



260
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

Escuela Nacional de Estudios Profesionales

A R A G O N

EL LIMITE DE LA DEFENSA EN LA
AVERIGUACION PREVIA

FALLA DE ORIGEN

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
FELIPE DE JESUS LLANOS PATIÑO



ENEP
ARAGON

San Juan de Aragón, Edo. de Méx. 1995



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

I N D I C E

EL LIMITE DE LA DEFENSA EN LA AVERIGUACION PREVIA.

INTRODUCCION..... I

CAPITULO I. LA INSTITUCION DEL MINISTERIO PUBLICO Y LA AVERIGUACION PREVIA.

A. Concepto del Ministerio Público.....	1
1. Atribuciones del Ministerio Público.....	3
2. Principios que rigen al Ministerio Público..	5
B. Concepto de acción penal.....	12
C. Caracteres, principios y causas extintivas de la acción penal.....	18
D. Concepto y objeto de la averiguación previa....	31
1. Titular de la averiguación previa.....	34
2. Las actividades de la función persecutoria..	35
3. La iniciación de la averiguación previa....	42
4. La oficiosidad de la averiguación previa....	49
5. El término de la averiguación previa.....	50
6. Fundamento legal de la función persecutoria.	56

CAPITULO II. LOS SUJETOS DE LA AVERIGUACION PREVIA.

A. El Ministerio Público.....	60
B. El sujeto activo en la averiguación previa....	62
C. El sujeto pasivo en la fase indagatoria.....	65

D. Diferencia entre los sujetos de la averiguación previa con las partes del proceso penal.....	68
--	----

CAPITULO III. DE LAS PRUEBAS EN

GENERAL.

A. Concepto de prueba.....	75
1. Elementos de la prueba.....	79
B. La carga de la prueba.....	84
C. Reglamentación de las pruebas en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.....	89
D. Clasificación de las pruebas.....	106
E. Sistemas de valoración de las pruebas.....	110

CAPITULO IV. DEFENSA Y MEDIOS PROBATORIOS

EN LA AVERIGUACION PREVIA.

A. Concepto de Defensa.....	117
1. Defensa material.....	121
2. Defensa técnica.....	124
B. Política administrativa en relación al defensor en la averiguación previa.....	127
C. Las fracciones V, IX y X del artículo 20 Constitucional.....	134
D. Análisis del artículo 134 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.....	138
E. La detención del inculpaado ante el Ministerio Público.....	142

F. La aprehensión y el órgano jurisdiccional..	146
G. Límites a la actividad el defensor en la averiguación previa y la necesidad de su reglamentación.....	151
CONCLUSIONES.....	158
BIBLIOGRAFIA.....	161

INTRODUCCION.

La defensa dentro del sistema jurídico mexicano ha revestido una gran importancia, tan es así que nuestra Constitución Política la ha elevado a rango de garantía en su artículo 20.

El hecho de que todo inculpado tenga derecho a ser asistido por un defensor en el momento de rendir su declaración ante el Ministerio Público durante la etapa de la averiguación previa, viene a constituir el derecho que tiene toda persona de no quedar en estado de indefensión, sin embargo, habría que precisar si dicha defensa cuenta con alguna limitante o es ilimitada, situación que se tratará en el desarrollo del presente trabajo.

Hasta antes de ser publicadas las reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y por ende al Código de Procedimientos Penales, a través del Diario Oficial de la Federación, el día 3 de septiembre de 1993, era por demás conocido que todo inculpado contaba con el derecho de poder ser asistido por un defensor, ya fuera particular o de oficio durante la etapa de la averiguación previa, sin embargo con la aplicación de dichas reformas, ahora al inculpado ya no solo se le otorga el derecho de nombrar defensor para que lo asista, sino que además, se le otorgaron amplias facultades a éste, siendo éstas las de poder ofrecer y, por consiguiente, desahogar pruebas durante ésta etapa procedimental, ampliando así, no

únicamente las facultades del defensor, sino también las del Ministerio Público en sus funciones de órgano investigador, pues en estas circunstancias, dicha autoridad deberá ejercer funciones de juzgador al tener que valorar las pruebas que le sean presentadas.

Resulta por demás necesario que debido a ésta situación debe señalarse una limitación a la defensa del indiciado durante la etapa de la averiguación previa, toda vez que al no haber sido señalada ésta dentro de las propias reformas, dicha situación se presta a que la defensa pueda hacer uso de cualquier medio de prueba y no solo eso, sino que al ser valoradas las mismas, se llegara a la conclusión de que la presunta responsabilidad del indiciado no quedara acreditada, lo que indicaría que las funciones otorgadas al Ministerio Público fueran tan amplias que al valorar las pruebas ofrecidas, pudiera dictar una resolución definitiva respecto del hecho del cual está conociendo, hacemos la aclaración de que no nos referimos al no ejercicio de la acción penal, puesto que dicha facultad si la puede ejercitar la Representación Social, sino más bien a una especie de sentencia por no tener acreditada la presunta responsabilidad del indiciado, dicha facultad estaría invadiendo las atribuciones que competen al juzgador, el cual se convertiría con ello en un simple revisor de todo lo actuado durante la etapa preprocesal.

En el desarrollo del presente trabajo se analizará en primer término la institución del Ministerio Público, los prin

cipios que rigen al mismo; así como también el concepto de acción penal, sus caracteres, principios y causas extintivas y por último, la principal atribución del Ministerio Público, es decir la investigación de los delitos a través de la averiguación previa.

En el segundo capítulo se analizarán los sujetos que intervienen en la averiguación previa, como es el Ministerio Público, el sujeto activo, el sujeto pasivo y la diferencia existente entre estos con las partes del proceso penal.

En el tercer capítulo abordaremos el tema de las pruebas, su concepto, principios, elementos, clasificación y sig temas de valoración de las mismas, así como el problema de la carga de la prueba y la reglamentación de las mismas en nuestro ordenamiento procesal penal.

Finalmente en el cuarto capítulo se hará un anál sis respecto de la defensa en la averiguación previa, para lo cual abordaremos temas como el concepto de defensa, la política administrativa que se ha seguido en relación a ésta institución así mismo analizaremos el artículo 20 Constitucional y 134 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en relación con la institución de la defensa, para terminar con la finalidad de ésta investigación que es la de determinar las limitantes que debe tener el defensor en la averiguación previa y la necesidad de reglamentarlas.

En el presente trabajo se utilizó el método anal tico, es decir, se tomaron en cuenta varios tratadistas, cuyas

ideas lógicamente divergentes entre sí en algunos aspectos y acordes en otros, ayudaron a culminar el presente trabajo.

Por otro lado, durante el desarrollo de la investigación nos encontramos con algunas situaciones que ya han sido superadas con la reforma constitucional de septiembre de 1993, pero que sin embargo, fue necesario abordar para una mejor comprensión del trabajo.

**CAPITULO I. LA INSTITUCION DEL MINISTERIO
PUBLICO Y LA AVERIGUACION
PREVIA.**

A. CONCEPTO DE MINISTERIO PUBLICO.

"El Ministerio Público es una institución dependiente del Estado (Poder Ejecutivo) que actúa en representación del interés social en el ejercicio de la acción penal y la tutela social, en todos aquellos casos que le asignan las leyes." (1)

"El Ministerio Público es un órgano del Estado dependiente del Ejecutivo, encargado de perseguir delitos y de cumplir las atribuciones de representación social que las leyes secundarias le confieren." (2)

En relación a esta institución Escriche dice: "Entiéndese por Ministerio Fiscal que también se llama Ministerio Público, las funciones de una magistratura particular, que tiene por objeto velar por los intereses del

(1) Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 11a. ed., Ed. Porrúa, México 1992. pág. 77.

(2) Osorio y Nieto, César Augusto. La Averiguación Previa. 5a. - ed., Ed. Porrúa, México 1990. pág. 442.

Estado y de la sociedad en cada tribunal; o que, bajo las órdenes del gobierno tiene cuidado de promover la represión de los delitos, la defensa judicial de los intereses del Estado y la observancia de las leyes que determinan la competencia de los tribunales." (3)

Por su parte Juventino V. Castro al referirse a esta institución manifiesta que, el Ministerio Público es y debe ser el más fiel guardián de la ley, órgano desinteresado y desapasionado, representante de los más altos intereses de la sociedad, debe velar por la defensa de los débiles e incapaces, pedir la justa penalidad de un criminal en defensa de la sociedad, debe ser el más meticuloso y empeñado en que brille la inocencia de un acusado que su propio defensor, y más severo en el castigo del culpable que la víctima del delito, el más celoso guardián del estricto cumplimiento de las leyes." (4)

De los anteriores conceptos se infiere que el Ministerio Público es un órgano estatal, dependiente del Ejecutivo y cuyo fin primordial es la persecución de los delitos, así mismo, se encarga de velar el cumplimiento y la estricta aplicación de la ley, defiende los derechos del Estado frente a los tribunales y da protección a la sociedad ejercitan

(3) Cit., Pérez Palma, Rafael. Guía de Derecho Procesal Penal. 3a. ed., Ed. Cárdenas Editores, México 1991. págs. 26 y 27

(4) V. Castro, Juventino. El Ministerio Público en México. 4a. ed., Ed. Porrúa, México 1982. pág. 13

do la acción penal contra los que rompen la armonía social.

1. ATRIBUCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO.

La Constitución General de la República instituye el Ministerio Público y precisa su atribución esencial; las leyes orgánicas lo estructuran y organizan, señalándole además con cierto detalle, las actividades que le corresponden.

"Aunque del artículo 21 Constitucional se desprende su atribución fundamental, en la vida práctica no sólo persigue el delito; su actuación también se extiende a otras esferas de la administración pública." (5)

Por las características del presente trabajo no haremos mención de las atribuciones que tiene el Ministerio Público en otras esferas, sino únicamente las atribuciones que tiene en la averiguación previa.

Oronoz Santana dice al respecto: "derivan y tienen su fundamento las atribuciones del Ministerio Público en el artículo 21 Constitucional, el cual preceptúa que la persecución de los delitos queda en forma exclusiva reservada a la representación social y a la policía judicial, la cual queda bajo el mando de aquella." (6)

Las atribuciones que tiene el Ministerio Público

(5) Colín Sánchez, Guillermo. Ob. Cit., pág. 93

(6) Oronoz Santana, Carlos. Manual de Derecho Procesal Penal. 3a. ed., Ed. Limusa, México 1993. pág. 55

en la averiguación previa están señaladas en el artículo 3o. de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito federal, que establece:

Artículo 3o.- En la persecución de los delitos del orden común, al Ministerio Público le corresponde:

A. En la averiguación previa:

- I. Recibir denuncias, acusaciones o querrelas sobre acciones u omisiones que puedan constituir delito;
- II. Investigar los delitos del orden común con el auxilio de la policía judicial, de los servicios periciales y de la policía preventiva;
- III. Practicar las diligencias necesarias para la comprobación de los elementos del tipo y la probable responsabilidad de quienes en ellos hubieren intervenido, para fundamentar, en su caso, el ejercicio de la acción penal;
- IV. Restituir al ofendido en el goce de sus derechos, provisional e inmediatamente, de oficio o a petición del interesado, cuando estén comprobados los elementos del tipo de que se trata en la averiguación previa, ordenando que el bien se mantenga a disposición del Ministerio Público, si se estimare necesario; y en su caso, exigiendo se otorgue garantía, la que se pondrá a disposición del órgano jurisdiccional, si se ejercita acción penal;
- V. Solicitar la aplicación de la medida precautoria de arraigo y las órdenes de cateo, en los tér

nos del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;

VI. No ejercitar acción penal (en los casos expresamente señalados en dicha fracción).

Por último nos concretaremos a mencionar que el mismo artículo 3o. en su apartado B establece las atribuciones del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal y durante el proceso.

2. PRINCIPIOS QUE RIGEN AL MINISTERIO

PUBLICO.

Después de haber señalado las atribuciones que tiene el Ministerio Público durante la etapa de la averiguación previa, pasaremos a mencionar ahora los principios que rigen a dicha institución.

Al respecto Oronoz Santana menciona que son: "el principio de jerarquía, de indivisibilidad, de independencia, de irrecusabilidad y el de irresponsabilidad.

Por cuanto hace al primero, **principio de jerarquía** se debe entender que el mando recae en el Procurador, y que los agentes auxiliares tienen facultades derivadas del primero, de tal forma que sólo así podrá llevar a buen término las funciones que se le han otorgado.

El principio de indivisibilidad consiste en que los funcionarios no actúan por cuenta propia, sino en forma

exclusiva para el órgano investigador, de donde se colige que si el funcionario fuese sustituido por otro, las diligencias practicadas por el anterior conservan su validez, ya que no se toma en cuenta la característica personal de quien actúa sino la investidura y facultades con que lo hace, de tal suerte que las actuaciones tienen validez jurídica.

El principio de independencia consiste en que se puede analizar tanto frente al poder judicial como ante el ejecutivo.

La irrecusabilidad del Ministerio Público se manifiesta en el hecho mismo de que tal órgano no puede dejar de conocer los hechos que se someten a su consideración, sin que ello signifique que sus agentes no deban excusarse en los mismos términos que los juzgadores.

Y es irresponsable el Ministerio Público, con motivo de su actividad, ya que no puede atribírsele la comisión de un delito por ser una institución de buena fe, lo que no significa que sus agentes no lo sean." (7)

Por su parte, González Bustamante dice que: "para que la institución del Ministerio Público pueda cumplir fielmente su cometido, es imprescindible que observe determinados principios que le son inherentes. El primero, es la unidad en el mando: el reconocimiento de un superior jerárquico que es el

(7) Ibidem. pág. 54

Procurador de Justicia. La unidad consiste en que haya una identidad de mando y de dirección, en todos los actos en que intervengan los funcionarios del Ministerio Público; las personas físicas que forman parte de la institución, constituyen una pluralidad de funcionarios, pero su representación es única e invariable.

La indivisibilidad consiste en que cada uno de los funcionarios del Ministerio Público, representan la institución y actúan de una manera impersonal; la persona física que representa la institución, no obra en nombre propio, sino en nombre del órgano del que forma parte. Puede ser libremente sustituida por otra, sin que sea necesario hacer saber al inculcado el nombre del nuevo agente del Ministerio Público.

La independencia, que es una de las condiciones esenciales para el buen funcionamiento de la institución, es muy relativa mientras no se logre su completa autonomía y se le desligue del poder ejecutivo." (8)

Rivera Silva establece que: "la institución del Ministerio Público polémicamente ha ido adquiriendo las características que hoy le animan y que en términos generales son las siguientes:

I. Constituye un cuerpo orgánico. La institución del Ministerio Público constituye una entidad colectiva.

(8) González Bustamante, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. 10a. ed., Ed. Porrúa, México 1991. págs. 59 y 60

II. Actúa bajo una dirección. A partir de la ley orgánica de 1903, el Ministerio Público actúa bajo la dirección de un procurador de justicia.

III. Depende del ejecutivo. El Ministerio Público depende del poder ejecutivo, siendo el presidente de la República el encargado de hacer el nombramiento del Procurador de Justicia.

IV. Representa a la sociedad. El Ministerio Público se estima como representante de los intereses sociales y es el encargado de defenderlos ante los tribunales.

V. El Ministerio Público, aunque tiene pluralidad de miembros, posee indivisibilidad en sus funciones, en cuanto que todas ellas emanan de una sola parte: la sociedad. Uno de sus miembros puede sustituirse en cualquier momento por otro, sin que tal hecho exija cumplimiento de formalidades.

VI. Es parte en los procesos. El Ministerio Público, en cuanto representante de la sociedad, desde la ley orgánica del Ministerio Público de 1903 dejó de ser un simple auxiliar de la administración de justicia, para convertirse en parte.

VII. Tiene a sus órdenes a la policía judicial. A partir de la Constitución de 1917, el Ministerio Público deja de ser miembro de la policía judicial y, desde ese momento, es la institución a cuyas órdenes se encuentra la propia policía judicial.

VIII. Tiene el monopolio de la acción penal. Correspondiendo exclusivamente al Ministerio Público la persecu-

ción de los delitos.

IX. Es una institución federal. Por estar prevista la institución del Ministerio Público en la Constitución." (9)

Pérez Palma al referirse a los principios que rigen a la institución del Ministerio Público manifiesta que:

"El Ministerio Público es uno y único, porque representa a una sola parte : la sociedad. La persona física de los agentes del Ministerio Público podrá variar, pero la pluralidad de miembros no altera la unidad en las funciones.

El Ministerio Público no es responsable por las imputaciones que haga con motivo del ejercicio de la acción penal, ni por las molestias o daños que cause con motivo de las detenciones que practique. No hay acción en contra de los funcionarios del Ministerio Público, salvo en el caso en que sus actuaciones sean en si delictuosas.

El Ministerio Público es además independiente, pues no depende de nadie. Se rige por su propia ley orgánica y actúa bajo la dirección y el mando de un sólo jefe, el Procurador de Justicia, cuyo nombramiento y permanencia en el cargo depende del Presidente de la República y o de los gobernadores de los Estados.

El Ministerio Público debe ser una institución de

(9) El Procedimiento Penal. 22a. ed., Ed. Porrúa, México 1993. págs. 62 y 63

buena fe. La sociedad tiene tanto interés en el castigo de los responsables de los delitos, como en el respeto de los derechos y de las garantías de los individuos que componen el conglomerado, de manera que las funciones del Ministerio Público deben mantenerse equilibradamente dentro de esos dos extremos.

El Ministerio Público ejerce el monopolio de la acción penal, tanto en lo que hace a la pena pública imponible por el delito, como en lo relativo a la reparación del daño y cuyo monopolio ha sido larga y severamente censurado.

El Ministerio Público no es propietario de la acción penal, ésta pertenece a la sociedad, de quien ese Ministerio no es sino un representante. Consecuentemente, el Ministerio Público no puede disponer a su arbitrio de aquella acción, ni manejarla según sus singulares conveniencias." (10)

Citando finalmente a Colín Sánchez, este señala que: "En relación con el funcionamiento del Ministerio Público en México, de la doctrina y de la ley se desprenden los siguientes principios esenciales que lo caracterizan es: a) jerárquico; b) indivisible; c) independiente; d) e irrecusable.

a) Jerarquía. El Ministerio Público está organizado jerárquicamente bajo la dirección y estricta Responsabilidad del Procurador General de Justicia, en quien residen las funciones del mismo.

(10) Pérez Palma, Rafael. Ob. Cit. págs. 28, 29 y 30

b) Indivisibilidad. Esto es nota saliente en las funciones del Ministerio Público, porque quienes actúan no lo hacen a nombre propio, sino representándolo; de tal manera que, aún cuando varios de sus agentes intervengan en un asunto determinado, éstos representan en sus diversos actos a una sola institución y el hecho de separar a la persona física de la función específica que le está encomendada, no afecta ni menoscaba lo actuado.

c) Independiente. La independencia del Ministerio Público es en cuanto a la jurisdicción, porque si bien es cierto, sus integrantes reciben órdenes del superior jerárquico, no sucederá lo mismo en relación a los órganos jurisdiccionales.

d) Irrecusabilidad. El fundamento jurídico sobre la irrecusabilidad del Ministerio Público radica en los artículos 12 y 14 de las Leyes de la Procuraduría General de la República y Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. Ambos ordenamientos señalan que el Ministerio Público, cuando exista alguna de las causas de impedimento que la ley señala para las excusas de los magistrados y jueces federales, deberán excusarse del conocimiento de los negocios en que intervengan." (11)

Hemos visto que los autores citados difieren un poco en cuanto a los principios que rigen a la institución del Ministerio Público; sin embargo, todos ellos concuerdan en que

(11) Colín Sánchez, Guillermo. Ob. Cit. págs. 96, 97 y 98

los principios que animan a la institución son: jerarquía, indivisibilidad, independencia, irrecusabilidad e irresponsabilidad.

Para finalizar el presente apartado, únicamente mencionaremos que el fundamento legal del Ministerio Público se encuentra previsto en los artículos 21 y 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el primero de ellos se refiere a la institución del Ministerio Público del fuero común y el segundo al Ministerio Público del fuero federal.

B. CONCEPTO DE ACCION PENAL.

"Acción, su concepción gramatical significa toda actividad o movimiento que se encamina a un fin determinado. Jurídicamente es la manera de ejercitar un derecho, o bien, puede considerarse como el derecho de obrar." (12)

Cipriano Gómez Lara al referirse a la acción nos dice que se entiende por ésta, "el derecho, la potestad, la facultad o actividad mediante la cual un sujeto de derecho provoca la función jurisdiccional." (13)

El procesalista Eduardo Pallares al aludir a la acción pública como acción penal, expresa que "es la acción que ejercita el Ministerio Público y que tiene por objeto: 1) pedir

(12) González Bustamante, Juan José. Ob. Cit. pág. 60

(13) Teoría General del Proceso. 8a. ed., Ed. Harla, México 1990. pág. 118

la aplicación de las sanciones establecidas en las leyes penales; 2) pedir la libertad de los procesados en la forma y términos que establece la ley; 3) pedir la reparación del daño - en los términos especificados en el Código Penal. Se ejercita cuando se ha cometido un delito intencional o imprudencialmente..." (14)

Al referirse a la definición y contenido de la acción penal, el mismo Pallares señala: "...acción penal, es una acción pública ejercitada en representación del Estado por el Ministerio Público y cuyo objeto es obtener la aplicación de la ley penal. Esto es, que el Ministerio Público en representación del Estado ejercita la acción penal con el objeto de obtener del órgano jurisdiccional competente, la resolución correspondiente, mediante la cual se declare: a) que determinados hechos constituyen un delito previsto y penado por la ley; b) que el delito es imputable al acusado y por lo tanto éste es penalmente responsable; c) que se imponga la pena que corresponda, incluyendo en ésta el pago del daño causado." (15)

La acción penal "es el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal." (16)

Colín Sánchez, coincide con el concepto esbozado

(14) Diccionario de Derecho Procesal Civil. Ed. Porrúa, México - 1981. pág. 49.

(15) Prontuario de Procedimientos Penales. 12a. ed., Ed. Porrúa, México 1991. pág. 5.

