamente cautelosa en la resolución con base en esta causa.

Aquí debe considerarse también la conducta procesal del MP cuando no tiene una firme convicción acerca de la existencia del

delito o la responsabilidad del inculpado, o sea, cuando abriga dudas sobre alguno de estos extremos, sin que pueda resolverlas con los datos arrojados por la averiguación. Un problema semejante se plantea en el curso del proceso, por lo que toca a la promoción del sobreseimiento y a la formulación de conclusiones. En Tabasco rige el principio *in dubio pro societate*; es decir, en caso de duda, el MP debe ejercitar la acción penal (artículo 6), permitiendo así que sea el juzgador quien dicte la resolución que corresponda. Me ocuparé de este asunto al abordar la regulación de la prueba.

Hay otra determinación importante cuando se ha llegado tan lejos como parece posible, de momento, en la indagación del delito y de la responsabilidad, aunque no sea una resolución conclusiva del proceso, puesto que no expresa el criterio final del MP en torno a los delitos y a la responsabilidad que se indagan: el acuerdo de reserva.

Se reservará el expediente —en realidad lo que se reserva es la averiguación, más que el conjunto documental que la recoge— cuando de las diligencias practicadas no resulten elementos bastantes para ejercitar la acción, pero exista la posibilidad de practicar otras con posterioridad hasta agotar la averiguación (artículo 129).

Dado que este acuerdo no posee efectos conclusivos del procedimiento —ni siquiera los tiene la resolución de no ejercicio, como adelante se indicará—, el MP debe revisar periódicamente los expedientes, para ordenar, si es posible, la reanudación de las investigaciones. Con esta última regla dirigida al MP se pretende que la reserva no constituya un medio de “olvidar” la investigación en forma tal que ésta concluya por el mero transcurso del tiempo, trátase del máximo plazo que el CPP asigna a una investigación, trátase del que señala el Código Penal para que opere la prescripción de la pretensión punitiva.

B. *Plazo para el ejercicio de la acción*

Suele decirse que “justicia retardada es justicia denegada”. Con ello se pone el acento en la necesidad de dar celeridad al enjuicia-

miento, lo cual no sólo beneficia a la justicia —es decir, no sólo atiende al valor justicia—, sino también permite afianzar la seguridad jurídica. Ahora bien, es preciso que la celeridad en el procedimiento no pugne con los fines esenciales de éste: la justicia misma, cuyo imperio exige la observancia del debido proceso legal, y por ende la suficiencia en las pruebas —que conduce a la verdad histórica— y en la argumentación jurídica.

La Constitución fija determinadas garantías de plazo, que tienen menor jerarquía que las garantías de prueba en favor del inculpado (artículo 20, fracción VIII). Hasta la expedición del ordenamiento morelense, el tema de la duración del procedimiento sólo venía a cuentas en relación con el proceso, no así con la averiguación previa. El límite temporal de éste se asociaba únicamente con el plazo para la prescripción, que en muchos casos es relativamente breve, y en otros, sumamente prolongado.

La nueva ley procesal modifica la solución de este asunto. Incorpora un límite de tiempo para la conclusión de la averiguación y el ejercicio de la acción penal, que toma en cuenta la mayor o menor gravedad del delito, en cuanto distingue entre delitos dolosos y culposos, y además discrimina en función de la pena aplicable a los dolosos, que es el factor que debe considerarse para conocer la gravedad objetiva de la infracción. Efectivamente, en el supuesto de delito doloso sancionado con no más de cinco años de prisión —en su extremo superior, no apenas en su término medio aritmético—, sanción no privativa de la libertad o alternativa que incluya una sanción diversa de aquélla, la averiguación previa no debe exceder de dieciocho meses; en otros supuestos de delito doloso —es decir, aquéllos sancionados con más de cinco años en su extremo superior, que son los más graves—, no debe rebasar dos años (cinco, en el código de Tabasco); y en la hipótesis de delitos culposos, el límite se reduce en seis meses para cada una de aquellas categorías; esto es, doce meses cuando la punibilidad más elevada no supera cinco años de prisión, o un año y seis meses (cuatro años y seis meses, en Tabasco), cuando es más elevada (artículo 131). El Código Penal determina la sanción aplicable a los culposos como

proporción de la correspondiente a los dolosos: la mitad, como regla (artículo 62).