(16) Florian Eugenio. Elementos de Derecho Procesal Penal. Ed. Bosch. Barcelona S/F. pág. 173.

por Eugenio Florian, al considerarlo adaptable al procedimiento penal en México, además expresa "...es el más sencillo y no por eso carente de técnica, porque el poder jurídico al que se refiere Florian, es el emanado de la ley, el cual se justifica cuando se ha violado una norma del derecho penal y será precisamente en razón de la pretensión punitiva estatal cuando previa satisfacción de determinados requisitos, se provoque la jurisdicción, cuyas consecuencias serán la declaración de la culpabilidad o la absolución del sujeto de la relación procesal." (17)

"Cuando en el mundo histórico aparece la comisión de un delito, el derecho abstracto del Estado se concreta surgiendo la obligación de actuar, o lo que es lo mismo aparece la acción penal, constituida así por el derecho concreto de acudir al órgano jurisdiccional para que aplique la ley." (18)

"La acción penal es la atribución constitucional exclusiva del Ministerio Público por la cual pide al órgano jurisdiccional competente, aplique la ley penal a un caso concreto." (19)

"La acción penal es la actividad del Estado cuya finalidad consiste en lograr que los órganos jurisdiccionales apliquen la ley punitiva en casos concretos." (20)

(17) Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. págs. 206 y 207

(18) Rivera Silva, Manuel. Ob. Cit. pág. 44

(19) Osorio y Nieto, César Augusto. Ob. Cit. pág. 23

(20) Castellanos Tena, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 31a. ed., Ed. Porrúa, México 1992. pág.339

En cuanto a la naturaleza jurídica de la acción penal, Eduardo Pallares nos dice: "la acción penal no es un derecho subjetivo, cuyo ejercicio sea potestativo por parte del Estado. Es un poder deber, porque mediante ella, el propio Estado cumple la obligación primordial de mantener la paz social con la justicia; y además agrega como objeto de la acción penal, el obtener del autor del delito la reparación del daño causado por el ilícito cometido." (21)

Cuando dentro del seno de la sociedad se tiene conocimiento de la comisión de un hecho presumiblemente delictuoso surge la exigencia punitiva, la cual es el derecho subjetivo del Estado de castigar, y a través de ésta nace la acción penal, que es el deber del Estado de perseguir los delitos a través de sus órganos establecidos para tal función.

El ejercicio de la acción penal depende de la comisión del hecho delictuoso; nace a la par del delito, a un poder deber de excitar, de poner en movimiento al órgano jurisdiccional con el objeto de que conozca y resuelva sobre la culpabilidad del hecho delictuoso que la representación social reputa como delito e imputa al indiciado.

El ejercicio de la acción penal es requisito sine qua non para el nacimiento del proceso, es indispensable su ejercicio, ya que podemos decir que es la petición del

(21) Pallares Eduardo. Ob. Cit. pág. 6

Ministerio Público al juez para que instruya el proceso por el delito que aquél imputa y resuelva conforme a Derecho.

Alcalá Zamora, al referirse a la acción penal, señala que "se trata del poder jurídico de promover la actuación jurisdiccional a fin de que el juzgador pronuncie acerca de la punibilidad de hechos que el titular de aquella reputa constitutivos de delito." (22)

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido respecto de la acción penal lo siguiente:

ACCION PENAL. EJERCICIO DE LA. El ejercicio de la acción penal se realiza cuando el Ministerio Público ocurre ante el Juez y le solicita que se avoque al conocimiento del caso; y la marcha de esa acción pasa durante el proceso por tres etapas: investigación, persecución y acusación. La primera tiene por objeto preparar el ejercicio de la acción penal que se fundará en las pruebas obtenidas; en la persecución hay ya ejercicio de la acción ante los tribunales y es lo que constituye la instrucción, y en la tercera o sea en la acusación, la exigencia punitiva se concreta y el Ministerio Público puede ya establecer con precisión las penas que serán objeto de análisis judicial y por lo mismo, ésta es la que constituye la esencia del juicio ya que en ella pedirá, en su caso la aplicación de las sanciones privativas de libertad y pecunias, incluyendo en estas la reparación del daño, o sea por concepto

(22) Cit. García Ramírez, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal Ed. Porrúa, México 1983. pág. 186.

de indemnización o de restitución de la cosa obtenida por el delito.

SEXTA EPOCA. Segunda Parte. Vol. XXXIV. pág. 9, A.D. 153/60 Luis Castro Malpica. Unanimidad 4 votos Apéndice 1917-1975.

El Ministerio Público antes de ejercitar la acción penal, debe investigar y hacer un juicio valorativo concretamente sobre los hechos, y considerando pertinente hacerlo, ejercerá la acción penal, es decir, previo al ejercicio de su función debe juzgar, no se pretende decir sentenciar, sino hacer una valoración tanto de los hechos como de las constancias y diligencias que se realizaron ante él, de tal manera que ejercerá el derecho fundado en un deber y de esta manera cumplirá con su obligación ejercitando la acción penal, porque no sólo está facultado constitucionalmente para el ejercicio de ese derecho, sino que también es el titular de la obligación específicamente de ejercitar dicha acción.

Retomando la definición de la acción penal, Martínez Pineda la define como: "el deber jurídicamente necesario del Estado que cumple el órgano de acusación con el fin de obtener la aplicación de la ley penal de acuerdo con las formalidades del orden procesal." (23)

"De tal manera que el ejercicio de la acción penal constituye un deber para el órgano estatal cuyo fin no

(23) Estructura y Valoración de la Acción Penal. Ed. Azteca, México 1968. pág. 37

sólo es obtener la imposición de una pena, sino también en su caso, la aplicación de las medidas de seguridad que se estimen necesarias, ya que a través de éstas el Estado se sirve en la constante lucha contra el crimen." (24)

El jurista ecuatoriano Walter Guerrero expresa: "la acción penal tiene como objetivo llevar en conocimiento del juez el cometimiento de la infracción y activar la función jurisdiccional..." (25)

C. CARACTERES, PRINCIPIOS Y CAUSAS EXTINTIVAS DE LA ACCION PENAL.

La doctrina ha sido unánime al señalar que la acción penal tiene seis caracteres, siendo éstos los siguientes: a) autónoma; b) pública; c) indivisible; d) irrevocable; e) de condena; y f) única.

A) "Es autónoma, comprendida en el sentido de que la acción penal es independiente del derecho abstracto de castigar que recae en el Estado como del derecho concreto a sancionar en el caso específico y debidamente particularizado." (26)

B) "Pública, porque persigue la aplicación de la ley penal frente al sujeto a quien se imputa el delito, además

(24) Ibidem. págs. 38 y 39.

(25) Walter Guerrero, V. La Acción Penal. Ed. Universitaria. Quito Ecuador 1978. pág. 100.

(26) García Ramírez, Sergio. Ob. Cit. pág. 187.

por el fin que persigue y porque no está regida por criterios de conveniencia o de disposición, ni aún siquiera en los delitos que se persiguen por querrela de parte, en que se concede al directamente ofendido por el delito un margen de disposición, sin que ello modifique el contenido de la acción que sólo queda condicionada a un requisito de procedibilidad, y se extinga por el perdón del ofendido, si se han satisfecho las condiciones que la ley exige." (27)

C) Indivisible, "debido a que produce efectos para todos los que tomaron parte en la concepción, preparación, y ejecución de los delitos o para quienes les auxiliaron por concierto previo o posterior." (28)

D) Irrevocable, ya que el titular de la acción penal no puede desistirse de ella, una vez que la ha ejercitado se requiere que se dicte resolución. En México, dicho carácter no tiene aplicación." (29)

En razón de que existe el desistimiento en los delitos perseguibles por querrela necesaria, es procedente el otorgamiento del perdón por parte del ofendido hasta antes de que se dicte resolución en segunda instancia.

Cuando el proceso comienza sólo puede tener como fin la sentencia, en México existe el desistimiento tanto en el

(27) González Bustamante, Juan José. Ob. Cit. pág. 208.

(28) Colín Sánchez, Guillermo. Ob. Cit. pág. 208.

(29) Oronoz Santana, Carlos M. Ob. Cit. pág. 63.

fuero común como en el federal, determinación que resuelve el Procurador cuando ha sido realizado el desistimiento por parte del Ministerio Público. En materia federal, cuando dentro de las setenta y dos horas de realizada la consignación y antes de que se dicte el auto de formal prisión en los llamados delitos contra la salud, si se acredita con la pericial respectiva que el inculcado es farmacodependiente y que la cantidad de droga que poseía era la necesaria para su propio consumo, el Ministerio Público se desistirá del ejercicio de la acción penal sin necesidad de consultar al superior jerárquico y solicitará al tribunal que el inculcado sea puesto a disposición de la autoridad sanitaria federal para los efectos de su tratamiento por el tiempo necesario para su curación.

"Conforme a la ley orgánica del fuero común en el Distrito Federal, los agentes del Ministerio Público adscritos a los tribunales penales, sólo pueden desistirse de la acción persecutoria o de los pedimentos que hubiesen formulado cuando así lo resuelva el Procurador General, oyendo el parecer de los agentes auxiliares; pero aún cuando el agente del Ministerio Público haya sido autorizado para desistirse y por lo mismo, hubiera obrado en el ejercicio de facultades expresas, el juez del conocimiento no está obligado a acceder a su petición, puesto que la pretensión punitiva tiende sólo a excitar a la autoridad del órgano jurisdiccional competente, pero sin ligarlo ni constreñirlo a las peticiones del representante social, porque el juez está obligado a aplicar exactamente la

ley dentro de sus facultades, así como imponer las penas correspondientes, su función decisoria sólo puede estar supeditada a las constancias del proceso, y si en éste existen indicios bastantes para considerar comprobados los elementos constitutivos de un delito y la presunta responsabilidad del reo, el auto de formal prisión que dicte el juez no obstante el desistimiento del Ministerio Público, está arreglado a derecho." (30)

E) "De condena, ya que el ejercicio de la acción penal tiene por objeto la sanción establecida en la ley, por ser responsable del ilícito penal, es decir, por regla general es de condena, pero evidentemente en ciertos casos puede ser declarativa (absolutoria) o constitutiva (rehabilitación)." (31)

En realidad el Ministerio Público, monopolizador de la acción penal, cuando la ejercita específicamente no pretende la aplicación de una pena, sino busca la actividad jurisdiccional, provoca al órgano competente para que declare una determinada relación de derecho penal, busca el pronunciamiento jurisdiccional sobre su pedimento o consignación, es decir, pretende que resuelva en base a las constancias que obran en la causa respectiva, de modo que no se puede decir tajantemente que la acción penal tenga como carácter el de

(30) Quinta Epoca. Tomo LXXI, pág. 6846. Ríos Soto, Manuel. Jurisprudencia citada por García Ramírez, Sergio y Adatto de Ibarra, Victoria. Prontuario del Proceso Penal Mexicano. 7a. ed., Ed. Porrúa, México 1993. págs. 41 y 42.

(31) García Ramírez, Sergio. Ob. Cit. pág. 189

condena, porque será de condena cuando así se desprende de autos, de la misma manera será declarativa o constitutiva por la misma razón.

F) "Única, en razón de que no hay una acción específica para cada delito, se utiliza por igual para toda conducta típica de que se trate." (32)

"En cuanto a los principios del ejercicio de la acción penal, una vez satisfechos los requisitos de procedibilidad o condiciones mínimas, está regido por el principio de legalidad, como lo manifiesta Rivera Silva al referirse al ejercicio de la acción penal como la acción procesal penal, y al respecto nos dice que dicho ejercicio está regido por el principio de legalidad, aduciendo el citado autor que el Estado detenta el ejercicio de la acción penal y además tal ejercicio no está a su capricho, ya que por mandato constitucional debe llevarse a cabo una vez que estén satisfechos los requisitos de procedibilidad." (33)

"El principio de legalidad se funda en que invariablemente debe ejercitarse la acción penal siempre y cuando se encuentren satisfechas las condiciones mínimas o presupuestos generales establecidos por la ley, y en contra de cualquier persona, porque el órgano estatal monopolizador del ejercicio de la acción se encuentra subordinado a la ley, siendo

(32) Colín Sánchez, Guillermo. Ob. Cit. pág. 208.

(33) Rivera Silva, Manuel. Ob. cit. pág. 56.

suficiente la satisfacción de los presupuestos legales. En consecuencia el ejercicio de la acción penal es obligatorio." (34)

Conforme al principio de legalidad, el órgano persecutorio debe ejercitar indefectiblemente la acción penal en cuanto se reúnan los elementos legalmente marcados para proceder a su ejercicio.

"Al lado opuesto del principio de legalidad, se encuentra el llamado principio de oportunidad, según el cual el Ministerio Público previamente al ejercicio de la acción penal hace una valoración discrecional de la utilidad o conveniencia del ejercicio." (35)

Conforme a este principio el Ministerio Público realiza una valoración de motivos de conveniencia, que frecuentemente son de carácter político, pero es de dudarse que con la adopción de este principio se haga efectiva la defensa social.

"El principio de oportunidad tiene holgado acomodo en los países en que las ideas políticas ocupan puestos diferentes en el desenvolvimiento estatal." (36)

Esto es, que no es necesario que se cumplan los presupuestos generales establecidos por la ley para ejercitar la acción penal, sino que incluso es más importante hacer una valoración de carácter político en defensa de los intereses del

(34) González Bustamante, Juan José. Ob. cit. pág. 46

(35) V. Castro, Juventino. Ob. Cit. pág. 74

(36) Rivera Silva, Manuel. Ob. Cit. pág. 56

Estado, lo cual resulta totalmente impropio a la institución del Ministerio Público porque está instituido como órgano protector de la sociedad, protege y debe proteger los intereses de la sociedad, debe garantizar la armonía social, desprendiéndose que el principio más satisfactorio al interés social es el de legalidad en razón de que la institución del Ministerio Público es un órgano protector del interés social más no del Estado, es por esto que algunos autores como Rivera Silva y García Ramírez Sergio entre otros, se inclinan por el principio de legalidad, ya que responde mejor a los requerimientos sociales y evita el peligro y la dañina discrecionalidad de la representación social.

"Por lo que respecta a la titularidad del ejercicio de la acción penal, se habla de dos principios, mismos que se encuentran en conflicto o en otras palabras, son totalmente opuestos, el llamado principio oficial y el dispositivo; conforme al principio oficial se considera que el Estado por conducto de sus órganos respectivos debe ejercitar la acción penal una vez que estén acreditados los extremos legales de la comisión del delito, así como la probable responsabilidad del inculpado, pero sin que necesariamente exista interposición de una instancia privada." (37)

Por su parte Juventino V. Castro al referirse al principio oficial lo denomina de oficialidad u oficiocidad y al respecto nos dice: "consiste en que el ejercicio de la acción

(37) García Ramírez, Sergio. Ob. Cit. pág. 191

penal debe darse siempre a un órgano especial del Estado denominado Ministerio Público, distinto del jurisdiccional y no a cualquier ciudadano, ni mucho menos a la parte lesionada." (38)

"Bajo el principio de oficialidad del ejercicio la acción penal, el Estado actúa por propia determinación y en el dispositivo se presupone que el ejercicio de la acción penal debe estar sujeto a la iniciativa de un particular." (39)

El ejercicio de la acción penal "...se pone en movimiento a impulsos del principio oficial, cuando se inicia de **motu proprio** por los órganos del Estado creados con ese objeto. Por otra parte, se reconoce el principio dispositivo en la promovilidad de la acción, cuando sólo se pone en marcha a iniciativa de los particulares. Pero como la acción tiene un carácter público, debe regirse por el principio oficial, sin que esto signifique que se desconozca la actuación del principio dispositivo que tiene un carácter subsidiario." (40)

Merece hacer mención a la querrela como acto o requisito de procedibilidad para la investigación de un hecho delictuoso y posteriormente para el ejercicio de la acción penal por parte del representante social, pero sólo tratándose de delitos perseguibles a petición de parte ofendida, siendo aplicable en este caso el principio dispositivo, considerándose subsidiario del oficial, porque en cierta forma permite el

(38) V. Castro, Juventino. Ob. Cit. pág. 50

(39) Rivera Silva, Manuel. Ob. Cit. pág. 55

(40) González Bustamante, Juan José. Ob. Cit. págs. 45 y 46

ejercicio de la acción; normalmente podemos decir que el ejercicio de la acción penal se rige por el principio oficial en el cual existe la autodeterminación del órgano estatal de actuar oficiosamente a efecto de que el juez proceda a conocer del ilícito penal sobre el cual el Ministerio Público ha ejercitado o ha cumplido su cometido.

Por lo que respecta a las causas de extinción de la acción penal, el Código Sustantivo de la materia para el Distrito Federal establece diversas causas extintivas de la misma.

A este respecto Sergio García Ramírez, nos dice que "la acción penal no se extingue, sino la pretensión punitiva, ya que esta última es la que se hace valer por conducto de la acción penal." (41)

De esta manera el citado autor con gran pureza jurídica hace distinción entre una y otra, conceptuando a la pretensión punitiva (jus puniendi) como la facultad de castigar, potestad del Estado de readaptar, atribución general del Estado para perseguir a los delincuentes, someterlos a juicio y una vez sentenciados como culpables proveer su readaptación o reincorporación al seno de la sociedad por medio de la pena o medida de seguridad respectiva; ahora bien, esta potestad general y abstracta de sancionar se concreta frente a un individuo a través de la pretensión punitiva, misma que hace valer por

(41) García Ramírez, Sergio. Ob. Cit. pág. 206

conducto del ejercicio de la acción penal.

Pasando a las causas extintivas de la acción penal o mejor dicho de la pretensión punitiva como lo ha expresado García Ramírez, se hace referencia a:

- A) La muerte del delincuente;
- B) La amnistía;
- C) El perdón del ofendido;
- D) La prescripción y
- E) La promulgación de una nueva norma que suprima el carácter delictivo a la conducta.

El Código Penal en su artículo 91 señala que:

Artículo 91..- La muerte del delincuente extingue la acción penal, así como las sanciones que se le hubieren impuesto, a excepción de la reparación del daño, y la de decomiso de instrumentos con que se cometió el delito y de las cosas que son efecto u objeto de él.

"El ordenamiento en cuestión establece una situación obvia y necesaria porque al morir el sujeto activo del delito no hay persona alguna a la cual se le aplique la sanción penal." (42)

El artículo 92 del citado ordenamiento legal, dispone que:

(42) Osorio y Nieto, César Augusto. Ob. Cit. pág. 29

Artículo 92.- La amnistía extingue la acción penal y las sanciones impuestas, excepto la reparación del daño, en los términos de la ley que se dictare concediéndola, y si no se expresare, se entenderá que la acción penal y las sanciones impuestas se extinguen con todos sus efectos con relación a todos los responsables del delito.

"La amnistía es un acto político tendiente a restaurar la concordancia social, emanado del poder legislativo y a diferencia del indulto que es generalmente del ejecutivo, puede comprender tanto la pretensión punitiva como la sanción penal. Cuando la amnistía hace cesar la persecución preprocesal (averiguación previa) y procesal, se hace referencia a la amnistía propia, pero cuando dicha causa extintiva opera sobre la pena en el momento de su ejecución, se hace referencia a la amnistía impropia." (43)

"La ley de amnistía que se promulgue debe contener la expresión de que se declara la amnistía y la referencia de los beneficiados y los casos específicos sobre los cuales va a tener aplicación." (44)

"Por lo que se refiere al perdón, la ley hace alusión al del ofendido, el cual es el sujeto pasivo del delito, es aquel contra el que se dirige la conducta ilícita, distinguiéndolo de la víctima; Sergio García Ramírez conceptúa

(43) García Ramírez, Sergio. Ob. Cit. pág 207

(44) Osorio y Nieto, César Augusto. Ob. Cit. pág 30

a esta última, como la persona que resiente cualquier daño ocasionado por la conducta antisocial incluyendo los ofendidos directamente por el delito y además los dependientes de éstos, estimando pertinente hablar del perdón del legitimado y no del perdón del ofendido, porque el legitimado podrá ser el ofendido mismo o una tercera persona si así lo establece la ley." (45)

El Código Penal para el Distrito Federal en su artículo 93 señala que:

Artículo 93.- El perdón del ofendido o del legitimado para otorgarlo extingue la acción penal respecto de los delitos que se persiguen por querrela, siempre que se conceda ante el Ministerio Público, si éste no ha ejercitado la misma o ante el órgano jurisdiccional antes de dictarse sentencia de segunda instancia. Una vez otorgado el perdón, éste no podrá revocarse.

Siendo el perdón una manifestación de voluntad expresada por persona legalmente facultada para concederlo, además de extinguir la acción penal o propiamente dicho la pretensión punitiva, hace cesar los efectos de la sentencia pronunciada en primera instancia.

Otra de las causas extintivas de la pretensión punitiva, es la prescripción. Vela Treviño apunta que "la prescripción es la autolimitación que el Estado se impone para perseguir los hechos con apariencia de delito o bien ejecutar

(45) García Ramírez, Sergio. Ob. Cit. pág. 209

las sanciones impuestas a los delincuentes por razón del tiempo transcurrido." (46)

El Código Penal para el Distrito Federal en los artículos 100 al 115, hace alusión a esta causa extintiva de la acción penal al señalar básicamente que la prescripción es personal y para ello basta el simple transcurso del tiempo señalado por la ley, a través de la prescripción se extingue tanto la acción penal o pretensión punitiva como las sanciones mismas. La prescripción extingue la pretensión punitiva y produce sus efectos aunque no lo haga valer el acusado, teniendo los jueces la obligación de aplicarla oficiosamente, independientemente del estado de los autos. Para la prescripción de la pretensión punitiva se tomará en cuenta si el delito es sancionado con pena pecuniaria, corporal o alternativa, el requisito de procedibilidad correspondiente, si existe diligencia, la fecha de ésta última, el término medio aritmético de la sanción, lo anterior con base en los numerales antes citados.

Finalmente tenemos como causa extintiva de la acción penal, la que establece el artículo 117 de la legislación penal que señala: la ley que suprime el tipo penal o lo modifique, extingue en su caso, la acción penal o la sanción correspondiente conforme a lo dispuesto por el artículo 56.

(46) Cit., García Ramírez, Sergio. Ob. Cit. pág. 210

D. CONCEPTO Y OBJETO DE LA AVERIGUACION PREVIA.

Para dar comienzo al presente apartado debemos aclarar que por reformas al Código de Procedimientos Penales publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 10 de enero de 1994, el concepto de cuerpo del delito se suprimió y ahora deberá entenderse como elementos del tipo. La aclaración se hace en atención a las citas textuales que se irán empleando.

Así pues, tenemos que "la averiguación previa es la etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal." (47)

Sergio García Ramírez y Victoria Adatto de Ibarra manifiestan al respecto que: "la averiguación previa, especie de instrucción administrativa, procura el esclarecimiento de hechos (corpus criminis) y de participación en el delito (probable responsabilidad). Comienza con la noticia del crimen obtenida por la denuncia o querrela, y culmina con el ejercicio de la acción penal o la resolución del archivo." (48)

Rivera Silva al hacer referencia a la averiguación previa, la denomina como periodo de la preparación de la

(47) Osorio y Nieto, César Augusto. Ob. Cit. pág. 2

(48) Prontuario del Proceso Penal Mexicano. pág. 22

acción procesal, la cual inicia con el acto en que el Ministerio Público tiene conocimiento de un hecho presumiblemente delictuoso, cuyo fin es reunir los datos necesarios para estar en posibilidad de excitar la función del órgano jurisdiccional a través del ejercicio de la acción penal; el periodo de preparación de la acción procesal penal o averiguación previa inicia con la noticia criminal y termina con la consignación." (49)

A diferencia de la denominación aludida, Colín Sánchez al referirse a la averiguación previa la denomina como "fase preparatoria de la acción penal, en la cual el Ministerio Público practica todas las diligencias necesarias que le permitan ejercitar la acción penal y cuyo fin es la realización de su cometido a través de la integración del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad." (50)

Los autores anteriormente citados son acordes al definir a la averiguación previa como una etapa preprocesal en la cual el Ministerio Público forzosamente debe realizar todas las diligencias que estime necesarias para comprobar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad y de esa manera poder estar en condiciones de ejercitar la acción penal o abstenerse de la misma.

Ahora bien, por cuanto hace al objeto de la

(49) El Procedimiento Penal. pág. 26

(50) Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. pág. 211

averiguación previa, Oronoz Santana nos dice que: "en dicha etapa, el Ministerio Público se convierte en un auténtico investigador, pues realiza diligencias en busca de las pruebas que le permitan acreditar su dicho en el sentido de que los elementos del tipo se encuentran comprobados, y que la presunta responsabilidad se haya acreditado." (51)

A diferencia del citado autor, Pérez Palma señala como principal objeto de la averiguación previa "el aseguramiento de un castigo y descubrir al responsable del ilícito penal." (52)

"El Ministerio Público debe iniciar la averiguación previa correspondiente una vez que tenga conocimiento de un hecho presumiblemente delictuoso, cuya finalidad u objeto es decidir sobre el ejercicio o abstención de la acción penal." (53)

Se deduce que es objeto de la averiguación previa no sólo el ejercicio o abstención de la acción penal, sino la fundamentación para tal cometido, es decir realizar todas las diligencias necesarias dirigidas a la comprobación de los elementos del tipo y la acreditación de la probable responsabilidad del inculpaado.

"De la comisión del delito nace la acción penal, pero el delito se comete sin preparar las pruebas de su existencia y de la participación de los sujetos activos del

(51) Oronoz Santana, Carlos. Ob. Cit. pág. 61

(52) Pérez Palma, Rafael. Ob. Cit. pág. 310

(53) Osorio y Nieto, César Augusto. Ob. Cit. pág. 1

mismo, de modo que cometido un delito sus autores pretenden alterar las pruebas, razón por la que en algunas legislaciones se ha dado lugar a un periodo prejudicial (averiguación previa) que tiene por objeto encontrar alguna prueba por muy mínima que sea pero que permita el ejercicio de la acción penal." (54)

Se puede concluir diciendo que el objeto de la etapa preprocesal denominada averiguación previa, consiste en que la representación social realiza todas las diligencias que estime necesarias, tendientes al ejercicio de la acción penal, allegándose medios probatorios para descubrir a los autores y participantes del ilícito penal, así como su grado de participación, de tal manera que acredite su dicho, es decir, darle solidez, base o fundamento a la consignación que realice.

1. TITULAR DE LA AVERIGUACION PREVIA.

"El titular de la averiguación previa es el Ministerio Público; tal afirmación se desprende de lo establecido en el artículo 21 Constitucional, que contiene la atribución del Ministerio Público de averiguar, de investigar, de perseguir los delitos, evidentemente si el Ministerio Público tiene la atribución de orden constitucional de averiguar los delitos y esta atribución la lleva a cabo mediante la averiguación previa, la titularidad de la averiguación previa corresponde al Ministerio Público." (55)

(54) Borja Osorno, Guillermo. Derecho Procesal Penal. Ed. Cajica. Puebla, México 1969. pág. 82

(55) Osorio y Nieto, César Augusto. Ob. Cit. pág 3

En efecto, el artículo 21 Constitucional señala que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual se encuentra bajo la autoridad y mando inmediato de aquél.

Sin ahondar más al respecto, únicamente mencionaremos que además del apoyo de orden constitucional, disposiciones de ley secundaria, atribuyen la titularidad de la averiguación previa al Ministerio Público, el artículo 3o. fracción I del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, otorga la calidad de titular de la averiguación previa al Ministerio Público, en igual sentido los artículos 1 y 2 fracciones I y II de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, confieren tal atribución al Ministerio Público.

2. LAS ACTIVIDADES DE LA FUNCION PERSECUTORIA.

La función persecutoria está reservada, como ya se dijo en el punto anterior, exclusivamente al Ministerio Público en los términos del artículo 21 de nuestra Constitución que dispone: "...La persecución de ~~los~~ delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél..."

" Como su nombre lo indica, la función persecutoria consiste en perseguir los delitos, significando con ello el hecho de buscar y reunir todos los datos necesarios

para la correcta integración de los elementos del ilícito a efecto de que, una vez reunidos, pueda dicha institución mediante un juicio lógico jurídico concluir que son bastantes los ahí reunidos para presumir que se encuentra acreditado el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad de la persona a quien se le imputa el delito, para que pueda pedir ante el órgano jurisdiccional la aplicación de la pena correspondiente." (56)

"La función persecutoria, como su nombre lo indica, consiste en perseguir los delitos o lo que es lo mismo, en buscar y reunir los elementos necesarios y hacer las gestiones pertinentes para procurar que a los autores de ellos se les apliquen las consecuencias establecidas en la ley. De esta manera, en la función persecutoria se vislumbra un contenido y una finalidad íntimamente entrelazados: el contenido, realizar las actividades necesarias para que el autor de un delito no evada la acción de la justicia; la finalidad, que se aplique a los delincuentes las consecuencias fijadas en la ley." (57)

"La fase persecutoria corre paralela con el proceso, abarca los dos periodos de la instrucción, la previa, que surge a la vida en el auto de radicación, con el cual el órgano jurisdiccional, realiza su primer acto y en el que el Ministerio Público abandona su investidura de autoridad para constituirse en parte, preparando el material respectivo con

(56) Oronoz Santana, Carlos. Ob. Cit. pág. 60

(57) Rivera Silva, Manuel. Ob. Cit. pág. 41

proyección directa a la resolución que pronuncie el juez." (58)

En resumen, la función persecutoria nace con el conocimiento que tiene el Ministerio Público de la comisión de un hecho presuntivamente delictuoso, abarca tanto la actividad investigadora, el ejercicio de la acción penal y la actividad desarrollada en el proceso, en la que se concluye con la llamada función acusatoria, la cual consiste específicamente en la presentación de las conclusiones acusatorias del Ministerio Público concretando la exigencia punitiva.

En la función investigadora el Ministerio Público se avoca a la búsqueda de pruebas que acrediten la existencia del delito y la responsabilidad de los autores, a fin de fundamentar el ejercicio de su acción, excitando la función del órgano jurisdiccional para que aplique la pena establecida por la ley al caso concreto.

Rivera Silva, señala que "la función persecutoria entraña dos clases de actividades, la investigadora y el ejercicio de la acción penal. En la primera, la actividad es meramente de averiguación, búsqueda de elementos probatorios que tiendan a acreditar la existencia del delito y la presunta responsabilidad de sus autores, a fin de excitar la función jurisdiccional y solicitar la aplicación de la pena en los términos de ley; esta actividad es necesaria para el ejercicio de la acción penal tal ejercicio no sólo comprende la consignación, sino que también las actuaciones realizadas ante el juez,

(58) Martínez Pineda, Angel. Ob. Cit. pág 112

tales como ofrecimiento de pruebas, aseguramientos precautorios, etcétera." (59)

"Hemos dicho que el periodo de investigación tiene por objeto preparar el ejercicio de la acción y que si las pruebas no son suficientes, la acción no puede ejercitarse válidamente. En la fase persecutoria hay ejercicio de acción e intervención del juez. En el periodo investigador no interviene el juez porque aún no se ha reclamado que intervenga la jurisdicción." (60)

"La fase persecutoria marcha paralelamente con el proceso y forma parte del periodo instructorio, envuelve y domina al periodo de instrucción en el proceso, le da vida y concluye con el cierre de la instrucción, dando inicio al periodo acusatorio, es decir, de las conclusiones." (61)

"El artículo 21 Constitucional establece la atribución del Ministerio Público de perseguir los delitos, tal atribución se refiere a dos periodos: el preprocesal (averiguación previa) y el procesal (ante el órgano jurisdiccional). El preprocesal abarca desde la averiguación previa, constituida por la actividad investigadora del Ministerio Público, misma que inicia con la noticia del hecho delictuoso y tendiente a decidir sobre el ejercicio o abstención de la acción penal." (62)

(59) El Procedimiento Penal. pág. 41

(60) González Bustamante, Juan José. Ob.Cit. pág 44

(61) ibidem. pág 45

(62) osorio y Nieto, César Augusto. Ob. Cit. pág. 1

El artículo 102 de nuestra Constitución Política dispone: "incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución ante los tribunales de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculpados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine"

El artículo en cita, así como el artículo 21 del mismo ordenamiento legal, otorgan la facultad al Ministerio Público de perseguir los delitos, quedando inmersa las fases de investigación, persecución y la culminante llamada acusación.

En forma más clara el artículo 7 en sus fracciones I y II de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, establece las tres fases citadas al expresar lo siguiente:

Artículo 7.- La persecución de los delitos del orden federal comprende:

- 1.- En la averiguación previa la recepción de denuncias y que-rellas, conforme a lo dispuesto en el artículo 16 constitucional y la práctica de todos los actos conducentes a la comprobación de los elementos del tipo y la acreditación de la probable responsabilidad del indiciado, como elementos que fundan el ejercicio de la

acción penal, así como la protección al ofendido por el delito en los términos legales aplicables. El Ministerio Público solicitará a las autoridades jurisdiccionales las medidas precautorias de arraigo o de aseguramiento patrimonial que resulten indispensables para los fines de la averiguación previa y, en su caso y oportunidad para el debido desarrollo del proceso. Al ejercitar la acción penal, el Ministerio Público formulará a la autoridad jurisdiccional los pedimentos que legalmente correspondan;

II.- Ante los órganos jurisdiccionales, conforme a la competencia de estos, la intervención como actor en las causas que se sigan ante los tribunales, solicitando las órdenes de aprehensión, de comparecencia o de cateo, así como los exhortos o las medidas precautorias procedentes, proponiendo las pruebas conducentes al esclarecimiento de los hechos y de la responsabilidad del inculcado, planteando las excluyentes de la responsabilidad penal o las causas de exclusión de la pretensión punitiva de que tenga conocimiento, formulando conclusiones, exigiendo la reparación patrimonial que corresponda al ofendido, solicitando la aplicación de las penas y medidas que procedan e interponiendo los recursos ordinarios que resulten pertinentes..."

"Rafael Piña y Palacios nos dice que la acción penal tiene dos periodos: el persecutorio y el acusatorio. El periodo de persecución inicia con la consignación o bien con el

ejercicio de la acción penal y termina con el auto que declara cerrada la instrucción, en esta fase se persigue la comprobación de los elementos del tipo y de la responsabilidad, así como la participación de los autores. Cuando el Ministerio Público formula conclusiones acusatorias, se pasa a la siguiente fase. Si durante la segunda instancia el Ministerio Público figura como apelante, su función es acusatoria, dado que persigue la aplicación de la ley y a la cual se debió ajustar el juez. Y si no figura como apelante, su función es acusatoria al solicitar ante el tribunal de alzada, la confirmación de la resolución dictada por el juez de primera instancia." (63)

Siendo así, la función persecutoria abarca dos etapas: La averiguación previa, que se inicia cuando el Ministerio Público tiene conocimiento de un hecho que se presume delictuoso y lo investiga, a fin de acreditar los elementos del tipo y la probable responsabilidad de quienes en el intervinieron, para estar en posibilidad de ejercitar la acción penal; el ejercicio de la acción penal, vendría a ser la segunda etapa en la cual la Representación Social consigna ante un juez penal la indagatoria. Esta etapa concluye cuando el Ministerio Público formula sus conclusiones, es decir, cuando se declara cerrada la instrucción.

(63) Cit. García Ramírez, Sergio. Ob. Cit. pág. 191

3. LA INICIACION DE LA AVERIGUACION PREVIA.

"Esta regida por lo que bien podría llamarse 'principio de requisitos de iniciación', en cuanto que no se deja a la iniciativa del órgano investigador el comienzo de la misma investigación, sino que para dicho comienzo, se necesita la reunión de requisitos fijados por la ley." (64)

Ornoz Santana señala que "el principio de iniciación o mejor conocidos como requisitos de procedibilidad, son imprescindibles para que el Ministerio Público esté en posibilidad de avocarse a la investigación del hecho delictuoso." (65)

Los llamados principios de iniciación, condiciones mínimas o presupuestos generales, son los medios por los cuales la autoridad administrativa tiene conocimiento del hecho presuntivamente delictuoso. Haremos mención de estos medios, citando en primer lugar a la denuncia.

La denuncia es la participación de conocimiento hecha a la autoridad competente por cualquier persona, sobre determinados hechos presumiblemente constitutivos de delito.

Sergio García Ramírez indica que: "... constituye una participación de conocimiento hecha a la autoridad

(64) Rivera Silva, Manuel. Ob. Cit. pág. 42

(65) Manual de Derecho Procesal Penal. pág 62

competente sobre la comisión de un delito que se persigue de oficio." (66)

"Es la transmisión de un conocimiento sobre determinado hecho con apariencia delictuosa, que cualquier persona hace (o debe hacer) a la autoridad competente." (67)

Al respecto Rivera Silva esboza la siguiente definición de la denuncia diciendo que: "es la relación de actos que se suponen delictuosos, hecha ante la autoridad investigadora con el fin de que ésta tenga conocimiento de ellos." (68)

El artículo 262 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal dispone lo siguiente:

Artículo 262.- Los funcionarios del Ministerio Público y sus auxiliares, de acuerdo con las órdenes que reciban de aquellos, están obligados a proceder de oficio a la investigación de los delitos del orden común que tenga noticia. La averiguación previa no podrá iniciarse de oficio en los casos siguientes:

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

(66) Curso de Derecho Procesal Penal. pág. 387

(67) García Ramírez, Sergio y Victoria Adatto. Ob. Cit. pág. 24

(68) El Procedimiento Penal. pág. 98

Del precepto antes citado se infiere que el Ministerio Público únicamente podrá iniciar la averiguación previa en aquellos delitos que se persiguen de oficio, sin que medie petición de la parte ofendida, no así en los delitos de querrela en que se requiere tal petición por parte del ofendido por el hecho delictuoso.

Con respecto a la **querrela** como requisito de procedibilidad, Sergio García Ramírez señala que: "la querrela es tanto una participación de conocimiento sobre la comisión de un delito, de entre aquellos que sólo pueden perseguirse a instancia de parte, como una declaración de voluntad formulada por el interesado ante la autoridad competente a efecto de que tomada en cuenta la existencia de un delito se le persiga jurídicamente y se sancione a los responsables." (69)

Con gran acierto Vincenzo Manzini estima "que la querrela se manifiesta negativamente por el perdón y positivamente por la demanda de procedimiento penal, es la excepción al procedimiento de oficio derivada del principio de oficialidad condicionando la persecución y la existencia del delito a la manifestación del ofendido directo por el ilícito." (70)

El artículo 264 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, señala con respecto a la

(69) Curso de Derecho Procesal Penal. pág. 389

(70) Cit. García Ramírez, Sergio. Ob. cit. pág. 389

querrela lo siguiente:

Artículo 264.— Cuando para la persecución de los delitos se haga necesaria la querrela de parte ofendida, bastará que ésta, aunque sea menor de edad, manifieste verbalmente su queja...

Entendiéndose por queja, el deseo de que se castigue al sujeto activo del delito.

Pérez Palma considera que "para que la querrela esté legalmente formulada es suficiente con la simple manifestación verbal del ofendido." (71)

Por su parte, González Bustamante nos dice que la querrela necesaria como condición de procedibilidad "es una facultad potestativa que se concede a los ofendidos para presentarse ante el Ministerio Público y manifestar su voluntad para que se persiga al responsable del ilícito. El mismo autor citando a Battaglini la define como la declaración de la voluntad del lesionado por el delito que tiende a la promovilidad de la acción penal, de tal suerte que si no existe tal declaración no puede ejercitarse la acción penal, dado que falta el requisito de procedibilidad que es la querrela." (72)

Martínez Pineda Angel al ofrecer una definición de la querrela señala: "con lenguaje jurídico procesal, decimos que la querrela es un derecho, es una facultad de tipo meramente

(71) Guía de Derecho Procesal Penal. pág 319

(72) Derecho Procesal Penal Mexicano. pág. 129

subjetivo que pertenece a la persona ofendida por el delito y que al salir de la esfera interna, se convierte en una manifestación del acto volitivo en uso de la libertad..." (73)

Rivera Silva expresa que "la relación de hechos expuesta por el ofendido del ilícito ante el Ministerio Público manifestando el deseo de que se persiga al autor del delito, se le llama querrela o acusación, es un requisito indispensable que debe hacer la parte ofendida, estimándose que prevalece el interés particular sobre el daño causado a la sociedad. En los delitos perseguibles por querrela necesaria no es eficaz actuar de oficio, estando el citado autor en desacuerdo, argumentando que no deben existir los delitos perseguibles por querrela necesaria por la razón de que el derecho penal debe tutelar exclusivamente el interés social y existiendo la obligación del Ministerio Público de perseguir todo delito que rompa con la armonía social, concluyendo que si el interés social desaparece ante el interés particular en los delitos de querrela necesaria, éstos deben desaparecer e incorporarlos a otra rama del derecho." (74)

Resumiendo, podemos conceptuar a la querrela como la relación de un hecho presuntivamente delictuoso, que hace el sujeto pasivo del delito, titular del bien jurídicamente tutelado, en la cual va inmersa su queja traducida en la voluntad de que se persiga y castigue al culpable.

(73) Estructura y valoración de la acción penal. pág. 61

(74) El Procedimiento Penal. págs. 112 y 113

Algunos autores señalan a la **excitativa** y a la **autorización** como requisitos de procedibilidad.

Respecto a la **excitativa**, el artículo 360 del Código Penal establece: "No se podrá proceder contra el autor de una injuria, difamación o calumnia, sino por queja de la persona ofendida...", con las excepciones señaladas en las fracciones I y II, estableciéndose en ésta última, que corresponde al Ministerio Público hacer la acusación cuando la ofensa sea contra la nación mexicana, pero cuando la ofensa o injuria se hace en contra de una nación o gobierno extranjero o agente diplomático en México, será necesaria la **excitativa** o mejor dicho la petición que realice el representante del país extranjero o gobierno que represente o sus agentes diplomáticos que han sido objeto de la injuria.

Colín Sánchez nos dice al respecto que: "atendiendo a la personalidad internacional del Estado, se ha establecido para estos casos que sean los agentes diplomáticos quienes manifiesten su voluntad para que se persiga el delito."
(75)

"En síntesis podemos ver que la **excitativa** en sí es una querrela necesaria en la cual el representante del país extranjero ofendido formula su queja ante la autoridad competente, y a diferencia de la querrela la **excitativa** tiene un carácter irrevocable." (76)

(75) Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. pág. 229

(76) García Ramírez, Sergio. Ob.Cit. pág. 391

El procedimiento para llevar a cabo la excitativa no está previsto en el Código de Procedimientos Penales en materia federal, pero en la práctica, el embajador o el agente del gobierno ofendido puede solicitar al Ministerio Público Federal se avoque a la investigación y persecución de los hechos. También es factible que, a solicitud del interesado, sea la Secretaría de Relaciones Exteriores la que haga la excitativa ante la Procuraduría General de la República.

En lo que concierne a la autorización, se dice que es un permiso concedido por la autoridad que determine la ley para poder proceder legalmente en contra de algún funcionario por la comisión de un delito del orden común. A este respecto, el artículo 31 de la ley orgánica de la Procuraduría General de la República ordena que: "cuando se impute la comisión de un delito a un agente del Ministerio Público Federal, el juez que conozca del asunto pedirá al Procurador que lo ponga a su disposición...". Atento a éste artículo es necesaria la autorización del Procurador al juez del conocimiento para poder realizar la detención del funcionario en cuestión, el citado artículo agrega que si el juez realiza la detención sin previa autorización del Procurador, aquél será sancionado.

"Rivera Silva considera a dicha autorización no como un requisito de procedibilidad, sino como un obstáculo procesal, en virtud de que contra el Ministerio Público Federal se puede iniciar un procedimiento y el ejercicio de la acción

penal pero se suspenderá la secuela hasta en tanto se otorgue la autorización del Procurador General." (77)

Resumiendo podemos decir que la autorización viene a ser "la anuencia que manifiestan los organismos o autoridades en los casos expresamente previstos por la ley para la prosecución de la acción penal, es necesaria la anuencia citada para proceder en su contra, pero no lo es para que se inicie la averiguación previa, pero si para proseguir en los casos de desafuero de diputados, jueces, Ministerio Público Federal, etcétera." (78)

4. LA OFICIOCIDAD DE LA AVERIGUACION PREVIA.

"La actividad investigadora está regida por el principio de la oficiocidad. Para la búsqueda de pruebas, hecha por el órgano encargado de la investigación, no se necesita la solicitud de parte, inclusive en los delitos que se persiguen por querrela necesaria. Iniciada la investigación, el órgano investigador, oficiosamente, lleva a cabo la búsqueda que hemos mencionado." (79)

"El órgano investigador una vez que tiene conocimiento del hecho delictuoso, por motu proprio realiza los actos necesarios para fundamentar el ejercicio de la acción

(77) El Procedimiento Penal. pág. 121

(78) Colín Sánchez, Guillermo. Ob. Cit. pág. 230

(79) Rivera Silva, Manuel. Ob. Cit. pág. 62

penal, sin ser necesario que haya excitativa de las partes para ello." (80)

El principio de oficiosidad tiene aplicación en nuestra legislación, en virtud de que los particulares una vez que han formulado la querrela o la denuncia, no intervienen en forma alguna en la función investigadora, de tal manera que no es necesaria la intervención del particular para que el órgano investigador realice su función respecto del delito del cual tiene conocimiento y pueda obtener pruebas por medio de sus diligencias practicadas.

5. EL TERMINO DE LA AVERIGUACION PREVIA.

Se ha dicho que cuando dentro del seno de nuestra sociedad se tiene conocimiento de la comisión de un hecho presuntivamente delictuoso, el Ministerio Público titular y monopolizador del ejercicio de la acción penal una vez que tiene conocimiento de la noticia criminal, inicia la averiguación previa correspondiente, en la cual practica todas las diligencias necesarias para comprobar los elementos del tipo penal y acreditar la presunta responsabilidad del inculpado, de modo que cumpla con su cometido ejercitando la acción penal.

Antes de las reformas a la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos, publicadas el día 3 de

(80) Oronoz Santana, Carlos. Ob. Cit. pág. 62

septiembre de 1993 en el Diario Oficial de la Federación, no se contaba con un término en el que el Ministerio Público debiera hacer la consignación de un detenido, de ahí entonces que la Representación Social encontraba abrigo en lo establecido por la fracción XVIII (ya derogada) del artículo 107 Constitucional, que establecía que la autoridad al realizar una aprehensión debería de poner al indiciado a disposición de su juez, dentro de las 24 horas siguientes; sin embargo, con las reformas constitucionales actualmente el Ministerio Público puede tener detenida a una persona por un tiempo máximo de 48 horas, plazo en el que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada.