Para medir el plazo asignado a la averiguación previa, el cómputo comienza cuando ésta se inicia, es decir, desde el momento en que se presentan la denuncia o la querrela que son los primeros actos de la averiguación, o vistos desde otro ángulo, los actos —todavía externos, previos a la indagatoria— que ponen en marcha la averiguación; no parece pertinente iniciar el cómputo cuando el MP dicta acuerdo acerca de estos actos, porque, de ser así, el órgano investigador podría extender artificiosamente la averiguación, con solo abstenerse de dictar acuerdo sobre dichas denuncias o querrelas, aun cuando en la realidad llevase a cabo diligencias probatorias respecto a los hechos por los que se formuló la *notitia criminis*. El código no previene la interrupción del plazo en virtud de la práctica de determinadas actuaciones (a la manera de la prescripción); al concluir el tiempo previsto por el artículo 131, se archiva la averiguación. Este archivo equivale al no ejercicio de la acción penal.

No se ha perdido de vista que el transcurso del plazo para concluir la averiguación, sin que ésta termine normalmente (por consignación o no ejercicio de la acción), pudiera deberse a la incompetencia o malicia de quienes intervienen en la indagación de los hechos. Por ello, la autoridad facultada para disponer el no ejercicio de la acción debe examinar los motivos que determinaron el archivo, y aplicar o promover la aplicación de las sanciones que procedan.

C. Impugnación del acuerdo del Ministerio Público

El acuerdo de no ejercicio de la acción penal, adoptado por el MP es un acto de autoridad que trasciende a la esfera de derechos de los particulares. Vale decir que esta trascendencia se proyecta directa e inmediatamente en el indiciado, que en virtud de tal acuerdo queda al margen de la persecución penal. En consecuencia, para este sujeto, la decisión del MP es tanto esclarecedora —de su no responsabilidad— como liberadora —de la función punitiva del estado—.

Más discutible es la trascendencia del mismo acto respecto al ofendido, porque si bien clausura la posibilidad de que éste comparezca en el proceso penal para reclamar el resarcimiento —como coadyuvante del MP, en casi toda la legislación mexicana, o como actor civil principal, en Morelos y Tabasco—, no impide que eche mano de otros medios legales, que se mantienen expeditos, para hacer valer sus derechos, si se entiende que éstos se concretan en la reparación de daños —incluso morales— y perjuicios, pero no se confunden con el derecho al castigo, en el sentido penal de la expresión.

Al final de 1994 se llevaron a cabo varias reformas constitucionales, asociadas en el objetivo de reorganizar el Poder Judicial —federal, del Distrito Federal y de los estados, en diversa medida— e introducir algunos cambios en el desempeño del MP. Entre esas reformas figuró la impugnabilidad de las resoluciones del MP de no ejercicio de la acción penal o desistimiento de ésta (a pesar de que el desistimiento había comenzado a desaparecer de la legislación procesal), en la inteligencia de que la impugnación correría por vía jurisdiccional.

No hubo indicación alguna sobre esta vía en el propio texto constitucional. La Federación, por su parte, se abstuvo de legislar al respecto. La precipitada reforma del artículo 21 de la ley suprema quedó, por lo tanto, sin reglamentación que orientase —y además unificara— el nuevo régimen impugnativo. Ello dio lugar a que se intentase el amparo, con resultados diversos que culminaron en contradicción de tesis ante la Suprema Corte de Justicia. Posteriormente, algunas entidades federativas legislaron al respecto, facultando a órganos jurisdiccionales locales —en algún caso a la contraloría— para conocer de estas impugnaciones.

Finalmente, la Suprema Corte de Justicia resolvió en octubre de 1997 que es practicable la vía del amparo, por lo pronto, en tanto no existe aún procedimiento específico para impugnar las decisiones del MP. Obviamente, esta decisión del más alto tribunal implica que debiera existir dicho procedimiento.

Los ordenamientos de Morelos y Tabasco abordan esta materia en dos procedimientos: uno de ellos, el tradicional de control

interno, de naturaleza no impugnativa, aunque preparatorio del que sí reviste carácter impugnador; el otro, de conocimiento jurisdiccional con fundamento en el artículo 21 de la Constitución, reformado en 1994, que da cauce a una pretensión impugnativa.

El primer procedimiento, administrativo e interno, se inicia cuando el funcionario del MP a cargo de la averiguación considera que es pertinente decretar el no ejercicio de la acción. En tal virtud, formula consulta al procurador de justicia o a quien deba resolver, por delegación de aquél. Hecho esto, se notifica sobre la propuesta al ofendido y a su asesor legal —que en este momento devienen legitimados para comparecer en el procedimiento administrativo de revisión iniciado por el agente investigador—.

En la especie no se trata propiamente de una impugnación del no ejercicio, puesto que este agente no ha dictado acuerdo alguno sobre la averiguación, sino apenas formulado una consulta, a la que deberá recaer el acuerdo del superior, una vez agotado el procedimiento de revisión, que se desarrolló con o sin comparecencia del ofendido.