De lo anterior se desprende que el término con que cuenta el Ministerio Público para consignar a una persona ante el órgano judicial, es de 48 horas pudiendo ampliarse dicho término en los casos especificados por la ley.

Dentro del presente apartado, haremos un breve análisis respecto de la problemática que existía en cuanto al término de la averiguación previa; problemática, que como ya se dijo, ha quedado solucionada en virtud de las reformas constitucionales a que hemos hecho alusión.

Respecto a la problemática de la limitación del tiempo dentro del cual debe llevarse a cabo la averiguación previa, Colín Sánchez nos dice: "Ningún precepto legal señala el

tiempo del que dispone el Ministerio Público para realizar la averiguación previa y esto se explica en razón de las complejidades que presentan, en general, los hechos de que toma conocimiento; empero, cuando el acusado sea aprehendido el Ministerio Público estará obligado bajo su más estricta responsabilidad, a poner inmediatamente al detenido a disposición de la autoridad judicial, remitiéndole al efecto el acta correspondiente." (81)

"El constituyente de 1917 no pensó con detenimiento y a fondo lo relativo a la averiguación previa, no las reguló ni estableció término y oportunidad para el ejercicio de la acción penal, ésta omisión es uno de los más graves defectos del Código Político, hubo confusión en la mente del constituyente y no alcanzaron a comprender con amplitud la trascendencia y alcances de la averiguación previa, ni se especificó el término en que debía hacerse la consignación de los detenidos, lo cual trajo como consecuencia que el Ministerio Público se tome tranquilamente el tiempo que necesita para completar su investigación, prolongando la detención del indiciado sin existir remedio legal alguno. El constituyente de 1917 indujo al Ministerio Público a violar las garantías que ellos mismos consignaron en nuestra carta magna." (82)

"Si se quiere, la averiguación previa con sus

(81) Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. pág. 212

(82) Pérez Palma, Rafael. Ob. Cit. pág. 308

métodos actuales es un mal, pero un mal necesario, ante el mal y el daño que ocasiona el delito. Sobre las garantías individuales a la libertad y la inviolabilidad del domicilio, debe prevalecer el interés de la sociedad en la represión del delito." (83)

Ignacio Burgoa prologando la obra de López Valdivia señala que: "Es evidente que la función investigadora de los delitos y de sus posibles autores no está sujeta a ningún término, pues el Ministerio Público o la policía judicial bajo su mando directo disponen de un tiempo indefinido para preparar debidamente la consignación judicial de una persona, sin que a dicha institución social le sea dable restringir ni afectar la libertad de nadie aunque se trate del presunto responsable." (84)

El artículo 16 Constitucional señala que:

Artículo 16.- "...No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con una pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado."

Del párrafo anterior se infiere que sólo el órgano jurisdiccional puede ordenar la aprehensión de una persona, nadie más puede hacerlo, con excepción del caso de flagrante

(83) Ibidem. pág. 310

(84) Burgoa Ignacio, López Valdivia, Rogoberto. Ampliación del Término de 24 horas a que se refiere la fracción XVIII del artículo 107 Constitucional. Ed. Jus, México 1959. págs. 14 y 15

delito en que se faculta a cualquier persona para realizar la detención del sujeto, con la obligación de ponerlo a disposición de la autoridad y sin demora; hacemos la aclaración de que no estaríamos ante una aprehensión, sino ante una detención.

Tal como lo señala el artículo 16 de la Constitución:

Artículo 16.- "... En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y esta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público..."

"Tradicionalmente se ha estimado que existe flagrancia cuando la persona es sorprendida en el momento de estar cometiendo el delito, o bien, cuando después de ejecutado, el delincuente es materialmente perseguido." (85)

Únicamente el Ministerio Público y la policía judicial pueden perseguir e investigar los delitos, realizar actos tendientes a determinar la probable responsabilidad del inculcado y ejercitar la acción penal ante el órgano jurisdiccional correspondiente; pero no puede detener a ninguna persona con excepción de los hechos flagrantes y de los casos urgentes.

Así lo señala el artículo 16 de nuestra carta

(85) Colín Sánchez, Guillermo. Ob. Cit. pág. 158

magna al establecer:

Artículo 16.- "... Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder..."

Es necesario desentrañar quien es la persona que hace la valoración del caso urgente, al respecto el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece que:

Artículo 268.- Se entiende que no hay autoridad judicial en el lugar y existe notoria urgencia para la aprehensión del delincuente, cuando por la hora o por la distancia del lugar en que se practica la detención, no hay ninguna autoridad judicial que pueda expedir la orden correspondiente y existan serios temores de que el responsable se sustraiga a la acción de la justicia.

"Los conceptos que se emplean en el precepto de notoria urgencia y de serios temores, son de apreciación policiaca y no propiamente jurídicos." (86)

(86) Pérez Palma, Rafael. Ob. Cit. pág. 329

Sólo en las condiciones que señala el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se justifica la acción del Ministerio Público para proceder a una detención, siempre que actúe con reflexión y cordura, ante la gravedad de una falta y la posibilidad de que el inculpado escape a la acción de la justicia.

Para finalizar podemos mencionar que las ideas expuestas por los autores citados en este apartado, a raíz de las reformas al artículo 16 Constitucional del 3 de septiembre de 1993, han quedado sin vigencia y sólo las mencionamos como un aspecto meramente histórico.

6. FUNDAMENTO LEGAL DE LA FUNCION PERSECUTORIA.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos crea a la institución del Ministerio Público, lo anterior se desprende de lo que establece el artículo 73 fracción VI base sexta que señala:

Artículo 73.- El Congreso tiene facultad:

VI.- Para legislar en todo lo relativo al Distrito Federal, sometiéndose a las bases siguientes:

6a.- El Ministerio Público en el Distrito Federal estará a cargo de un Procurador General de Justicia, que dependerá directamente del Presidente de la República,

quién lo nombrará y
removerá libremente.

Así también, es la propia Constitución la que señala el fundamento legal de la función persecutoria al establecer en su artículo 21 que:

Artículo 21.- "...La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél."

La titularidad de la función persecutoria corresponde en forma exclusiva al Ministerio Público, por mandato expreso establecido en el artículo 21 Constitucional, disposición que se ve robustecida por lo que señala el artículo 102 del mismo ordenamiento legal que establece que:

Artículo 102.- La ley organizará el Ministerio Público de la Federación, cuyos funcionarios serán nombrados y removidos por el Ejecutivo, de acuerdo con la ley respectiva, debiendo estar presididos por un Procurador General, el que deberá tener las mismas calidades requeridas para ser Ministro de la Suprema Corte de Justicia.

Incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculcados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la

aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine.

La persecución de los delitos, como ya lo vimos anteriormente, se manifiesta en dos periodos:

1) En la averiguación previa, en la cual se realizan todas las diligencias necesarias para la comprobación de los elementos a que se refiere el artículo 16 Constitucional, diligencias realizadas exclusivamente por el Ministerio Público, y;

2) En el proceso, en el cual el Ministerio Público adopta el carácter de parte dentro del mismo.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece los preceptos legales que fundamentan tanto la función investigadora como la persecutoria, en la cual el Ministerio Público encuentra apoyo legal para realizar las diligencias necesarias para integrar los elementos del tipo y acreditar la probable responsabilidad del indiciado, de tal manera que esté en posibilidad de ejercitar su acción para que posteriormente ante el órgano jurisdiccional abandone su carácter de autoridad y se constituya como parte en el procedimiento judicial, en el que ofrecerá las pruebas necesarias a fin de precisar su acusación.

La Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal en su artículo primero define la

integración del Ministerio Público y de sus órganos auxiliares para los asuntos a que hace referencia el artículo 21 Constitucional, relativa a la función persecutoria de los delitos, atribuida dicha función en forma exclusiva al Ministerio Público.

Así mismo, el artículo segundo de la ley en cita establece que:

Artículo 2o.- La institución del Ministerio Público del Distrito Federal, presidida por el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, en su carácter de representante social, tendrá las siguientes atribuciones...

I.- Perseguir los delitos del orden común, cometidos en el Distrito Federal.

De todo lo anteriormente señalado podemos observar que la función persecutoria que corresponde en forma exclusiva al Ministerio Público, tiene su principal fundamento en lo establecido por el artículo 21 de nuestra Carta Magna, disposición que como ya se dijo, se ve robustecida por lo preceptuado en el artículo 102 del mismo ordenamiento; así mismo, en lo establecido en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y en su ley orgánica.

CAPITULO II. LOS SUJETOS DE LA AVERIGUACION PREVIA.

A. EL MINISTERIO PUBLICO.

Dentro de la etapa preprocesal llamada averiguación previa, surge una relación en la que intervienen por una parte el Ministerio Público actuando como autoridad y el ofendido (sujeto pasivo), y por la otra, el indiciado (sujeto activo) y el defensor del cual hablaremos en capítulo posterior.

El Ministerio Público actúa de dos maneras: como autoridad en la averiguación previa, en la cual realiza todas las diligencias necesarias para acreditar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado en el hecho delictuoso del que ha tomado conocimiento, y se allega pruebas para estar en posibilidad de ejercitar o abstenerse de la acción penal. Una vez que el Ministerio Público ejercita la acción penal, deja su investidura de autoridad para tomar el carácter de parte en el proceso.

Al respecto Juventino V. Castro señala que: "El

Ministerio Público actúa como autoridad en la fase preprocesal llamada averiguación previa, no es un órgano que se encargue de impartir justicia, sino un órgano administrativo que vela porque se aplique estrictamente la ley por aquellos que si tienen la misión de impartir justicia. Es un órgano estatal requirente en el proceso para definir la relación procesal." (1)

"La jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sostiene que el Ministerio Público es autoridad durante la averiguación previa y parte en el proceso desde que se ejercita la acción penal. También se ha indicado que el carácter de autoridad que tiene el Ministerio Público en la averiguación previa se pone de manifiesto por cuanto sus actuaciones en esta fase tienen valor probatorio." (2)

Tomemos en cuenta que el Ministerio Público juega una doble posición a lo largo del procedimiento, en la averiguación previa es una autoridad que investiga y esclarece los hechos y cuando consigna, o bien cuando ejercita la acción penal se transforma en parte y abandona su carácter de autoridad.

Finalmente intentando definir al Ministerio Público como autoridad, podemos considerar que es una institución encargada de velar el cumplimiento y la estricta aplicación de la ley, defiende los derechos del Estado frente a

(1) V. Castro, Juventino. El Ministerio Público en México. 4a. ed., Porrúa, México 1982. pág. 21

(2) García Ramírez, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal. Ed. Porrúa, México 1983. pág. 243

los tribunales, da protección a la sociedad ejercitando la acción penal contra los que rompen la armonía social cuando se comete un hecho que la ley reputa como delito.

B. EL SUJETO ACTIVO EN LA AVERIGUACION PREVIA.

Suele llamarse sujeto activo del delito a aquél que mediante la realización de un acto u omisión infringe la ley.

"Sólo el hombre es sujeto activo del delito, porque únicamente él se encuentra provisto de capacidad y voluntad y puede, con su acción u omisión infringir el ordenamiento jurídico penal. Se dice que una persona es sujeto activo cuando realiza la conducta o el hecho típico, antijurídico, culpable y punible, siendo autor material del delito, o bien cuando participa en su comisión, contribuyendo a su ejecución en forma intelectual al proponer, instigar o compeler (autor intelectual) o simplemente auxiliando al autor con anterioridad a su realización, concomitantemente con ella o después de su consumación (cómplice y encubridor)." (3)

En el criterio expuesto con anterioridad se ve a la persona como único sujeto activo del delito, pues sólo ella puede actuar con voluntad y ser imputable.

"El sujeto activo (ofensor o agente) del delito

(3) Pavón Vasconcelos, Francisco. Derecho Penal Mexicano. 10a. ed. Ed. Porrúa, México 1991. pág. 167

es quien lo comete o participa en su ejecución. El que lo comete es activo primario; el que participa, activo secundario." (4)

"Sujeto activo es toda persona que normativamente tiene la posibilidad de concretizar el contenido semántico de los elementos incluidos en el particular tipo legal." (5)

Nuestro Derecho Penal se sustenta sobre el principio universalmente consagrado que reconoce a la persona humana como único sujeto activo.

"Sólo la persona, individualmente considerada, puede ser penalmente responsable, porque sólo en ella se da la unidad de conciencia y de voluntad, que constituye la base de la imputabilidad." (6)

"El sujeto activo requerido por el tipo, es un elemento de éste, pues no se concibe un delito sin aquél, debiéndose entender por sujeto activo, el que interviene en la realización del delito como autor, coautor o cómplice." (7)

El sujeto activo del delito es aquél que mediante

(4) Carrancá y Trujillo, Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. Derecho Penal Mexicano. 16a. ed., Ed. Porrúa, México 1988. pág. 270

(5) Islas de González Mariscal, Olga. Análisis Lógico de los Delitos contra la vida. 3a. ed., Ed. Trillas, México 1991 pág. 32

(6) Márquez Piñero, Rafael Derecho Penal Parte General. Ed. - Trillas, México 1991. pág 145

(7) Porte Petit Candaudap, Celestino. Apuntamientos de la Prte = General de Derecho Penal. 14a. ed., Ed. Porrúa, México 1991. pág. 346

su actuar infringe la ley penal; es la persona sobre la cual se inicia la averiguación previa y bajo el momento preprocesal adquiere el nombre de indiciado.

Colín Sánchez al hacer referencia al sujeto activo del delito, nos dice: "indudablemente en la comisión de los hechos delictuosos siempre interviene un sujeto que mediante un hacer o no hacer, legalmente tipificado, da lugar a la relación jurídica material y posteriormente a la relación procesal." (8)

El citado autor hace referencia a los distintos calificativos que recaen sobre el sujeto activo del delito, tanto en la averiguación previa como en el proceso mismo; siendo así, tomando en cuenta determinadas etapas procedimentales se tiene que:

"Se llama indiciado a aquélla persona contra la cual existen sospechas de que cometió un delito y en razón de que se le ha señalado con el dedo como tal; en cambio, es calificado como presunto responsable cuando en su contra existen datos suficientes que hagan presumir que es el autor del ilícito penal." (9)

En la averiguación previa, el sujeto activo del delito es aquél que mediante una acción u omisión señalada en la

(8) Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 11a. ed., Ed. Porrúa, México 1992. pág. 151

(9) Ibidem, pág. 152

ley penal establece una relación jurídica material, haciendo la aclaración de que si dicho sujeto es inimputable por razón de su edad o de otras circunstancias, cierto es que no podrá ser sujeto de relación jurídica material.

C. EL SUJETO PASIVO EN LA FASE

INDAGATORIA.

El artículo 9 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece que la persona ofendida por un delito podrá poner a disposición del Ministerio Público y del Juez instructor, todos los datos que conduzcan a establecer la culpabilidad del acusado y a justificar la reparación del daño.

"El sujeto pasivo del delito es el titular del derecho violado y jurídicamente protegido por la norma." (10)

"Sujeto pasivo, es el titular del bien jurídico protegido por la ley." (11)

"El sujeto pasivo de un delito es siempre la sociedad cuando se afectan bienes jurídicos instituidos para la vida ordenada, pacífica y progresiva de sus componentes o de la comunidad misma; o el Estado, tomando como forma política de organización, en los delitos políticos, y a través de ese Estado la sociedad misma. Además puede haber una persona física o

(10) Castellanos Tena, fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 31a. ed., Ed. Porrúa, México 1992, pág. 151

(11) Porte Petit Candaudap, Celestino. Ob. Cit. pág. 349

jurídica reconocida como titular de los bienes afectados concretamente, a la cual se considera como sujeto pasivo inmediato, como sucede en el homicidio y los atentados al honor." (12)

El sujeto pasivo del delito lo es la persona física, la persona humana, pero también cabe la posibilidad de que sea sujeto pasivo del delito, la persona moral o jurídica.

"Sujeto pasivo es el titular del bien jurídico protegido en el tipo. Es, por ende, el elemento del tipo en el que se singulariza la ofensa inferida a la sociedad." (13)

"El sujeto pasivo es el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito." (14)

El sujeto pasivo del delito, es la persona física o moral, titular del bien jurídico que se va a afectar o resulta afectado, por la conducta desarrollada por el sujeto activo.

"Por sujeto pasivo, ofendido, paciente o inmediato, se entiende la persona que sufre directamente la acción; sobre la que recaen los actos materiales mediante los que se realiza el delito; el titular del derecho o interés lesionado o puesto en peligro por el delito." (15)

-
- (12) Villalobos, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. 5a. ed., Ed. Porrúa, México 1990. pág. 278
- (13) Islas de González Mariscal, Olga. Ob. Cit. pág. 40
- (14) Pavón Vasconcelos, Francisco. Ob. Cit. pág. 171
- (15) Carrancá y Trujillo Raúl y Carrancá y Rivas, Raúl. Ob. Cit. pág. 269

"Carrara dice que el sujeto pasivo del delito es el hombre o la cosa sobre que recaen los actos materiales del culpable. Para Cuello Calón, sujeto pasivo del delito es el titular del derecho lesionado o puesto en peligro por el delito." (16)

Pavón Vasconcelos considera que pueden ser sujetos pasivos del delito:

1.- "La persona física, sin limitaciones, después de su nacimiento y aún antes de él, protegiéndose además de los bienes jurídicos de la vida y la integridad corporal, otros como la paz y la seguridad, la salud, el estado civil, el honor, la libertad y el patrimonio.

2.- La persona moral o jurídica sobre quien puede recaer igualmente la conducta delictiva, lesionando bienes jurídicos tales como el patrimonio o el honor de los cuales puede ser titular.

3.- El Estado, como poder jurídico, es el titular de bienes protegidos por el ordenamiento jurídico penal y en tal virtud puede ser ofendido o víctima de la conducta delictiva.

4.- La sociedad en general, como en el caso de los delitos contra la economía pública y contra la moral pública." (17)

(16) Cit. Márquez Piñero, Rafael. Ob. Cit. pág. 152

(17) Derecho Penal Mexicano. págs. 171 y 172

"Por último, cabe distinguir entre sujeto pasivo del delito y sujeto pasivo del daño, que lo es el que sufre el perjuicio pecuniario o el daño moral originados por el delito. Aunque los dos sujetos generalmente coinciden, no son idénticos, como se advierte en el delito de homicidio, en el que son pasivos del daño los deudos del ofendido y pasivo del delito éste." (18)

Como ya dijimos anteriormente, el ofendido o sujeto pasivo desde la averiguación previa puede aportar pruebas para demostrar la presunta responsabilidad del indiciado. La intervención del sujeto pasivo del delito en la fase indagatoria es clara cuando se le llama para que comparezca a declarar, presentar testigos, ampliar su declaración, etcétera, por lo que podemos considerarlo como pieza importante para que el Ministerio Público ejercite su acción.

D. DIFERENCIA ENTRE LOS SUJETOS DE LA AVERIGUACION PREVIA CON LAS PARTES DEL PROCESO PENAL.

Para poder determinar la diferencia entre los sujetos que intervienen en la averiguación previa con las partes del proceso penal, se hace necesario señalar lo que debe entenderse por parte.

"La calidad de parte se acusa en el interés

(18) Carrancá y Trujillo Raúl y Carrancá y Rivas Raúl. Ob. Cit.
pág. 270

directo que se tiene en la sentencia." (19)

"Partes son aquellos sujetos que concurren con un interés manifiesto y específico en la relación procesal." (20)

"Partes son los sujetos que reclaman una decisión jurisdiccional respecto a la pretensión que en el proceso se debate." (21)

"Florian considera como parte a quien deduce o contra quien se deduce una relación de derecho sustantivo penal." (22)

Para Von Hippel, partes son "los sujetos jurídicos cuya relación jurídica material es el objeto que hay que decidir en el proceso." (23)

"Parte es aquél que pide o contra quien se pide en juicio una declaración de derecho, es decir, el que figura en el juicio como actor o como demandado, como el Ministerio Público o como el imputado." (24)

De los conceptos anteriormente señalados, se deduce que el término de parte, sólo puede tener vida dentro del proceso, y siendo así, tenemos que parte es todo aquél que

- (19) Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal. 22a. ed., Ed. Porrúa, México 1993. pág. 183
- (20) Oronoz Santana, Carlos. Manual de Derecho Procesal Penal. 3a. ed., Ed. Limusa, México 1993. pág. 38
- (21) Gómez Lara, Cipriano. Teoría General del Proceso. 8a. ed., Ed. Harla, México 1990. pág. 252
- (22) Cit., Colín Sánchez, Guillermo. Ob. Cit. pág. 74
- (23) Ibidem., pág. 75
- (24) Guarnieri, José. Las Partes en el Proceso Penal. Ed. Cajica Puebla. pág. 39

concorre con un interés específico y que reclama una decisión jurisdiccional respecto a la pretensión que en el proceso se debate.

Cabe distinguir entre lo que es parte en sentido formal y parte en sentido material; la distinción entre estos dos conceptos ha sido ampliamente estudiada por la doctrina, de tal suerte que "el concepto de parte material se refiere al sujeto del nexo material o de fondo que está por debajo o atrás del proceso, es decir, aquella persona a la cual el resultado del proceso, la probable sentencia, estará en posibilidad de afectarle su ámbito jurídico de una forma particular y determinada." (25)

El presunto responsable será desde éste punto de vista, parte en sentido material, porque sólo a él la sentencia que se dicte, producirá efectos en su esfera jurídica.

Por otro lado, al hablar de parte en sentido formal, Cipriano Gómez Lara señala que: "el concepto de parte es de carácter formal, ya que las partes no han de ser necesariamente los sujetos del derecho o de la obligación controvertidos." (26)

En este sentido, tendrá el carácter de parte formal, todo aquél que concurra al proceso pero que no ventile causa propia, pudiendo situar aquí al Ministerio Público y al

(25) Gómez Lara, Cipriano. Ob. Cit. pág. 254

(26) Idem.

Defensor.

Existen otros sujetos que intervienen en la relación procesal, como los peritos, los testigos, a los cuales no se les puede dar el carácter de parte, sino de meros auxiliares de la administración de justicia.

Sergio García Ramírez, al referirse a los participantes en el proceso penal, nos dice: "la idea de sujetos procesales se halla enlazada íntimamente con el concepto de relación jurídica procesal." (27)

Las partes, "son las personas entre las cuales se establece y desenvuelve posteriormente la relación jurídica en que el proceso consiste. Se habla de sujetos principales y accesorios: los principales son el juez, el Ministerio Público y el indiciado y como sujeto *sui generis* agregamos al defensor, en virtud de que no puede seguirse proceso alguno sin la existencia del defensor; los accesorios son el actor civil que reclama el resarcimiento pero no frente al inculcado, sino a un tercero civilmente responsable por el daño ocasionado por la comisión del delito." (28)

En el proceso se da una relación entre las partes que intervienen en el mismo, dicha relación tiene un carácter triangular: "así, los sujetos de la relación procesal serían el juzgador, el acusador y el inculcado. El juzgador, tercero

(27) Curso de Derecho Procesal Penal. pág. 103
(28) *Ídem*.

imparcial llamado a resolver la contienda, se sitúa por encima de las partes; éstas, a su vez, son el acusador y el imputado. Cabe distinguir entre partes en sentido formal y partes en sentido material. Las primeras intervienen, estrictamente en el proceso mismo; las segundas, lo son de la relación material que determina el litigio a cuya composición sirve el proceso. Sobre esta base, se afirma el carácter de partes formales del Ministerio Público y del defensor." (29)

Oronoz Santana manifiesta que: "diversos autores consideran que el procedimiento no se sigue por las partes entre sí, porque la idea de partes presupone la igualdad entre las mismas, lo que no sucede en la realidad, toda vez que el Ministerio Público goza de privilegios que el imputado no tiene." (30)

Hasta aquí hemos observado que el Ministerio Público, el defensor y el inculcado dentro de la relación procesal tienen el carácter de partes.

Con relación al ofendido ante el órgano jurisdiccional, el artículo 141 del Código de Procedimientos Penales dispone:

Artículo 141.- La persona ofendida por el delito no es parte en el proceso pero podrá coadyuvar con el Ministerio Público, proporcionar

(29) García Ramírez, Sergio y Victoria Adatto. Prontuario del Proceso Penal Mexicano. 7a. ed., Ed. Porrúa, México 1993. pág. 2

(30) Manual de Derecho Procesal Penal. pág. 38

al juzgador por conducto de éste o directamente, todos los elementos que tenga y que conduzcan a comprobar la procedencia y monto de la reparación del daño y perjuicio.

En contraposición con el artículo citado, Juventino V. Castro señala: "el ofendido por el delito está considerado por la doctrina como un sujeto procesal accesorio del proceso penal, pero además es parte en el proceso." (31)

Para finalizar podemos decir que parte es aquella frente a la cual el juez puede y debe pronunciar una resolución. El concepto de parte se entiende en sentido procesal, de tal manera que se es parte en ese sentido o no se es.

En la averiguación previa no hay partes, existe una autoridad que investiga, que realiza actos diversos con el objeto directo de decidir si ejercita o no la acción penal de acuerdo a lo desprendido de las diligencias practicadas por él y ante él.

Estimamos correcto hablar de sujetos de la averiguación previa, porque el procedimiento penal no se inicia sino hasta cuando el representante social decide ejercitar la acción penal, por lo tanto los sujetos no llegaron a ser parte.

La actividad de los sujetos dentro de la averiguación previa desde luego que va a tener relevancia dentro

(31) El Ministerio Público en México. pág. 105

del proceso penal, considerándose hasta cierto punto más pura en la etapa preprocesal, ya que los sujetos intervienen directamente, y si bien es cierto que hay similitud en relación al denunciante y al inculpado dentro de la averiguación previa con las partes dentro del proceso, el Ministerio Público y el defensor desplazan a los que bien pudieramos llamar las verdaderas partes como lo son el denunciante y el indiciado, que de hecho son desplazados, porque su situación jurídica queda a expensas de lo que logre en el proceso el Ministerio Público y la defensa.

Podemos concluir diciendo que las diferencias que existen entre los sujetos de la averiguación previa con las partes del proceso penal, son únicamente en cuanto a terminología o al carácter que adquieren en cada etapa; los derechos y las obligaciones que se tienen, son las mismas en cada una de ellas.

CAPITULO III. DE LAS PRUEBAS EN GENERAL.

A. CONCEPTO DE PRUEBA.

En el sistema jurídico mexicano, la prueba juega un papel muy importante, toda vez que mediante ésta se conoce la verdad que trata de encontrarse en el proceso.

En el proceso penal la prueba tiende a dar al juzgador elementos suficientes para poder conocer la verdad del caso del cual está conociendo, y de esta manera estar en posibilidad de emitir una resolución sobre el mismo.

En la averiguación previa "al tenerse noticia de la comisión de un delito, el órgano investigador entra en actividad en busca de elementos probatorios para acreditar el cuerpo del delito (elementos del tipo) y el descubrimiento del responsable; el Ministerio Público al formular su acusación inicial, lo hace fundado en las presunciones que derivan de los primeros elementos de prueba encontrados; el Juez, para resolver sobre la formal prisión o soltura del acusado, examina esas

presunciones; luego, durante la instrucción, la parte acusadora trata de fortalecer las presunciones iniciales, para convertir las en convicción plena y el defensor y el acusado, por el contrario, buscarán la manera de desvirtuarlos; finalmente, en la sentencia, el órgano jurisdiccional hará la valoración de los elementos de prueba aportados, con miras a la absolución o la condena. Todo, pues, dentro del proceso criminal, gira en torno a las pruebas." (1)

Para dar una noción de lo que es la prueba, daremos algunos conceptos.

"Prueba es todo medio factible de ser utilizado para el conocimiento de la verdad histórica y la personalidad del delincuente para de esa manera estar en aptitud de definir la pretensión punitiva estatal." (2)

"Comprende el conjunto de los motivos que obran en el espíritu del Juez para concluir que son reales y efectivos los hechos que ante él se han alegado, como generadores del derecho que está llamado a declarar." (3)

"La prueba en el procedimiento judicial es susceptible de tomarse en dos acepciones. A veces se entiende que

-
- (1). Pérez Palma, Rafael, Guía de Derecho Procesal Penal, 3a. edición, Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, 1991, pág. 187.
 - (2). Colín Sánchez, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, 11a. edición, Editorial Porrúa, 1989, pág. 281.
 - (3). Pérez Palma, Ob. Cit., pág. 188.

consiste en los medios empleados por las partes para llevar al ánimo del Juez la convicción de la existencia de un hecho; otras comprende el conjunto de elementos que tiene en cuenta el tribunal en el momento de resolver sobre una situación jurídica que se somete a una decisión. " (4)

"En suma, por prueba se entiende lo que persuade el espíritu; todo lo que existe en el proceso que puede servir para establecer los elementos necesarios del juicio." (5)

Sentis Melendo manifiesta que: "Prueba es la verificación de las afirmaciones formuladas en el proceso conducentes a la sentencia. Que ésa verificación ha de efectuarse en el proceso o ha de incorporarse a él, resulta naturalmente del carácter procesal o judicial de la prueba; que ha de ajustarse a normas de procedimiento, es lo que caracteriza ésta prueba y le da un sentido jurídico." (6)

"La prueba es el acreditamiento, la verificación, la confirmación de los hechos aducidos por las partes." (7)

Alcalá Zamora y Levene señalan que: "En sentido estricto, por prueba debemos entender el conjunto de

(4) González Bustamante, Juan José, Derecho Procesal Penal Mexicano, 10a. edición, Editorial Porrúa, 1991, pág. 332.

(5) Ibidem.

(6) Gómez Lara, Cipriano, Teoría General del Proceso, 8a. ed., - Editorial Harla, México, pág. 357.

(7) Gómez Lara, Cipriano, Derecho Procesal Civil, 4a. edición, - Editorial trillas, México 1989, pág. 71.

actividades destinadas a obtener el cercioramiento judicial acerca de los elementos indispensables para la decisión del litigio sometido a proceso. Llámese también prueba al resultado así conseguido y a los medios utilizados para lograrlo, aún cuando en éste caso es más frecuente el empleo en plural de la palabra (pruebas)." (8)

"Se puede entender como prueba a todo medio directo o indirecto de llegar al conocimiento de los hechos." (9)

"Prueba es la institución jurídica destinada a demostrar la verdad sobre la existencia del hecho de que se trata de justificarse." (10)

Ahora bien, de las definiciones anteriores podemos darnos cuenta que existe cierta diferencia entre lo que es prueba y lo que es probar. Probar es, según Arilla Bas "provocar en el ánimo del titular del órgano jurisdiccional, la certeza respecto de la existencia o inexistencia pretéritas de un hecho controvertido. Esta certeza es el resultado del raciocinio." (11)

Por lo tanto probar es provocar certeza en el

(8) Cit., García Ramírez, Sergio. Adatto de Ibarra, Victoria. Prontuario del Proceso Penal Mexicano, 7a. edición, Editorial Porrúa, México 1993, pág. 370.

(9) Oronoz Santana, Carlos M. Manual de Derecho Procesal Penal, 3a. edición, Editorial Limusa, México 1993, pág. 122.

(10) González Blanco, Alberto. El Procedimiento Penal Mexicano, 4a. edición, Editorial Porrúa, México 1975, pág. 152.

(11) Arilla Bas, Fernando. El Procedimiento Penal Mexicano, 2a. edición, Editorial Kratos, 1981, pág. 98.

ánimo del Juez y prueba es todo aquello con lo que se va a provocar la certeza.

De los conceptos vertidos con anterioridad, podemos inferir que prueba es todo aquel medio factible de lograr convicción en el juzgador, a fin de que éste conozca la verdad que trata de encontrarse, sobre el caso concreto del cual conoce y esté en posibilidad de dictar resolución.

B. ELEMENTOS DE LA PRUEBA.

Dentro del estudio de la prueba debemos referirnos a los elementos que integran la misma; de manera general en el estudio de la prueba se distinguen tres elementos que son:

- 1). El medio de prueba;
- 2). El órgano de prueba, y
- 3). El objeto de prueba.

El medio de prueba.

"El medio de prueba es la prueba misma, o sea el medio con el cual se dota al juzgador del conocimiento cierto en torno del hecho concreto que originó el proceso; por ello el medio es el puente que une al objeto por conocer con el sujeto cognocente, o dicho de otra forma, es el objeto o acto en que el Juez encuentra los motivos de la certeza." (12)

(12) Oronoz Santana, Carlos M. Ob. Cit., pág. 122.

"El medio de prueba es, la prueba en sí. Es un vehículo para alcanzar un fin. Esto significa que, para su operancia, debe existir un órgano que le imprima dinamismo, y así, a través de uno o más actos determinados, se actualice el conocimiento." (13)

"El medio de prueba es la prueba misma; es el modo o el acto por medio del cual se lleva el conocimiento verdadero de un objeto." (14)

Alsina explica que "se entiende por medio de prueba el instrumento, cosa o circunstancia en los que el juez encuentra los motivos de su convicción." (15)

El medio de prueba es la vía que genera los razonamientos o las instituciones que permitirán al juez, llegar al conocimiento del hecho controvertido que se ventila ante él.

"El medio de prueba está constituido por el acto mediante el cual determinadas personas físicas aportan a la averiguación el conocimiento del objeto de la prueba." (16)

El medio de prueba de acuerdo a los conceptos anteriormente vertidos, es el acto o el procedimiento a través

(13) Colín Sánchez, Guillermo. Ob. Cit. pág. 288.
(14) Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal, 22a edición, Editorial Porrúa, México 1993, pág. 191.
(15) Cit., Gómez Lara, Cipriano. Teoría General del Proceso. pág. 358.
(16) González Bustamante, Juan José. Ob. Cit., pág. 336.

del cual, las personas físicas aportan el conocimiento verdadero del objeto de la prueba.

EL ORGANISMO DE PRUEBA.

Otro de los elementos que integran la prueba es el órgano de prueba, el cual lo viene a ser la persona física que lleva el conocimiento al proceso, por cualquier medio idóneo.

"El órgano de prueba es toda persona física que concurre al proceso y suministra los informes de que tiene noticia sobre la existencia de un hecho o circunstancia, según su personal observación." (17)

"Órgano de prueba es la persona física portadora de un medio de prueba; en otras palabras, es la persona física que suministra en el proceso el conocimiento del objeto de prueba." (18)

"Órgano de prueba, es la persona que proporciona el conocimiento por cualquier medio factible." (19)

"Es la persona física que proporciona al titular del órgano jurisdiccional el conocimiento del objeto de prueba." (20)

(17) González Bustamante, Juan José. Ob. Cit. pág. 336

(18) Rivera Silva, Manuel. Ob. Cit. pág. 191.

(19) Colín Sánchez, Guillermo. Ob. Cit. pág. 286.

(20) Arilla Bas, Fernando. Ob. Cit. pág. 101.

De los conceptos citados, se infiere que el órgano de prueba, es la persona física portadora de un conocimiento, el cual lo hace saber al titular del órgano jurisdiccional, a través de cualquier medio idóneo.

OBJETO DE PRUEBA.

Por último, por cuanto hace al objeto de prueba tenemos que éste lo constituye el hecho que se debe averiguar en el proceso.

"El objeto de prueba es lo que se debe averiguar en el proceso, es decir, saber la verdad que se pretende encontrar o demostrar mediante el medio de prueba que se haya aportado, entendiendo que debe estar en relación directa con la verdad buscada en el proceso." (21)

"El objeto de prueba es el *thema probandum*, la cuestión que dió origen a la relación jurídica material de Derecho Penal. Esto es lo que debe probarse; es decir, que se ejecutó una conducta o hecho encuadrable en algún tipo penal preestablecido (tipicidad), o, en su defecto, la falta de algún elemento (atipicidad), o cualquier otro respecto de la conducta." (22)

"Objeto de prueba es lo que hay que determinar en el proceso." (23)

(21) Oronoz Santana, Carlos M. Ob. Cit. pág. 124.

(22) Colín Sanchez, Guillermo. Ob. Cit. pág. 285.

(23) Rivera Silva, Manuel. Ob. Cit. pág. 191.

Con respecto al objeto de prueba, González Bustamante nos dice: "Damos el nombre de objeto de prueba a todo aquello que es necesario determinar en el proceso; a la circunstancia o acontecimiento que debe conocerse." (24)

Florian manifiesta al respecto que: "objeto de prueba es lo que en el proceso hay que determinar, es el tema a probar (thema probandum), y, consiste en la cosa, la circunstancia o el acontecimiento cuyo conocimiento es necesario y debe obtenerse en el proceso." (25)

Claría-Olmedo nos dice: "por objeto de prueba ha de entenderse el tema o la materialidad en que recae la actividad probatoria. Es lo que se puede o debe probar para que se obtenga la certeza o probabilidad acerca del acontecimiento histórico introducido al proceso como hecho incierto." (26)

Por su parte, Díaz de León afirma que: "el objeto de la prueba en el proceso penal es toda aquella objetividad considerada como hecho susceptible de prueba; desde luego, la expresión hecho debe ser considerada como la amplitud necesaria para comprender no solo los sucesos del hombre, de su propia persona o las cosas del mundo, sino en general todo aquello que pueda formar, de manera principal o accesoria, parte de la relación jurídico-criminal que se debate en el proceso, siempre y cuando no esté prohibido por la ley." (27)

(25) Cit., García Ramírez. Adatto de Ibarra. Ob. Cit., pág. 370.

(26) Ob. Cit., pág. 373.

(27) Ibidem.

De los conceptos vertidos debemos entender que el objeto de prueba es el hecho controvertido que debe ser esclarecido en el proceso.

C. LA CARGA DE LA PRUEBA.

El estudio de la prueba, comprende no solamente los principios de la prueba y sus elementos, sino también la llamada carga de la prueba.

"El concepto de la carga procesal está referido al hecho mismo de que las partes en el proceso deben demostrar sus respectivas pretensiones, por lo que se considera que tanto está obligado a probar el que afirma como el que niega, siendo que en tal caso las partes se encuentran en la necesidad de probar la aseveración de su dicho; resultando que el Ministerio Público, dada la postura que guarda en el proceso, deba aportar las pruebas que incriminen, así como las que exculpen al acusado." (28)

"De Pina y Castillo Larrañaga señalan que es el gravamen que recae sobre las partes de facilitar el material probatorio necesario al juzgador para formar sus convicciones sobre los hechos alegados o invocados." (29)

"De acuerdo con Couture, la carga procesal es

(28) Oronoz Santana, Carlos M. Ob. Cit. pág. 123.

(29) Cit., Gómez Lara, Cipriano. Derecho Procesal... pág. 77

una situación jurídica, instituida en la ley, consistente en el requerimiento de una conducta de realización facultativa normalmente establecida en interés del propio sujeto, y cuya omisión trae aparejada una consecuencia gravosa para él. " (30)

Por medio de la carga de la prueba se determina a cual de las partes corresponde proponer, preparar y su-
ministrar las pruebas en el proceso, a fin de que el juez ob-
tenga el conocimiento suficiente sobre el hecho del cual conoce
y esté en posibilidad de dictar su resolución.

Con respecto a la carga de la prueba el artículo 248 del Código de Procedimientos Penales, señala que:

Artículo 248.- El que afirma está obligado a probar. También lo es el que niega, cuando su negación es contraria a una presunción legal o cuando envuelve la afirmación expresa de un hecho.

De Pina y Couture, pretenden llevar al procedimiento penal, los mismos principios y las mismas normas que rigen en el proceso civil, tal como se desprende de sus conceptos señalados anteriormente; sin embargo, el principio de la carga de la prueba no rige en el procedimiento penal, como se verá a continuación.

"La carga de la prueba, o sea, la determinación

(30) Cit., Ovalle Fabela, José. Derecho Procesal Civil. 3a. edición, Editorial Harla, México 1982, pág. 127.

de la persona obligada a aportar pruebas, no existe en materia penal, pues nadie, en particular, está obligado a aportar determinadas pruebas para acreditar ciertos hechos y todos están obligados a ayudar al esclarecimiento de la verdad histórica. No es válido el principio: **quien afirma está obligado a probar**, pues la búsqueda de la verdad, en materia penal, es in dependiente de quien afirme pruebe o no su aseveración. El artículo 248 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, es una supervivencia de sistemas pretéritos sin ninguna vigencia en el presente." (31)

Por su parte Colín Sánchez afirma que: "la carga de la prueba no opera en el procedimiento penal; éste es de interés público; ante la inactividad del Ministerio Público, o del procesado y su defensor, el tribunal puede tomar la iniciativa necesaria para que se realicen los fines específicos del proceso." (32)

Finalmente Pérez Palma al hacer referencia al artículo 248 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, lo hace en los siguientes términos:

"El artículo es copia literal del artículo 205 del Código de 1894 y está inspirado en los mismos principios que sirven de fundamento a los artículo 281 y 282 del Código

(31) Rivera Silva, Manuel. Ob. Cit. pág. 200.

(32) Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. pág. 303.

de Procedimientos Civiles. Los partidarios de llevar al procedimiento penal los mismos principios y las mismas normas que rigen en el procedimiento civil piensan que, de igual modo que el actor está obligado a probar la acción que deduce en el juicio y el demandado sus excepciones, en materia penal el Ministerio Público estará obligado a demostrar su acusación y la defensa las eximentes de responsabilidad o por lo menos, las circunstancias que mejoren la situación del acusado." (33)

Los autores citados son unánimes en cuanto a que la carga de la prueba no opera en el proceso penal, porque lo que se busca, es la investigación de la verdad histórica, de la verdad real de los acontecimientos que culminaron en la comisión del delito. Por tanto, ya no se habla de carga de la prueba, ni de que quien afirma está obligado a probar; si no que la obligación es de todos, tanto del Ministerio Público como de la defensa y del juez, ya que todos deben de participar en la averiguación tratando de encontrar la verdad para que la sentencia sea justa y no se incline sólo hacia el lado de aquél que probó o que tuvo mejores elementos para demostrar la acusación o la defensa.

El criterio que sigue el artículo 248 -afirman- es impropio y carente de técnica; afortunadamente se salva con lo que establece el artículo 314 del Código de Procedimientos

(33) Guía de Derecho Procesal Penal. pág. 278

Penales para el Distrito Federal," que consagra el principio de la libre iniciativa del juez en la búsqueda de la verdad, ya que si el juez estuviera maniatado para hacerse de pruebas, tendría que conformarse, no con la verdad histórica, sino con las afirmaciones demostradas por las partes.

El artículo 314 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece:

Artículo 314.— En el auto de formal prisión se ordenará poner el proceso a la vista de las partes para que propongan, dentro de siete días contados desde el siguiente a la notificación de dicho auto las pruebas que estimen pertinentes, las que se desahogarán en los quince días posteriores, plazo dentro del cual se practicarán, igualmente, todas aquellas que el juez estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad y en su caso, para la imposición de la pena.

"De ésta disposición se colige que, lo más importante es el conocimiento de la verdad material, en cuya obtención no es a lo afirmado o negado por las partes a lo que debe atenderse el órgano jurisdiccional; si así fuera, el principio de la verdad material resultaría quebrantado, en detrimento de la prevención y persecución del delito, cuestiones de interés público jamás compaginables con el formalismo de una disciplina instituida para los intereses privados." (34)

(34) Colín Sánchez, Guillermo. *Ob. Cit.* pág. 304.

Sin embargo y a pesar de todo, "en tanto éstos puntos de discusión se definen, el precepto que se comenta, se encuentra vigente y resulta de ineludible aplicación." (35)

Cabe señalar que todo lo mencionado anteriormente resulta aplicable también dentro de la averiguación previa, en atención a que el Ministerio Público investigador como el defensor y el inculpaado pueden en dicha etapa procesal, aportar todas las pruebas que estimen pertinentes para el esclarecimiento de la verdad, esto de acuerdo a las reformas constitucionales publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 3 de septiembre de 1993.

Finalmente, consideramos correctas las aseveraciones expuestas, por los autores citados, en el sentido de que en materia penal no rige el principio de la carga de la prueba, ya que la justicia se alcanza cuando se conoce la verdad histórica y ésta se debe alcanzar con o sin la intervención de las partes.

**D. REGLAMENTACION DE LAS PRUEBAS EN EL
CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES
PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece en su artículo 135 lo siguiente:

(35) Pérez Palma, Rafael. OB. Cit. pág. 279.

Artículo 135.- La ley reconoce como medios de prueba:

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

Se admitirá como medio de prueba en los términos del artículo 20 fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente, a juicio del Ministerio Público, Juez o Tribunal. Cuando el Ministerio Público o la autoridad judicial lo estimen necesario podrán por algún otro medio de prueba, establecer su autenticidad.

"Del contenido de la última parte de éste precepto, se desprende la inutilidad de la enumeración que le antecede; por eso, el Código Federal de la materia (el artículo 206), prevee que son admisibles, todos los medios de prueba que no sean contrarios a Derecho." (36)

Además de las pruebas mencionadas en el artículo 135 del Código Procesal Penal para el Distrito Federal, se regulan las siguientes pruebas:

- I.- Reconstrucción de hechos;
- II.- Cateos y visitas domiciliarias;

(36) Colín Sánchez, Guillermo. Ob. Cit. págs. 288 y 289.

III.- Confrontación, y

IV.- Careos.