El ofendido y su asesor, debidamente notificados sobre la consulta, pueden aportar elementos probatorios y formular consideraciones jurídicas ante el encargado de resolver. Se entiende que esos elementos y consideraciones sustentan la pertinencia de continuar la averiguación, o bien, ejercitar la acción penal. Con los datos suministrados por el agente, y previo examen de lo presentado por el ofendido y su asesor, el procurador —o su delegado— resuelve en cuanto al fondo.

En algunos códigos procesales, con anterioridad a la reforma constitucional, esta decisión tenía efectos conclusivos del procedimiento; equivalía a un sobreseimiento en sede administrativa. Otros códigos se abstenían de señalar los efectos del no ejercicio, generalmente conocido como archivo.

Actualmente, esta situación ha variado, como dije, y al modificarse también se ha reconsiderado y restringido el monopolio del MP sobre la acción penal, concretado en tres potestades exclusivas: investigar, resolver sobre los resultados de la investigación (ahora

esta decisión puede impugnarse judicialmente) y sostener la acusación ante el tribunal.

Una vez que el ofendido conoce la determinación del procurador, favorable al no ejercicio de la acción penal, puede impugnarla ante el órgano jurisdiccional que sea competente conforme a la legislación respectiva; el tema de la competencia se remite, pues, a otras disposiciones. En estos casos, se tramitará la impugnación con audiencia de las partes —que son el MP, el recurrente y el apoderado legal de éste—; todos ellos pueden proponer pruebas y presentar alegatos; el tribunal resuelve en definitiva.

Los códigos de Morelos y Tabasco contienen diversas versiones sobre los efectos de la resolución jurisdiccional en estos casos. Conforme al primer texto mencionado, la resolución puede confirmar el acto o declarar la nulidad del mismo, para que se integre debidamente la averiguación y el MP resuelva en definitiva; sería, pues, una resolución para estos efectos, no vinculante en cuanto al ejercicio mismo de la acción, que siempre se sujeta a acuerdo del MP.

Por lo que hace a Tabasco, la solución es diferente: el juzgador apreciará si están reunidos los elementos para ejercitar la acción, conforme a las previsiones constitucionales, sin formular declaración alguna sobre la responsabilidad del imputado; “si considera que procede la consignación, lo notificará al MP para que éste actúe conforme a sus atribuciones”. Éste puede recurrir ante el superior del juez que resolvió en tal sentido. La expresión de que el MP actuará conforme a sus atribuciones es ambigua; empero, en este caso parece significar que deberá ejercitar la acción. En términos prácticos, no deja de ser difícil —y acaso ineficaz— que el MP ejercite una acusación que estima infundada.

Tomando en cuenta el caso de Morelos, en que la determinación judicial sirve al efecto de que el MP perfeccione la averiguación, me parece adecuado sostener que la impugnación sólo puede intentarse una vez ante la justicia común; sería absurdo suponer que no hay límite a este respecto, y que por lo tanto el ofendido puede impugnar cada vez que el MP decida el no ejercicio de la acción en un mismo asunto, con la consecuencia de que se impugne el acto,

lo anule el juzgador, lo reitere el MP y vuelva a impugnarlo el ofendido. Esto daría lugar a un trámite interminable. Por supuesto, no se trata de que el MP se limite a insistir en el no ejercicio, una vez pronunciada la resolución anulatoria; es preciso que recoja los motivos y argumentos que constan en la decisión judicial, y, conforme a éstos, integre debidamente la averiguación, sin menoscabo de otros elementos que pudieran agregarse para el perfeccionamiento de aquélla.

La resolución de no ejercicio adquiere firmeza cuando el ofendido y su asesor no la impugnan dentro del plazo legal (diez días en el código de Morelos y quince en el de Tabasco) o se confirma por el tribunal que conozca de la impugnación respectiva.

En rigor, cuando el juez revisor considere que no hay elementos para el ejercicio de la acción, y en tal virtud confirme la determinación del MP, el asunto podrá pasar siempre al conocimiento de la justicia federal a través del amparo, no tanto porque algunos ordenamientos procesales locales lo dispongan, sino porque las resoluciones de los jueces estatales serán impugnables por esa vía; quizá a través del amparo indirecto, o acaso por medio del directo, si se entiende, como ha ocurrido en hipótesis de desechamiento de la demanda en otras jurisdicciones, que la determinación del juzgador queda incluida en la categoría de las resoluciones que ponen fin al juicio.

De esta suerte, la consecuencia de la revisión habrá sido, para todos los efectos prácticos, crear un derecho del ofendido al castigo del infractor, transferir al Poder Judicial Federal la decisión culminante de las averiguaciones previas realizadas por las autoridades locales —con la ampliación que esto apareja en lo que respecta a las potestades de la Federación frente a las atribuciones de los estados— y prolongar considerablemente los procedimientos penales a través de dos instancias o etapas procesales, por lo menos: la que corre ante el juez local y la que se sigue ante el tribunal de amparo.

VIII. REPARACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.

CONSIDERACIÓN PRELIMINAR

Antes de continuar el examen del procedimiento penal, que ha concluido ante el MP y se iniciará ante el juzgador, considero conve-

niente abordar un asunto de gran importancia, que se proyecta sobre la averiguación previa y el proceso penal, y que constituye una de las novedades más relevantes del CPP. Aludo al régimen de la reparación del daño, que implica un gran viraje al tratamiento que se ha dado a esta materia en nuestro país desde 1931.

Tradicionalmente se entendió que el resarcimiento de los daños privados que causa el delito constituye una consecuencia civil de éste, exigible por la vía penal. Este modo de ver las cosas fue modificado por el Código Penal Federal de 1931, con la plausible intención de favorecer los intereses del ofendido; para ello se proclamó que la reparación es “pena pública”, de carácter pecuniario, y en tal virtud debe reclamarla el MP a través de la acción penal, con exclusión del ofendido. Éste queda al margen de la reclamación, aunque se beneficie de ella, porque no puede ejercitar acción alguna en sede penal, tomando en cuenta la existencia de un monopolio acusador del MP.

El CGRO dio un paso adelante en el desarrollo de este sistema, al ordenar al juzgador que cite al ofendido para que comparezca en el juicio, por sí o por medio de representante, y manifieste en él lo que convenga a su derecho (artículo 5). Todavía en el marco del régimen tradicional —desde 1931—, el ordenamiento guerrerense ha superado las versiones acostumbradas: primero fue el ofendido simple coadyuvante del MP, ajeno al proceso; luego pudo presentar al MP y al juzgador elementos conducentes a sostener sus derechos en orden al resarcimiento; y finalmente —así, en el CGRO— debe ser convocado al juicio para que alegue en éste, por encima o con independencia de la posición que adopte el MP.

A despecho de sus plausibles motivos, el sistema introducido por el Código Penal distrital y federal de 1931 no ha producido las consecuencias positivas que se esperaban de él. La experiencia reunida a lo largo de más de sesenta años demuestra que el ofendido no ve satisfechos sus intereses. La posición de aquél como coadyuvante del MP, y, por ende, subordinado a las decisiones de éste y a la suerte que corra la acción penal, es sumamente débil y llega a ser infructuosa.

Los artículos 39 del Código Penal de Morelos y 31 del de Tabasco iniciaron el cambio de este régimen. Reconocieron en la reparación del daño una consecuencia civil del ilícito penal —esencialmente, una obligación derivada de un hecho ilícito, en los términos de la legislación civil— y pusieron en manos del ofendido la reclamación respectiva ante el tribunal penal. Para exigir el resarcimiento existen ahora una acción principal en favor del ofendido y otra subsidiaria, asignada al MP, en la inteligencia de que si el ofendido, actor principal, no puede o no quiere ejercitar su acción en el proceso penal, lo hará forzosamente el MP.

De esta forma se suman las ventajas de ambos sistemas: el ofendido puede formular por sí mismo la exigencia de resarcimiento, aportando a esta reclamación el interés y la constancia que no siempre ha tenido el MP; pero en el caso de que el propio ofendido no se resuelva a actuar —por incompetencia o temor—, el MP asumirá la pretensión. Al respecto, ambos ordenamientos penales previenen que “se sancionará por incumplimiento de los deberes del cargo, al agente del MP que no procure la satisfacción de los derechos patrimoniales del ofendido, como legalmente corresponda, cuando recaiga en aquél el ejercicio de la acción respectiva”. En suma, destaca el interés en la eficaz defensa de los derechos del ofendido por los diversos medios de los que puede valerse la ley procesal.

Al referirme a los procedimientos especiales instituidos por el CPP aludiré al trámite de reparación de daños y perjuicios. Por ahora conviene puntualizar que, si el ofendido no ve satisfechos sus intereses a través del procedimiento penal (cosa que puede suceder cuando el MP no ejercita la acción penal o cuando el juzgador resuelve la libertad del inculcado por falta de elementos para procesar), queda abierta la posibilidad de acudir a la vía civil; además, el sobreseimiento en el proceso penal o la emisión en éste de sentencia absolutoria no impiden que el mismo juzgador continúe conociendo de lo relativo a la reparación de daños y perjuicios y dicte la resolución definitiva que corresponda, si existe título civil —aunque no lo haya penal— que justifique el resarcimiento (artículos 42 del Código Penal de Morelos y 34, del de Tabasco).