"La necesidad de determinar la verdad histórica y la personalidad del delincuente obliga, como lo señalan las disposiciones legales citadas, a que en la secuela procedimental se allegue y admita todo lo que facilite el conocimiento de los hechos, con sus circunstancias y modalidades; no sometiendo a los integrantes de la relación jurídica procesal a la obligación de utilizar únicamente las pruebas convencionales señaladas en una absurda lista; de ser así, cobraría vigencia el precepto según el cual, el que tiene derechos y carece de medios para probarlo, no tiene más que la sombra de un derecho." (37)

A continuación, daremos un breve concepto de cada una de las pruebas que regula el Código Procesal Penal para el Distrito Federal.

LA CONFESION.

Al respecto el artículo 136 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece:

Artículo 136.- La confesión es la declaración voluntaria hecha por persona no menor de dieciocho años en pleno uso de sus facultades mentales, rendida ante el Ministerio Público, el Juez o el Tribunal

(37) Ibidem.

de la causa, sobre hechos propios constitutivos del tipo delictivo materia de la imputación, emitida con las formalidades señaladas por el artículo 20 fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

"La confesión es un medio de prueba, a través del cual un indiciado, procesado o acusado, manifiesta haber tomado parte, en alguna forma, en los hechos motivo de la investigación." (38)

"La confesión es el reconocimiento que hace el reo de su propia culpabilidad." (39)

"La confesión es la declaración o reconocimiento que hace una persona contra sí misma, acerca de la verdad de un hecho..." (40)

La confesión, es pues, el reconocimiento de hechos propios de quien declara, ya sea en la averiguación previa como indiciado, o en el proceso.

LOS DOCUMENTOS PUBLICOS Y LOS PRIVADOS.

"Documento desde el punto de vista jurídico es el objeto material en el cual, por escritura o gráficamente, consta o se significa un hecho." (41)

(38) Colín Sánchez, Guillermo. Ob. Cit. pág. 308.

(39) Rivera Silva, Manuel. Ob. Cit. pág. 211.

(40) González Bustamante, Juan José. Ob. Cit. pág. 339.

(41) Rivera Silva. Ob. Cit. pág. 225.

"Documento en el procedimiento judicial, es toda escritura o instrumento con que se prueba o confirma alguna cosa o circunstancia; todo objeto inanimado en el que conste escrito o impreso algún punto que tenga por finalidad atestiguar la realidad de un hecho." (42)

"Para Chiovenda documento en sentido amplio, es toda representación material destinada e idónea para reproducir una cierta manifestación del pensamiento; como una voz grabada eternamente." (43)

Tenemos entonces que documento es todo objeto que contiene la expresión de un pensamiento o idea susceptible de ser interpretada por los demás y que dentro del proceso, tiene como finalidad atestiguar la realidad de un hecho.

Debemos hacer mención que los documentos se dividen en públicos y privados. Son públicos, los autorizados por funcionarios en pleno ejercicio de sus funciones y privados, son los expedidos por personas que no tienen al momento de hacerlo carácter oficial o los realizan sin ese carácter.

DICTAMENES DE PERITOS.

"El peritaje consiste en hacer asequible al

(42) González Bustamante, Juan José. Ob. Cit. pág. 348

(43) Cit., García Ramírez, Sergio. Adatto de Ibarra. Ob. Cit. pág. 550.

profano en determinada arte, el conocimiento de un objeto cuya captación sólo es posible mediante técnica especial." (44)

"Perito es toda persona a quien se atribuye capacidad técnica-científica o práctica, en una ciencia o arte. Pericia es la capacidad tecnico-científica o práctica que acerca de una ciencia o arte posee el sujeto llamado perito. Peritaje es el procedimiento empleado por el perito para realizar sus fines. Peritaje es la operación del especialista traducida en puntos concretos, en inducciones razonadas y operaciones emitidas, como generalmente se dice, de acuerdo con su leal saber y entender, en donde se llega a conclusiones concretas." (45)

Es necesario señalar, al hablar de ésta prueba, que el dictamen pericial es sólo un auxilio técnico o científico para el juzgador, a fin de conocer más a fondo las cosas, los hechos o personas, que tienen relación con el hecho delictuoso. El juzgador no queda sujeto al dictamen, ya que sólo le aporta elementos para su juicio.

LA INSPECCION MINISTERIAL Y LA JUDICIAL.

Sobre éste punto cabe aclarar que no se trata de dos formas de inspección, sino más bien de dos autoridades dis-

(44) Rivera Silva, Manuel. Ob. Cit. pág. 237.

(45) Colín Sánchez, Guillermo. Ob. Cit. pág. 341.

tintas que la pueden practicar, es decir el Ministerio Público en la averiguación previa y el órgano jurisdiccional en el proceso, nosotros nos referiremos únicamente a ésta última.

"La inspección judicial es el examen que hace el juzgador para conocer el estado, situación y características de personas, cosas y lugares." (46)

"La inspección, es un acto procedimental que tiene por objeto, la observación, examen y descripción de personas, lugares, objetos y efectos de los hechos, para así obtener un conocimiento sobre la realidad de una conducta o hecho o para el descubrimiento del autor." (47)

"Arilla Bas manifiesta al respecto que la inspección es la aplicación de los sentidos a la realidad para conocerla. Esta definición se desdobra en dos especies: la inspección ocular es la realizada por el juez o por el Ministerio Público. La inspección judicial es, en cambio, la que realiza única y exclusivamente, el juez." (48)

Se puede concluir, que la inspección judicial es la actividad que realiza el juez, a fin de conocer a través de sus sentidos el ambiente, el medio y el lugar en que se

(46) Oronoz Santana, Carlos M. Ob. Cit. pág. 153.

(47) Colín Sánchez, Guillermo. Ob. Cit. pág. 365.

(48) Ob. Cit. pág. 139.

realizó algún hecho, tratando así de conocer la verdad histórica.

LAS DECLARACIONES DE TESTIGOS.

"Testigo es la persona física que puede suministrar datos sobre algo que percibió y de lo cual guarda recuerdo." (49)

"El testigo es la persona física que puede aportar datos sobre hechos presumiblemente delictuosos, es decir puede serlo toda persona que tiene conocimiento de los hechos que originaron el proceso, y cuya testificación resulta importante, por lo que lo manifestado por los testigos se reputa testimonio." (50)

Eugenio Florian señala que "testigo es toda persona física llamada a declarar acerca de lo que sabe sobre el objeto del mismo, con fines de la prueba." (51)

"Testigo es toda persona física que manifiesta ante los órganos de la justicia lo que le consta (por haberlo percibido a través de los sentidos), en relación con la conducta o hecho que se investiga." (52)

De los conceptos mencionados podemos señalar

(49) Rivera Silva, Manuel. Ob. Cit. pág. 249.

(50) Oronoz Santana, Carlos M. Ob. Cit. pág. 142.

(51) Cit., González Bustamante, Juan José. Ob. Cit. pág. 368.

(52) Colín Sánchez, Guillermo. Ob. Cit. pág. 325.

que la prueba testimonial consiste en el relato que hace una persona física, ajena a los hechos y a los sujetos, sea en la averiguación previa o ante la autoridad judicial, de lo que ha percibido a través de sus sentidos, en relación al acto u omisión que se investiga.

LAS PRESUNCIONES.

El artículo 245 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, señala al respecto:

Artículo 245.— Las presunciones o indicios son las circunstancias y antecedentes que, teniendo relación con el delito, pueden razonablemente fundar una opinión sobre la existencia de los hechos determinados.

"Se puede decir que las presunciones son una forma de apreciación de los hechos, o sea, la interpretación de los hechos sometidos a consideración del juzgador mediante leyes de la razón." (53)

"La presunción es y consiste en una operación de la mente o del raciocinio, de la inteligencia o de la imaginación, que no obra en autos, sino en la intelectualidad de los que intervienen en el proceso." (54)

(53) Oronoz Santana, Carlos M. Ob. Cit. pág. 152.

(54) Pérez Palma, Rafael. Ob. Cit. pág. 274.

Arilla Bas nos dice al respecto: "las presunciones no son un medio de prueba enderezado a demostrar la existencia histórica de un hecho, sino el mismo hecho demostrado por el razonamiento. No hay que confundir el indicio con la presunción como lo hace el artículo 245 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el indicio es un hecho conocido, susceptible de llevar racionalmente el conocimiento de otro desconocido, en virtud de la relación existente entre ambos. Presunción es la concurrencia obtenida, por inferencia inductiva o deductiva según los casos, del hecho conocido." (55)

Siendo así, tenemos que la presunción, es la inferencia lógica que se hace de un hecho conocido para llegar a otro desconocido.

Como mencionamos en un principio, además de las pruebas que regula el artículo 135 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el mismo ordenamiento también regula la reconstrucción de hechos, los cateos y visitas domiciliarias, la confrontación y los carcos, a estas nos referiremos a continuación.

RECONSTRUCCION DE HECHOS.

La reconstrucción de hechos, es una variante de la inspección y se diferencia de ésta en que, la reconstrucción

(55) Ob. Cit. pág. 153.

de hechos es dinámica, mientras que la inspección judicial es estática, porque recae sobre objetos, lugares, etcétera.

"La inspección ocular se complementa con la reconstrucción de los hechos que consiste en reproducir la forma como ocurrieron, de acuerdo con las versiones que existen en el proceso, con el objeto de que el tribunal tenga noción de la manera como se desarrollaron." (56)

"Se dice que la reconstrucción de hechos es la reproducción de éstos por las personas que intervinieron en los mismos, siempre que ello fuere posible, conforme a la descripción que existe en el expediente, sirviendo de base para que el juzgador compruebe con cierta medida las versiones dadas por las personas que hayan depuesto en el expediente concreto." (57)

"La reconstrucción de hechos es el examen u observaciones de acaecerse, o sea, de sujetos que exhiben determinado proceder; en suma, el examen de la reproducción artificial de hechos consignados en el proceso." (58)

La reconstrucción de hechos es una forma de la inspección judicial como se mencionó al inicio, de éste modo,

(56) González Bustamante, Juan José. Ob. Cit. pág. 362.

(57) Oronoz Santana, Carlos M. Ob. Cit. pág. 154.

(58) Rivera Silva, Manuel. Ob. Cit. pág. 271.

el Código de procedimientos penales para el Distrito Federal, nos señala en su artículo 144, lo siguiente:

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

CATEOS Y VISITAS DOMICILIARIAS.

En cuanto al cateo y las visitas domiciliarias, Pérez Palma señala lo siguiente: "La voz cateo" es un mexicanismo, que ni siquiera aparece en el diccionario de la lengua, deriva del verbo catear, que en los países de habla hispana suele tener diversos significados. Nosotros lo tomamos en el sentido de allanar el domicilio, y consiste en la búsqueda, en el registro, que se haga en el lugar privado o al que la autoridad no pueda tener acceso, sino con la violación de las garantías del domicilio, y tiene por objeto la investigación del delito o la aprehensión de los responsables. La visita domiciliaria consiste también en un allanamiento, pero se ha de li

mitar a una simple inspección del lugar, a una mera vista de ojos, para comprobar el cumplimiento de los reglamentos sanitarios y de policía o para comprobar el cumplimiento de las leyes fiscales." (59)

Colín Sánchez señala al respecto, que el cateo es el acto procedimental que consiste en el cumplimiento de un mandato judicial para penetrar a un lugar cerrado (generalmente en un domicilio de una persona física o moral), con el fin de realizar una inspección, buscar una cosa, aprehender a una persona o practicar cualquier otra diligencia. En cambio la visita domiciliaria no precisa de orden judicial, está a cargo, generalmente, de la autoridad administrativa con el objeto de cerciorarse del cumplimiento de los reglamentos gubernativos, de policía u otras cuestiones encaminadas a imprimir efectividad a servicios públicos.

Con respecto al cateo y a las visitas domiciliarias, Pérez Palma señala que no constituyen pruebas; son simplemente un medio de investigación o una manera de lograr la detención o la aprehensión de los responsables de los delitos.

Podemos señalar que el cateo es el reconocimiento judicial de un domicilio particular o edificio que no esten abiertos al público.

En toda orden de cateo que sólo la autoridad

(59) Pérez Palma, Ob. Cit., pág. 217.

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

La visita domiciliaria será el reconocimiento de una casa-domicilio practicado por la autoridad administrativa con ocasión de una investigación criminal o de naturaleza fiscal, sanitaria, etcétera.

Podemos concluir manifestando que la diferencia entre el cateo y la visita domiciliaria estriba, esencialmente en que el primero se puede realizar sólo si existe una orden judicial, mientras que el segundo lo realiza la autoridad administrativa sin requerir de orden judicial.

CONFRONTACION.

"En términos generales, la confrontación es el reconocimiento que hace el deponente del procesado." (60)

La confrontación es un acto procedimental que consiste en identificar, en una diligencia especial, a la persona a la que se hace alusión en las declaraciones, para así despejar los aspectos imprecisos o dudosos.

(60) Oronoz Santana, Ob. Cit., pág. 155.

La confrontación tiene como fin primordial el que se identifique o no al inculpado por quien o quienes se han de referir a él. No hay que confundir, sin embargo, la confrontación con la identificación, la primera se refiere a personas y la segunda a cosas u objetos.

Así se concluye que la confrontación es el medio de identificación física de una persona, practicado en el proceso penal de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 217 a 224 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

C A R E O S .

"El careo es un acto procesal, cuyo objeto es aclarar los aspectos contradictorios de las declaraciones del procesado o procesados, del ofendido y de los testigos, o de éstos entre sí, para con ello, estar en posibilidad de valorar esos medios de prueba y alcanzar el conocimiento de la verdad" (61)

"Florian señala que el careo consiste en la reconstrucción de los acontecimientos que constituyen el objeto del proceso o de alguna parte de los mismos por medio de la colocación, el uno frente al otro, de dos órganos de prueba, para que narren los hechos y discutan sobre los mismos cuando incurran en contradicciones, con el fin de que de esta narración

(61) Colín Sánchez, Ob. Cit., pág. 336.

y consiguiente discusión surja con claridad la verdad intrínseca de los hechos y sus modalidades." (62)

"Para Claria=Olmedo, careo significa enfrentamiento de dos personas cuyas opiniones divergen." (63)

El careo se presenta como un medio perfeccionado del testimonio, y puede revestir dos formas a saber:

- a) El careo Procesal y;
- b) El Careo Constitucional.

a) **El Careo Procesal**, es una diligencia que consiste en poner cara a cara a dos personas que discrepan en sus declaraciones, para que las sostengan o las modifiquen.

Cabe aclarar, que por reformas de 10 de enero de 1994 al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal el careo procesal, ya no se practica de oficio, sino a petición del procesado, tal y como lo señala el artículo 225 del mismo ordenamiento legal invocado que a la letra dice:

Artículo 225.- Siempre que el procesado lo solicite, será careado en presencia del juez con los testigos que depongan en su contra.

b) **El Careo Constitucional**, es la garantía otorgada al acusado para que, éste, conozca a las personas que deponen

(62) Cit., García Ramírez y Adatto de Ibarra. Ob. Cit. pág. 526

(63) ibidem.

en su contra y pueda interrogarlos en su defensa.

El careo constitucional no posee ninguna de las raíces del careo procesal. Es decir, no tiene compromisos con el testimonio, ni con algún medio probatorio. Más que un medio probatorio, es un derecho concedido al inculcado para que, vea y conozca las personas que declaren en su contra para que no se puedan formar artificialmente testimonios, en su perjuicio, y para darle ocasión de hacerles las preguntas que estime pertinentes a su defensa.

El careo constitucional tiene su fundamento en la fracción IV del artículo 20 Constitucional que señala:

Artículo 20.- En todo proceso de orden penal, tendrá el inculcado las siguientes garantías:

IV.- siempre que lo solicite, será careado en presencia del juez con quienes depongan en su contra.

Así pues diremos que el careo calificado de Constitucional, no es tal, pues en realidad se trata de una garantía contra las denuncias infundadas y maliciosas.

Es preciso aclarar que al igual que en el careo procesal, se le concedió al inculcado la facultad de hacer uso de ese derecho, o bien, de abstenerse de hacerlo, según reformas al artículo 20 fracción IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de fecha 3 de septiembre de 1993.

E. CLASIFICACION DE LAS PRUEBAS.

Sobre éste punto el Licenciado Elias Polanco Braga en su cátedra de Derecho Procesal Penal, señala que las pruebas se clasifican de la siguiente manera:

1.- DIRECTAS E INDIRECTAS. Las primeras son aquellas que se allega del conocimiento el juzgador por si sólo (inspección judicial). Las segundas son aquellas que llegan al conocimiento del juzgador por medio de una cosa o persona (pericial, testimonial, documental).

2.- PRINCIPALES Y ACCESORIAS. Son principales las que subsisten por si mismas (la confesional, la documental). Son accesorias aquellas que requieren de otro medio probatorio para su perfeccionamiento (testimonial, careos).

3.- PRECONSTITUIDAS Y POR CONSTITUIR. Las primeras son aquellas que ya existen antes del proceso (cheques pagará). Las segundas son todas aquellas pruebas que se vayan a perfeccionar durante el proceso.

4.- MEDIATAS E INMEDIATAS. Son mediatas aquellas que van a formar convicción en el juzgador con posterioridad a su recepción y son inmediatas las que formen convicción en el juzgador, desde que se desahogan.

5.- NATURALES Y ARTIFICIALES. Son naturales todas

aquellas que son tangibles o que se pueden observar. Son artificiales aquellas que salen del juicio del juzgador.

Por su parte Rivera Silva las clasifica de la siguiente manera:

"1.- MEDIOS PROBATORIOS NOMINADOS Y MEDIOS PROBATO

RIOS INNOMINADOS. Los primeros son aquellos a los que la ley concede nombre, y los segundos, todos los que no tienen denominación especial en la ley.

2.- MEDIOS PROBATORIOS AUTONOMOS Y AUXILIARES.

Son autónomos aquellos que no necesitan de otros para su perfeccionamiento y los auxiliares aquellos que tienden a perfeccionar otro medio probatorio.

3.- MEDIOS PROBATORIOS MEDIATOS E INMEDIATOS.

Los mediatos son los que requieren un órgano, es decir, una persona física portadora de la prueba. Son inmediatos todos aquellos que no solicitan la intervención de un órgano, por llevar directamente al juez el objeto de la prueba.

4.- PRUEBAS NATURALES Y ARTIFICIALES.

Son naturales las que llevan el objeto sin mediación de inferencias o procesos lógicos, y artificiales, los que entregan el objeto de manera indirecta por mediación de procesos lógicos." (64)

(64) Ob. Cit. págs. 193 y 194.

"El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, así como el Código Federal de Procedimientos Penales, no refieren ninguna clasificación de la prueba; no obstante, tomando como base el sujeto o sujetos a quienes va dirigida, quien la proporciona y el resultado de la misma, clasificaremos los medios de prueba en fundamentales o básicos, complementarios o accesorios y mixtos.

a) **FUNDAMENTALES O BASICOS.** Son aquellos a través de los cuales puede lograrse el conocimiento de la verdad histórica; son informaciones de quienes, en alguna forma, adquieren experiencia sobre los hechos o simplemente, hacen saber algo relacionado con el procedimiento, lo cual se traduce en atestados referidos al pasado, cuyo conocimiento, adquieren fuera del proceso, y que puede recaer sobre conductas o hechos, personas, objetos y lugares. Los medios de prueba de ésta clase, son: las declaraciones del denunciante, del probable autor del delito y de terceros llamados testigos.

b) **COMPLEMENTARIOS O ACCESORIOS.** La vida y operancia de estos elementos, dentro del procedimiento, depende de las pruebas fundamentales o básicas; tienen por objeto robustecer, clasificar, desentrañar alguna rama del conocimiento, u otros aspectos a que aquéllas han dado lugar, para así llenar su objetivo. Entre estos medios de prueba tenemos el careo, la confrontación, la inspección, la reconstrucción de la conducta o hecho y

la peritación.

c) MIXTOS. Están caracterizados por contener elementos de los fundamentales o básicos y de los complementarios o accesorios, como los documentos." (65)

Finalmente Pérez Palma, clasifica las pruebas de la siguiente manera:

"DIRECTAS O INDIRECTAS. Las primeras son las que por sí mismas y de manera directa tienden a acreditar el hecho que se investiga. Los segundos, no demuestran el hecho investigado, de manera directa o inmediata, pero sí otro, del que la culpabilidad puede ser deducida o supuesta.

PRUEBAS MATERIALES O PRUEBAS PERSONALES. Materiales son las producidas por las cosas, como las facturas, las horadaciones, las lesiones; y personales, las que provienen del dicho del hombre, como las testimoniales, las confesionales o la pericial.

En atención a su valor de convicción, algunas son **PLENAS**, otras **INEFICIENTES** y otras producen simplemente **PRESUNCIONES**.

PERTINENTES O IDONEAS. Son las indicadas, las apropiadas, las aptas o las exigidas por la ley, para demostrar

(65) Colín Sánchez, Guillermo. Ob. Cit. pág. 304.

algún hecho determinado.

UTILES E INUTILES. Si se refieren a cuestiones fundamentales o esenciales del proceso, o a otras que carecen de trascendencia dentro de el.

PREVISTAS EN LA LEY O NO PREVISTAS EN ELLA.— Las primeras están enumeradas en el artículo 135 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; las segundas, como los informes proporcionados por las autoridades administrativas, que no están previstos, pero que si son admisibles.

INMORALES. No porque con ellas se pretenda probar un hecho inmoral, sino porque en sí mismas, resulten contrarios a la moral o a las buenas costumbres." (66)

No obstante que el criterio de los autores varia en cuanto a la clasificación de las pruebas, debemos reconocer y tomar en cuenta que ésto, sólo tiene utilidad didáctica, es decir, en la práctica carecen de relevancia las clasificaciones que puedan hacerse sobre las pruebas.

F. SISTEMAS DE VALORACION DE LAS PRUEBAS.

Para finalizar el presente capítulo, habremos de referirnos a los sistemas de valoración de las pruebas, para lo cual nos referiremos primeramente al concepto de valor de la

(66) Ob. Cit., págs. 190 y 191.

prueba, y después a los diferentes sistemas de valoración y finalmente deberá hacerse tal valoración.

"Podemos en forma general señalar que el valor de la prueba es la cantidad que de verdad posee en sí mismo el medio probatorio, lo que se puede concebir como la idoneidad que tiene la prueba para llevar ante el órgano jurisdiccional el objeto de prueba." (67)

Carnelutti señala que "el valor de la prueba consiste, por tanto, en su idoneidad para establecer, según las leyes de la naturaleza, la existencia del hecho a prueba." (68)

Tenemos entonces que el valor de la prueba es la cantidad de verdad que tiene un medio probatorio.

Ahora bien, por lo que hace a los sistemas de valoración de las pruebas tenemos que "tres sistemas han consagrado la teoría general de la prueba: el sistema de las pruebas a conciencia, que fue el primero que se implantó en los juicios; el sistema de la prueba legal o tasada, creada y perfeccionada por el Derecho Canónico y la prueba mixta." (69)

En cuanto al sistema de las pruebas a conciencia Rivera Silva nos dice: "La búsqueda de la verdad histórica motiva el sistema de la libre apreciación de la prueba en el

(67) Oronoz Santana, Ob. Cit., pág. 123.

(68) Cit., García Ramírez y Adatto de Ibarra, Ob. Cit., pág. 373

(69) González Bustamante, Ob. Cit., pág. 335.

cual el Juez no obedece a un criterio legal preestablecido, sino a lo que dicta su propia estimación. No es la ley quien fija el valor a la prueba, es el juzgador." (70)

Por su parte Colín Sánchez al referirse al sistema de las pruebas a conciencia, lo denomina sistema libre, y señala que tiene su fundamento en el principio de la verdad material; se traduce en la facultad otorgada al Juez para disponer de los medios de prueba conducentes a la realización de los fines específicos del proceso y, además, valorarlos conforme a los dictados de su conciencia y a la responsabilidad que tiene o debe tener en el cumplimiento de sus funciones, todo lo cual se reduce a dos aspectos básicos: libertad de medios de prueba y libertad de valoración." (71)

Por su parte Pérez Palma manifiesta que "el Juez en el sistema de la libre apreciación, valora las pruebas libremente y según su arbitrio, atribuye a la prueba el valor que en conciencia y sano juicio debe tener." (72)

"Sistema probatorio libre, es aquel sistema que se fundamenta en la verdad material, y cuyas reglas facultan al órgano jurisdiccional de emplear de los medios de prueba que estime pertinentes y a valorarlos conforme a su criterio y su responsabilidad a efecto de llegar a la verdad." (73)

(70) Rivera Silva, Ob. Cit., pág. 197.

(71) Ob. Cit., pág. 289.

(72) Pérez Palma, Ob. Cit., pág. 275.

(73) Arriaga Flores, Arturo, Derecho Procedimental Penal, pág. 278, E.N.E.P., Aragón, UNAM, 1989.

En cuanto al sistema de la prueba legal o tasada Colín Sánchez nos dice que: "éste sistema se sustenta en la verdad formal, dispone sólo de los medios probatorios establecidos por la ley, para cuya valoración, el Juez está sujeto a las prefijadas legalmente." (74)

"El sistema probatorio tasado, es aquel sistema de pruebas denominado legal y que se encuentra regulado en la propia ley. Únicamente podrán ofrecerse los medios probatorios que la misma ley establezca, e inclusive la valoración de éstas estará delimitada por normas legales." (75)

Respecto a éste sistema Rivera Silva establece que "cuando la ley fija, de manera determinada, el valor de la prueba, nos encontramos con una verdad formalista, que motiva el llamado sistema de la prueba tasada. Este sistema quiere justificarse, en el deseo de borrar las arbitrariedades nacidas de las simpatías o antipatías del Juez o la torpe valoración hija de la inexperiencia o ignorancia." (76)

"Finalmente, de la reunión de ambos sistemas surge la prueba mixta, o mejor dicho, el sistema probatorio mixto; éste sistema combina reglas de los dos sistemas: libre y tasado, las pruebas las señala la ley, pero el servidor público puede aceptar todo documento que se le presente como prueba, si a su juicio puede constituirla, constando su autenticidad por el

(74) Colín Sánchez, Ob. Cit., pág. 289.

(75) Arriaga Flores, Arturo, Ob. Cit., pág. 278.

(76) Ob. Cit., pág. 196.

camino legal pertinente." (77)

Colín Sánchez al referirse a éste sistema señala que "al valorar las pruebas, el juez se atiene, para ciertos medios de prueba, a reglas prefijadas; en cambio, para otros existe libertad." (78)

Por su parte Rivera Silva nos dice al respecto que "en medio de las dos posturas aportadas (prueba tasada y libre apreciación), se halla el sistema mixto, en el cual se predetermina el valor de unas pruebas y en otras se deja al órgano jurisdiccional libertad de valorar." (79)

De todo lo expuesto, podemos señalar que el sistema de las pruebas a conciencia deja a los jueces valorar las mismas, de acuerdo a los dictados de su conciencia; sin embargo, aún cuando se le deje al juzgador apreciar libremente las pruebas, no es capricho del órgano jurisdiccional el que actúa, es la libre estimación, el juez debe señalar los fundamentos que tuvo para estimar en la forma que lo hizo; debe indicar porque determinadas pruebas tienen valor probatorio y porque otras no lo tienen. El sistema de la prueba legal o tasada, impone al juzgador ciertas pautas a las cuales debe ajustarse y sus resoluciones deberán dictarse apreciando las pruebas de acuerdo con las normas procesales; y por último, el

(77) Arriaga Flores, Arturo. Ob. Cit. pág. 278.

(78) Ob. Cit. pág. 289.

(79) Ob. Cit. pág. 197.

sistema mixto, en el cual el órgano jurisdiccional no juzgará según sus propias impresiones, sino de acuerdo con el resultado analítico de las constancias procesales.

Finalmente mencionaremos que dentro de nuestro sistema jurídico mexicano se ha adoptado el sistema probatorio mixto, el cual se encuentra fundamentado en los artículos 135 parte final y 206 de los Códigos de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y Federal de Procedimientos Penales respectivamente, los cuales establecen:

Artículo 135.- ...Se admitirá como prueba en los términos del artículo 20 fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente, a juicio del Ministerio Público, Juez o Tribunal. Cuando el Ministerio Público o la autoridad judicial lo estimen necesario podrán, por algún otro medio de prueba, establecer su autenticidad.

Por otra parte, el artículo 206 del Código Federal de Procedimientos Penales dispone que:

Artículo 206.- Se admitirá como prueba en los términos del artículo 20 fracción V de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todo aquello que se ofrezca como tal, siempre que pueda ser conducente, y no vaya contra el Derecho, a juicio del Juez o Tribunal. Cuando la autoridad judicial lo estime necesario podrá por algún otro medio de prueba, establecer su autenticidad.

De lo descrito por los artículos anteriores se

infiere que el juez, el Ministerio Público o Tribunal, tienen plena libertad de — ante la prueba insuficiente —, tomar la iniciativa para allegarse de los elementos pertinentes para la comprobación de los hechos, lo que se traduce en la adopción del sistema mixto.

CAPITULO IV. DEFENSA Y MEDIOS PROBATORIOS
EN LA AVERIGUACION PREVIA.

A. CONCEPTO DE DEFENSA.

El concepto de defensa es el opuesto al de acusación. En el procedimiento penal, constituye la antítesis de la acusación.

"Ciertamente la defensa es una función, una actividad que, enarbolando la bandera de la legalidad, debe tratar de impedir que durante la aplicación de la ley se cometan excesos. La defensa ha de impedir que el funcionario se extralimite en sus funciones legítimas y ha de aclararle lo que le es confuso o lo que ignora." (1)

"Defensa: derecho fundamental del penalmente inculcado, garantizado en la Constitución, a virtud del cual debe ser asistido en el proceso por un abogado o persona de su confianza, a su elección, quien habrá de interponer en su fa-

(1) Silva Silva, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. Editorial Harla, México 1990, pág. 197.

vor todos los derechos y recursos que las leyes le otorgan." (2)

El derecho de defensa, elevado a rango de garantía constitucional, está previsto en la fracción IX del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual establece que:

Artículo 20.- En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:

IX. Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna ésta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera...

"Dentro de todo régimen en el que prevalezcan las garantías individuales al cometerse el delito nace la pretensión punitiva estatal y simultáneamente el derecho de defensa." (3)

"La institución de la defensa representa en el procedimiento penal moderno una función de altísimo interés, sea

(2) Díaz de León, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal y términos usuales en el Procedimiento Penal. 2a. ed. Editorial Porrúa, México 1989, pág. 1099.

(3) Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 11a. ed. Editorial Porrúa, México 1990, pág. 161.

que se le considere como un órgano encargado de prestar gratuitamente asistencia técnica a las partes, o como la persona que, a cambio de retribución pone los conocimientos profesionales que posee al servicio del inculpado." (4)

"El concepto de defensa es correlativo al de acusación y constituye, en la dialéctica procesal de los contrarios el momento de la antítesis. Igual que la acusación representa en el proceso penal una institución del Estado, pues el Legislador la considera indispensable para la consecución de la verdad." (5)

"En opinión de Fenech, se entiende por defensa en sentido amplio, toda actividad de las partes encaminada a hacer valer en el proceso penal sus derechos e intereses, en orden a la actuación de la pretensión punitiva y la de resarcimiento, en su caso, o impedir la según su posición procesal." (6)

Por su parte, Zamora Pierce señala que: "el concepto de defensa, junto con las nociones de acción y jurisdicción son los tres pilares básicos sobre los que descansa la idea misma del proceso penal como estructura normativa destinada a armonizar la pretensión punitiva del Estado, la libertad individual y las exigencias de la correcta y válida

(4) González Bustamante, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal. 10a. ed. Editorial Porrúa, México 1991, pág. 86.

(5) Guarnieri, José. Las partes en el Proceso Penal. Editorial Cajica Puebla, pág. 328.

(6) Silva Silva, Jorge Alberto. Ob. Cit. pág. 196

administración de justicia dentro del estado de derecho." (7)

A través del derecho de defensa, se realizan actos tendientes a hacer valer en el proceso penal los derechos e intereses del procesado; éstos derechos comprenden no solo el derecho de nombrar defensor, sino que además, el derecho a ser informado de la acusación; derecho a rendir su declaración; derecho a ofrecer pruebas; derecho a ser careado con quien deponga en su contra. En una palabra, posee el derecho de audiencia y de defensa, lo cual es indispensable porque de lo contrario traería como consecuencia la irregularidad del proceso en perjuicio del sujeto activo.

Como hemos podido observar, la defensa es una garantía del inculcado o procesado, que se traduce en "la actividad encaminada a la tutela de los intereses legítimos implicados en un proceso (civil, penal, etc.), realizada por abogado, por persona no titulada (en aquellos regímenes procesales que permiten la intervención de personas no tituladas en ésta función), o por el propio interesado." (8)

Cabe señalar que el derecho de defensa no se reduce sólo al momento en que el procesado esté ante su juez, sino que abarca también el momento de la averiguación previa, tal

(7) Cit., García Ramírez, Sergio y Adatto de Ibarra, Victoria. Prontuario del Proceso Penal Mexicano. 7a. ed. Editorial Porrúa, México 1993, pág. 151.

(8) De Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho Penal. 18a. ed. Editorial Porrúa, México 1992, pág. 325.

como lo establece el artículo 134 Bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que señala:

Artículo 134 Bis.- ...Los indiciados desde la averiguación previa podrán nombrar abogado o persona de su confianza que se encargue de su defensa. A falta de una u otro, el Ministerio Público le nombrará uno de oficio.

Independientemente de lo anterior, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (por reformas del 3 de septiembre de 1993) estableció el derecho que tienen las personas de nombrar defensor en la averiguación previa.

El concepto de defensa tiene un doble aspecto, el material y el técnico. Nos referiremos en primer lugar a la defensa material y posteriormente, a la defensa técnica.

1. DEFENSA MATERIAL.

La defensa material es la realizada por el inculpado mismo para proteger sus intereses. Es un derecho subjetivo público, ejercido por el indiciado para acreditar su inocencia o para alegar cualquier circunstancia que pueda excluir o atenuar su responsabilidad penal.

El inculpado al negar, mentir o desvirtuar los hechos que se investigan, realiza su defensa llamada material. Podríamos considerarla como un acto reflejo natural, mismo que se traduce en la negación, desvirtuación de la verdad de acuerdo

a su bien o mal entender, a su grado de cultura y habilidad, de tal manera que pueda protegerse tanto en su declaración indagatoria como en su declaración preparatoria, con el objeto de que su libertad no se encuentre comprometida.

"De la defensa material —se dice— que no corresponde a nadie, sino al mismo acusado, quien tendrá que confesar su participación en el delito, o negarlo; explicar las circunstancias en que haya participado, justificar su actividad, exponiendo las razones o los motivos que lo hayan inducido a delinquir, o expresando el lugar diverso en que se hubiere encontrado. Todo ello cae dentro del dominio del sentido común y excepción hecha de los imbéciles, de los idiotas o de quienes padezcan debilidades mentales, todos, cualquiera que sea su grado de cultura, podrán confesar, negar o encontrar justificación a su conducta, sin necesidad de los consejos de un técnico, que no servirá sino para distorsionar la verdad que a todos interesa, sea porque se deformen los acontecimientos, se oculten circunstancias importantes o porque se inventen otras." (9)

El indiciado deberá declarar sin la influencia de malos o buenos consejos, de tal manera que su declaración sea libre y espontánea, en ella deberá revelar la verdad que le convenga, proponer la defensa material que sus convicciones propias le sugieran.

(9) Pérez Palma, Rafael. Guía de Derecho Penal. 3a. ed. Editorial Cárdenas Editor y Distribuidor, México 1991, pág. 359.

"Manzini denomina defensa material a la efectuada por el imputado mismo." (10)

La base legal de la defensa material la encontramos en lo establecido en la fracción IX del artículo 20 de nuestra Carta Magna que señala:

Artículo 20.- En todo proceso de orden penal, tendrá el inculcado las siguientes garantías:

IX. Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en favor consigna ésta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, **POR SI...**

"La autodefensa postulada por el Constituyente, es explicable como un deseo de protección hacia el acusado, pero irrealizable en la práctica, salvo que el reo se encuentre gozando de libertad, puesto que por la pérdida de ésta, se verá impedido para activar el proceso y hacer las gestiones que continuamente hay que realizar ante empleados y funcionarios, en diversos edificios y hasta ante autoridades distintas de la judicial." (11)

De lo expuesto con anterioridad podemos ver que el inculcado es el único que está capacitado para proponer la defensa material en los hechos que a él corresponderá confesar,

(10) Cit., García Ramírez, Sergio y Adatto de Ibarra Victoria. Ob. Cit. pág. 150.

(11) Pérez Palma, Rafael. Ob. Cit. pág. 360.

o bien, negar su participación en los mismos, explicando las circunstancias en que cometió el ilícito o justificando su proceder.

El otro aspecto de la defensa, es el técnico, al cual nos referiremos enseguida.

2. DEFENSA TECNICA.

En el punto anterior, señalamos que la defensa material es la que lleva a cabo el inculpado mismo. Ahora bien, "la defensa técnica es otra cosa. El acusado, por regla general, tiene un conocimiento completo y preciso de los hechos que motivan el proceso, pero tiene también un desconocimiento total de la situación legal que lo rodea, puesto que no está, en principio, capacitado para entender la naturaleza de la acusación, ni para apreciar el derecho aplicable en su beneficio ni el procedimiento a seguir para conseguir su absolución o la disminución de la pena. Suplir esas deficiencias en el acusado, es precisamente el objeto y la justificación de la defensa técnica." (12)

La defensa técnica es la que realiza el abogado defensor, siendo éste, aquella persona que posee los conocimientos jurídicos suficientes y los aplica en beneficio del inculpado.

(12) Ibidem. pág. 359.

El fundamento legal de la defensa técnica lo podemos encontrar también en lo que señala el citado artículo 20 Constitucional en su fracción IX, que preceptúa:

Artículo 20.- En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:

IX. Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, POR ABOGADO...

"Manzini denomina defensa técnica la efectuada por el defensor." (13)

Por su parte Jiménez Asenjo manifiesta que la defensa técnica es la encomendada especialmente a una persona idónea en relación a un inculpado, con la obligación de aportar y estimular en pro del mismo todos los elementos que le sean favorables, tanto procesal como substantivamente. La persona a quien la ley encarga de esta obligación, se denomina defensor o meramente defensa por transposición del contenido a su servidor." (14)

"La función del defensor no se constriñe únicamente al consejo técnico o al simple asesoramiento de su defensor, sino como lo dice Franco Sodi al expresar que obra por cuenta propia y en interés del procesado." (15)

(13) García Ramírez, Sergio y Adatto de Ibarra. Ob. Cit., pág. 150

(14) Ibidem. págs. 150 y 151.

(15) Cit., Colín Sánchez, Guillermo. Ob. Cit., pág. 164.

"La función del defensor es compleja, comprende asesoramiento técnico que el acusado requiere, lo representa, interpone recursos, incluyendo el juicio de amparo, su intervención es equilibrante en la contienda judicial ya que el Ministerio Público es la parte fuerte del proceso, auxilia al juez instruyéndolo de la defensa material que propuso su defensa o en razón de la técnica que el defensor estime conveniente"(16)

"La defensa es obligatoria, existe aún en contra de la voluntad del acusado en razón de que no puede concebirse un proceso sin defensa, y para el caso que el acusado se negase a nombrar defensor, el juez le nombrará uno de oficio, por que es necesario que procesalmente el inculcado esté representado legalmente por un defensor que actúe aún en contra de la voluntad de su defensa, porque no sólo es un derecho del acusado, sino una obligación para el juez." (17)

De lo expuesto anteriormente, podemos señalar que la defensa técnica la lleva a cabo exclusivamente el abogado, es decir, la persona con conocimientos jurídicos suficientes para poder realizar, válgame la redundancia, una buena defensa en beneficio del inculcado. Por otra parte, podemos mencionar también que la necesidad de que el inculcado tenga un abogado para que le preste asistencia técnica es una garantía procesal mínima, sin la cual se constituiría en una violación e invalidaría el procedimiento.

(16) Pérez Palma, Rafael. Ob. Cit., pág. 352.

(17) Ibidem., págs. 357 y 358.

**B. POLITICA ADMINISTRATIVA EN RELACION
AL DEFENSOR EN LA AVERIGUACION PREVIA.**

Hemos visto que la defensa es una institución que opera no solamente en el proceso, sino también durante la etapa de la averiguación previa. Ahora bien, es importante señalar cual ha sido la política que se ha seguido en relación a dicha institución en la fase indagatoria; para ilustrar lo anterior, únicamente haremos mención a dos acuerdos que consideramos, son los más apropiados para el punto que tratamos.

Siendo el Licenciado Alanís Fuentes, titular de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en fecha 9 de julio de 1979, emitió el acuerdo A/48/79, el cual a la letra dice: "la nueva filosofía de procurar justicia con profundo sentido humano, obliga al Ministerio Público a cumplir una función más activa para ser promotor de la aplicación de la ley y protector de los derechos ciudadanos, no quedando en una actitud contemplativa e indiferente ante las situaciones de engaño e injusticia, que las más de las veces resultan en perjuicio de quienes son débiles económicamente.

Como parte del servicio al que está obligado con la comunidad, el Ministerio Público debe tomar las medidas necesarias para evitar la ingerencia indebida de las personas conocidas como gestores officiosos o (coyotes), que intervienen para defender personas físicas sin contar con la previa autorización de éstas, en los procedimientos penales iniciados principal

mente por delitos de imprudencia cometidos con motivo del tránsito de vehículos, que actúan al margen de la ley, obstaculizando la averiguación previa en perjuicio de quienes han sufrido daños en su patrimonio, en su salud o con motivo de la muerte de algún familiar, sorprendiendo a los involucrados en la satisfacción de sus legítimos intereses.

Además el Ministerio Público debe evitar la intervención de gestores officiosos a fin de proporcionar permanentemente la mayor comunicación con las víctimas o presuntos responsables de los delitos, para que aporten las pruebas idóneas que demuestren el delito, la responsabilidad y el monto de la reparación del daño en su caso; por lo que con fundamento..." he tenido a bien emitir el siguiente acuerdo:

PRIMERO.— Los agentes del Ministerio Público evitaren la intervención de gestores officiosos o coyotes que actúan indebidamente, obstaculizando la averiguación previa, en perjuicio de presuntos responsables y de las personas que resultan víctimas de conductas delictivas, debiendo asegurar la satisfacción de los derechos que a éstos corresponde.

SEGUNDO.— A fin de recabar las pruebas necesarias tendientes a la demostración del cuerpo del delito (elementos del tipo), la responsabilidad penal de los acusados y el monto de la reparación del daño, los agentes del Ministerio Público mantendrán permanente y directa comunicación con los involucrados en la averiguación previa."

Nótese que el acuerdo en cita, en el preámbulo a manera de exposición de motivos, habla de gestores officiosos o coyotes que intervienen sin la autorización del indiciado, pero en el punto primero no hace referencia al requisito de "sin previa autorización de éstos", de manera que da a entender que con autorización del indiciado, la intervención del abogado no sería officiosa puesto que aquél lo está autorizando, pero acertadamente el acuerdo expresa que dichos gestores obstaculizan la averiguación previa, por lo que debemos considerar correcto que el agente investigador tenga directa comunicación con las víctimas y presuntos responsables, a fin de que el gestor officioso no deforme los hechos con su intervención, ya que como anteriormente manifestamos, el indiciado deformará los hechos omitiendo ciertas circunstancias que harían probable su responsabilidad o bien, alegando alguna causa que excluya el carácter ilícito de su conducta.

Posteriormente siendo el mismo titular de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, el licenciado Alanís Fuentes, dicta en fecha 8 de octubre de 1981 el acuerdo A/58/81, en el cual se establece el derecho del indiciado a nombrar defensor desde el momento de su detención, y a la letra dice:

"Nuestra carta fundamental orienta un procedimiento penal humano, por corresponder a un régimen de libertades que tiende a evitar diligencias secretas y procedimientos ocultos,

para no restringir el derecho a la defensa por sí mismo o por medio de otros, y que el inculpado pueda ofrecer pruebas y asistir a su recepción, puesto que son actos que le afectan.

Si la sociedad por medio del Ministerio Público tiene completa libertad para acumular todos los datos que haya contra el inculpado, es gran injusticia que a éste se le pongan trabas para su defensa.

La práctica constante indica que quien es acusado y se encuentra en libertad, puede ofrecer todas las pruebas y argumentos de que dispone en un término más o menos largo, y no resulta lógico que quien está detenido, no tenga ese derecho, cuando además la sola privación de la libertad lo coloca en una situación muy desventajosa respecto de su acusador, por lo que debe introducirse formalmente un derecho a nombrar defensor desde el inicio de la averiguación previa, cumpliendo con el espíritu de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo tanto y con fundamento... he tenido a bien emitir el siguiente acuerdo:

PRIMERO.- El inculpado podrá nombrar defensor desde el momento en que es detenido y puesto a disposición del Ministerio Público, en los casos de flagrante delito, o sin estar detenido, desde el inicio de la averiguación previa y tendrá derecho a que se halle presente en todos los actos del procedimiento.

SEGUNDO.- Los inculpados podrán valerse de los servicios de orientación legal con que cuenta la institución, para el disfrute de todos los beneficios que se han creado a favor de la ciudadanía, en el marco de la nueva procuración de de justicia con profundo sentir humano.

TERCERO.- El defensor podrá previa protesta que otorgue ante el Ministerio Público, entrar al desempeño de su cometido; el inculpadado tendrá la obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite..."

Haciendo un análisis del acuerdo en cuestión, podemos manifestar que el preámbulo del mismo, a manera de exposición de motivos, hace referencia a no restringir el derecho a la defensa: en que el indiciado o su defensor aporten pruebas y asistan a su recepción.

Este aspecto del acuerdo no contó en aquél entonces con una base legal, sino hasta las reformas al artículo 20 fracción X, párrafo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de fecha 3 de septiembre de 1993, el cual señala:

Artículo 20.- En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpadado las siguientes garantías:

X...Las garantías previstas en las fracciones V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan..."

SEGUNDO.- Los inculpados podrán valerse de los servicios de orientación legal con que cuenta la institución, para el disfrute de todos los beneficios que se han creado a favor de la ciudadanía, en el marco de la nueva procuración de de justicia con profundo sentir humano.

TERCERO.- El defensor podrá previa protesta que otorgue ante el Ministerio Público, entrar al desempeño de su cometido; el inculpadado tendrá la obligación de hacerlo comparecer cuantas veces se necesite..."

Haciendo un análisis del acuerdo en cuestión, podemos manifestar que el preámbulo del mismo, a manera de exposición de motivos, hace referencia a no restringir el derecho a la defensa: en que el indiciado o su defensor aporten pruebas y asistan a su recepción.

Este aspecto del acuerdo no contó en aquél entonces con una base legal, sino hasta las reformas al artículo 20 fracción X, párrafo cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de fecha 3 de septiembre de 1993, el cual señala:

Artículo 20.- En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpadado las siguientes garantías:

X...Las garantías previstas en las fracciones V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan..."

Y la fracción V de dicho artículo señala que:

V.- Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca concediéndole el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite siempre que se encuentren en el lugar del proceso.

Cabe señalar que con posterioridad a dicho acuerdo, se adicionó el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal con un nuevo artículo, el 134 bis que estableció de manera clara el derecho del inculpado a nombrar defensor desde la averiguación previa; el citado artículo señala que:

Artículo 134 bis.- ...Los detenidos desde el momento de su aprehensión, podrán nombrar abogado o persona de su confianza que se encargue de su defensa. A falta de una u otro, el Ministerio Público le nombrará uno de oficio.

Continúa diciendo el preámbulo del acuerdo citado que el indiciado que se encuentre en libertad puede ofrecer las pruebas que estime pertinentes dentro de un término más o menos largo, lo cual resulta ilógico que el detenido no tenga ese derecho, por lo que es injusto, además de estar privado de la libertad, su posición es desventajosa, por lo que debe introducirse el derecho del indiciado a nombrar defensor durante la averiguación previa.

En principio, el titular de la Procuraduría de

aquél entonces, fue hábil para dar a entender pero no a establecer que el detenido pudiese ofrecer pruebas, situación que tampoco fue aclarada con las reformas al artículo 20 Constitucional del 3 de septiembre de 1993, que establece que las garantías previstas en las fracciones V, VII y IX también serán observadas en la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que fijan las leyes, sin señalar el legislador, cuales eran esos límites o requisitos.

De lo mencionado anteriormente, podemos concluir que la política administrativa que se ha seguido en relación a la defensa en la averiguación previa, no ha sido muy afortunada, basta hacer un pequeño juicio lógico para darnos cuenta de ello en el sentido de que si el indiciado propone determinadas pruebas, la valoración de éstas será por cuenta del Ministerio Público, en consecuencia el representante social se constituiría en juez y parte, situación que choca con la naturaleza de la averiguación previa. Además la averiguación previa no es un proceso penal pequeño en el que hay ofrecimiento y desahogo de pruebas y es risible que exista un término para ello. Lo que sucede en las mesas de trámite en donde hay un titular de buena fe que integra la averiguación, haciendo citaciones, declaraciones a testigos, al ofendido, acepta determinados elementos probatorios tanto del indiciado como del ofendido, y antes de ejercitar la acción penal realiza un juicio valorativo de las constancias que obran en la averiguación, lo cual será determinante para el ejercicio o abstención de la acción penal.

**C. LAS FRACCIONES V, IX Y X DEL ARTICULO
20 CONSTITUCIONAL.**

El constituyente de 1917 estableció la obligatoriedad de la defensa en el proceso penal, en la fracción IX del artículo 20 de nuestra Carta Magna, al disponer que:

Artículo 20.- En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:

IX. Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio.

A simple vista se podría decir que el derecho del indiciado a nombrar defensor, nace en el momento en que éste se encuentre en presencia del juez; sin embargo, de la lectura del artículo 134 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se ve claramente que el derecho de defensa nace desde el momento de la averiguación previa.

Así el artículo 134 bis dispone:

Artículo 134 bis.- ...Los detenidos, desde el momento de su aprehensión, podrán nombrar abogado o persona de su confianza, que se encargue de su defensa. A falta de una u otro, el Ministerio Público le nombrará uno de oficio.

Algunos autores se manifiestan en contra de que el derecho de defensa se observe en la etapa indagatoria, pues señalan que en dicha etapa no se dan actos de defensa, sino que son actos investigatorios del Ministerio Público para acreditar los elementos del tipo y la presunta responsabilidad del indiciado y de ésta manera estar en aptitud de ejercitar o abstenerse de la acción penal.

Al respecto Sergio García Ramírez señala que: "ni la Constitución ni las leyes que se encuentran abajo jerárquicamente establecen las funciones del defensor dentro de la averiguación previa, claro porque en esta etapa no se llevan actos de defensa sino son actos del juicio, esto apoya la práctica realizada por el Ministerio Público en no permitir la intervención del defensor sino hasta que haya declarado el indiciado, es más inclusive, negarlo en absoluto." (17)

Por su parte, Arilla Bas expresa cual es el momento en que debe darse intervención al defensor al señalar lo siguiente: "la actividad de la defensa es provocada por el ejercicio de la acción penal. Sin acusación no cabe defensa. La intervención del defensor en periodo de preparación de dicha acción, es decir, durante el de averiguación previa, resulta procesalmente atécnica. El momento oportuno para la designación del defensor es en consecuencia el momento en que el

(17) Curso de Derecho Procesal Penal. Porrúa, México 1983.
pág. 275.

reo rinde la declaración preparatoria, en el cual el juez le va a dar a conocer bien el hecho punible que se le atribuye, para que pueda contestar el cargo." (18)

El defensor en la averiguación previa, no solo es un equilibrante entre el indiciado y el Ministerio Público, sino que su actividad comprende asesorar al inculcado y ofrecer, junto con éste, todas las pruebas que estime pertinentes para acreditar su inocencia o aminorar su responsabilidad.

Antes de las reformas al artículo 20 Constitucional, de fecha 3 de septiembre de 1993, la actividad del defensor en la fase indagatoria consistía únicamente en servir de parte equilibrante entre el inculcado y el Ministerio Público, para efectos de que no se ejerciera violencia física o se presionara psicológicamente al inculcado y se viera de ésta manera, comprometida su libertad.

Ahora bien, de acuerdo con las reformas aludidas el defensor puede desplegar su actividad más ampliamente, esto se desprende de lo que señalan las fracciones V y X párrafo cuarto del artículo 20 Constitucional que preceptúa:

Artículo 20.- En todo proceso de orden penal, tendrá el inculcado las siguientes garantías:

V. Se le recibirán los testigos y de-

(18) Cit., García Ramírez, Sergio y Adatto de Ibarra, Victoria. Ob. Cit. pág. 155.

más pruebas que ofrezca concediéndole el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite siempre que se encuentren en el lugar del proceso.

X...Las garantías previstas en las fracciones V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan...

Podemos ver entonces, que el defensor está facultado constitucionalmente para ofrecer todas las pruebas y solicitar todos los datos que consten en la averiguación previa para efectos de llevar a cabo una mejor defensa en beneficio del inculpado; no obstante esto, como ya se dijo antes, algunos tratadistas se manifiestan en contra de aceptar la defensa en la averiguación previa.

Así Pérez Palma señala que: "somos pues de opinión en el sentido de que, durante la averiguación previa, el derecho de los detenidos para ser asistidos de un defensor, no debe ser reconocido ni por la Constitución ni por los códigos, porque la defensa material no corresponde sino al detenido, porque la intervención del defensor no serviría sino para alterar o distorsionar la verdad histórica que a todos interesa y porque la intervención del defensor sería contraria a la labor de los cuerpos de policía." (19)

(19) Ob. Cit. pág. 331.

Nosotros consideramos que si bien es cierto la defensa debe existir como parte equilibrante entre el inculpado y el Ministerio Público, también lo es que dicho derecho no debe ser tan amplio, en atención a que con las reformas al artículo 20 constitucional, el Ministerio Público se convierte en juez y parte; y el órgano jurisdiccional quedaría convertido en un simple revisor de lo actuado en la fase indagatoria.

**D. ANALISIS DEL ARTICULO 134 BIS DEL
CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES
PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

Por decreto de 26 de diciembre de 1981, se adicionó el artículo 134 bis al Código Adjetivo en materia penal publicado en el Diario Oficial de la Federación en fecha 29 de diciembre del mismo año, y que establece en su párrafo final que:

Artículo 134 bis.- ...los detenidos, desde el momento de su aprehensión podrán nombrar abogado o persona de su confianza que se encargue de su defensa. A falta de una u otro, el Ministerio Público le nombrará uno de oficio.

El artículo en cuestión despeja totalmente la duda de cuando surge el derecho del indiciado a designar defensor, aunque incurre en el uso inapropiado de denominación al referirse "al momento de su aprehensión" en la inteligencia de que la aprehensión es un acto exclusivo del juez y no del Ministerio Público, cuyo acto apropiado es la detención.

Posiblemente, la adición del artículo 134 bis al Código Procesal, está inspirado en el acuerdo A/058/81, dictado por el ex-procurador General de Justicia del Distrito Federal, licenciado Alanís Fuentes, mismo que establece el derecho del inculpado a nombrar defensor desde el momento en que es detenido y puesto a disposición del Ministerio Público, máxime que en aquella época estaba de moda la frase "humanización de la justicia y humanización del Ministerio Público". Pero de cualquier manera el indiciado se encontraba en las mismas circunstancias en que se encontraba con anterioridad, pues lo único que se estableció con dicha adición, fue el nombramiento de defensor más no su intervención.

Oronoz Santana al hacer sus comentarios respecto al artículo 134 bis señala: "la adición antes mencionada, a simple vista parecería de gran ayuda para los detenidos, pero si se analiza desde el punto de vista técnico, partiendo del esquema general del capítulo donde se encuentra inmersa, resulta dañino e incongruente el artículo en cuestión por las siguientes razones:

Inicialmente se plantean dos preguntas: el defensor en la averiguación previa va a intervenir?; y la segunda, en caso de ser afirmativa la primera: puede ofrecer pruebas, y quién las va a valorar?.

En el primer caso si el defensor no va a tener ninguna intervención durante la fase de la averiguación previa,

no tendría razón de ser dicha adición; y si por el contrario tiene facultades para intervenir, necesariamente tratará de aportar elementos que exculpen a su defensor, lo que obligaría por otra parte a que el Ministerio Público analizara y valorara dichos elementos de juicio, rompiendo con ello nuestro sistema jurídico que delimita a los diversos poderes que integran al Poder Supremo de la Nación, o sea el Ejecutivo, Legislativo y Judicial." (20)

Contestando nosotros las preguntas que se formula Oronoz Santana, y tomando en consideración las reformas al artículo 20 constitucional de fecha 3 de septiembre de 1993, podemos decir lo siguiente:

Respecto a la primera, el defensor está facultado constitucionalmente para desplegar su actividad más ampliamente; y con respecto a la segunda pregunta, también podemos decir que está facultado para ofrecer todas las pruebas que estime pertinentes, pudiendo solicitar también todos los datos que obren en la indagatoria, a efecto de realizar una mejor defensa del inculcado. Ahora bien, quién las va a valorar?, el legislador no señaló nada respecto a este punto, por lo que compartimos la idea de Oronoz Santana en el sentido de que, si el Ministerio Público va a valorar las pruebas, invadiría con su actuar, funciones que únicamente le competen al juzgador,

(20) Oronoz Santana, Carlos. Manual de Derecho Procesal Penal., 3a. edición, Editorial Limusa, México 1993., pág. 57.

rompiendo con ello —como dice Oronoz— con nuestro sistema jurídico que delimita a los diversos poderes que integran el Supremo Poder de la Nación.

Por lo tanto, el Ministerio Público, de conformidad con las facultades que le confieren los artículos 21 y 102 constitucionales, no posee la decisión, reservándose entre otras la de reunir elementos que permitan integrar los elementos del tipo y la presunta responsabilidad, "y si la costumbre basada en el principio de economía procesal ha permitido ver con naturalidad que el Ministerio Público resuelva si una persona es culpable o no al consignarlo o dejarlo en libertad, no significa que tenga esas facultades, ya que se debe concretar a reunir elementos. Por otra parte, si el Ministerio Público es una institución de buena fe que representa tanto al detenido como al ofendido, no existe razón para que se le imponga un vigilante a sus actividades, ya que la averiguación previa en México tiene el carácter de privada en tanto le permita integrar los elementos, lo cual no quiere decir que sea oculta, lo que resta dignidad a una institución que mereco verse con mejores ojos y que malos funcionarios han desprestigiado." (21)

De lo anterior, podemos observar que la adición del artículo 134 Bis al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en su momento no fue muy afortunada, pues como hemos visto, presentaba algunas incógnitas, las cuales no fueron

(21) Ibidem., pág. 58.

resueltas con las reformas constitucionales del 3 de septiembre de 1993, haciendo dudar de la buena fe de la Representación Social.

E. LA DETENCION DEL INculpADO ANTE EL MINISTERIO PUBLICO.

"La detención es la privación de la libertad de un sujeto con el objeto de ponerlo a disposición de la autoridad competente." (22)

"La detención es el estado de privación de la libertad que padece una persona." (23)

"Los términos detención y aprehensión no son sinónimos, ni equivalentes. Aprehensiones son las que se ejecutan mediando orden de autoridad judicial; detenciones, las privaciones de libertad ejecutadas por la policía judicial, el Ministerio Público, las autoridades administrativas y aun por los particulares, sin que medie orden de la autoridad judicial." (24)

Alcalá Zamora y Levene señalan al respecto: "Constituye la detención una de las más típicas medidas precautorias dentro del proceso penal, y tiene por objeto no tanto asegurar la efectividad de la sentencia que se dicte, como

(22) Cit., García Ramírez, Sergio y Adatto de Ibarra Victoria., Ob. Cit., pág. 99.

(23) González Bustamante, Juan José. Ob. Cit. pág. 114.

(24) Pérez Palma, Rafael. Ob. Cit. pág. 179.

de manera más directa evitar la desaparición del presunto culpable y que utilice su libertad para borrar las huellas del delito y dificultar la acción de la justicia." (25)

La detención es una medida cautelar que tiende a la privación de la libertad física del indiciado, a fin de asegurar si ha lugar o no a la prisión preventiva.

"La detención está supeditada a la existencia de un delito sancionado con pena privativa de libertad. la detención se presenta en tres hipótesis, que se diferencian en orden a los efectos que producen: a) Detención realizada por cualquier sujeto, en casos de flagrante delito; b) Detención por autoridad administrativa, justificada por urgencia extrema y c) Detención por mandamiento u orden emanada de autoridad jurisdiccional, en estricto sentido ésta es la orden de aprehensión." (26)

Respecto a la primera hipótesis tenemos que se entiende por flagrancia cuando la persona es sorprendida en el momento de estar cometiendo el delito, o bien, cuando después de ejecutado el acto delictuoso, el delincuente es materialmente perseguido, según lo dispone el artículo 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

(25) Cit., García Ramírez, Sergio y Adatto de Ibarra Victoria. Ob. Cit. pág. 99

(26) García Ramírez, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal. Porrúa, México 1983, pág. 468

Por lo que hace a la segunda hipótesis, el artículo 266 del Código de Procedimientos Penales dispone:

Artículo 266.—El Ministerio Público y la policía judicial a su mando, están obligados a detener al responsable, sin esperar a tener orden judicial, en el caso del delito flagrante o de notoria urgencia, cuando no haya en el lugar autoridad judicial.

Del contenido de éste artículo podemos observar que son dos los casos en que el Ministerio Público y la policía judicial pueden detener a una persona, sin tener orden judicial, siendo estos los siguientes:

I. En los casos de flagrante delito; y

II. En caso de notoria urgencia, cuando no haya en el lugar autoridad judicial.

Por su parte, el artículo 268 del mismo ordenamiento legal dispone que:

Artículo 268.— Se entiende que no hay autoridad judicial en el lugar y existe **NOTORIA URGENCIA** para la aprehensión del delincuente, cuando por la hora o por la distancia del lugar en que se practica la detención, no hay ninguna autoridad judicial que pueda expedir la orden correspondiente y existan **SERIOS TEMORES** de que el responsable se sustraiga a la acción de la justicia.

"Los conceptos de 'notoria urgencia' y de 'serios temores' son de apreciación policiaca y no propiamente jurídicos su aplicación es muy amplia y depende del grado de cultura, ho

nestidad y justo proceder de los elementos de la policía judicial y del Ministerio Público, será conforme al respeto a la garantía de libertad de toda persona, razón por la que es conveniente la creación de un marco legal que vaya acorde a los requerimientos sociales, así como la reorientación de la institución del Ministerio Público y la elevación del nivel profesional tanto de uno como de otro.

Vemos pues, que la detención resulta de la flagrancia en los términos del artículo 16 constitucional en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices. En los casos urgentes y cuando no hay autoridad judicial que expida la orden respectiva, el Ministerio Público como autoridad administrativa realiza la detención del indiciado. Estos son los casos de excepción.

La detención es la excepción de la aprehensión. La detención no existe, en esencia es una aprehensión y como tal se da en caso urgente y flagrante. La detención es la excepción porque toda orden de aprehensión requiere que sea girada por el juez en tanto la solicite el Ministerio Público. La aprehensión realizada sin orden judicial en casos urgentes y flagrantes se llama detención, la cual es propia del Ministerio Público, por lo que se entiende que cuando una persona ha sido detenida se le ubica en la etapa preprocesal de la averiguación previa más no ante el juez, porque si se tratase en estricto sentido de una aprehensión inmediatamente se deduciría que la averiguación previa ha sido consignada ante el juez.

F. LA APREHENSION Y EL ORGANISMO JURISDICCIONAL.

El término aprehensión nos indica inmediatamente la acción de tomar, coger o hacerse de algo.

Jurídicamente se entiende por aprehensión, "el acto material que ejecuta la policía judicial encargada de cumplir los mandamientos judiciales y que consiste en asegurar o prender a una persona, poniéndola bajo su custodia con fines preventivos, conforme lo amerite la naturaleza del proceso." (27)

"La aprehensión consiste en la acción de apoderarse de una persona." (28)

La aprehensión "desde el punto de vista procesal, es una resolución judicial en la que, con base en el pedimento del Ministerio Público y satisfechos los requisitos del artículo 16 constitucional, se ordena la captura de un sujeto determinado para que sea puesto, de inmediato, a disposición de la autoridad que lo reclama, o requiere, con el fin de que conozca todo lo referente a la conducta o hecho que se le atribuye." (29)

Vemos pues, que la aprehensión de un sujeto es el acto material que realiza la policía judicial, previo pedimento del Ministerio Público al órgano jurisdiccional de la orden correspondiente.

(27) González Bustamante, Juan José. Ob. Cit. pág. 114.

(28) Idem.

(29) Colín Sánchez, Guillermo. Ob. Cit. pág. 245.

"La orden de aprehensión es un mandamiento judicial por medio del cual se dispone la privación procesal de la libertad de una persona, con el propósito de que ésta quede sujeta a un proceso determinado como presunto responsable de la comisión de un delito." (30)

"La orden de aprehensión consiste en el mandato que se da para privar de la libertad a un individuo." (31)

Silva Silva señala que "la orden de aprehensión es la providencia cautelar, dispuesta por el tribunal, para que por conducto de un ejecutor sea presentada físicamente una persona, con el fin de lograr los aseguramientos propios que las medidas privativas de libertad implican (asegurar eventual condena, presencia al proceso, impedir destruya pruebas, et cétera)." (32)

Si la aprehensión es el acto material de apoderarse de un sujeto, realizado por la policía judicial en cumplimiento de la orden que expida el órgano jurisdiccional, dicha orden deberá sujetarse a lo establecido en el artículo 16 constitucional que señala:

Artículo 16.- ...No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que

(30) García Ramírez, Sergio. Ob. Cit. pág. 422.

(31) Rivera Silva, Manuel. El Procedimiento Penal. 22a. ed. Editorial Porrúa, México 1993, pág. 140.

(32) Cit., García Ramírez, Sergio y Adatto de Ibarra Victoria. Ob. Cit. pág. 100.

preceda denuncia, acusación o que
rella de un hecho determinado que
la ley señale como delito, sancio
nado cuando menos con pena priva
tiva de libertad y existan datos
que acrediten los elementos que
integran el tipo penal y la
probable responsabilidad del indi
ciado...

Del precepto constitucional citado se desprenden los siguientes requisitos para que sea procedente dictar una orden de aprehensión:

- a) Que exista denuncia o querrela;
- b) Que la denuncia o querrela se refiera a un hecho determinado que la ley lo estime delictuoso.
- c) Que dicho delito sea sancionado con pena privativa de libertad.
- d) Que existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.
- e) Que dicha orden sea solicitada por el Ministerio Público y girada por el juez. (éste último requisito aun cuando no lo contempla el artículo 16 del ordenamiento legal citado, está previsto en el artículo 132 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

"No exige la Constitución como lo hace para la formal prisión, que esté ya comprobado el cuerpo del delito, porque si se fueran a esperar esas actuaciones para poder verificar una captura que de ordinario urge verificar, tan luego

como se comete la infracción, no habría delincuente que no pudiera fácilmente ponerse a salvo, entre tanto se evacuaban las diligencias correspondientes, resultando después ilusoria la orden que para capturarlo se expidiera..." (33)

Podemos observar entonces que para que proceda una orden de aprehensión, es necesario que la solicite el Ministerio Público, de modo que el juez no puede librarla oficiosamente; por otro lado, no basta que dicha orden sea dictada por autoridad judicial competente, en virtud de denuncia de un hecho que la ley castigue con pena privativa de libertad, sino que se requiere, además, que el hecho o hechos denunciados realmente puedan constituir un delito que la ley castigue con dicha pena. Consecuentemente, si el delito que se imputa al indiciado, la ley lo castiga con pena alternativa o pecuniaria, tal mandamiento de aprehensión sería violatorio de garantías, porque lo procedente sería una orden de comparecencia más no de aprehensión.

Con respecto a la aprehensión, el artículo 134 del Código de Procedimientos Penales ordena que:

Artículo 134.— Siempre que se lleve a cabo una aprehensión en virtud de orden judicial, quien la hubiera ejecutado deberá poner al aprehendido, sin demora alguna, a disposición del tribunal respectivo, informando a éste acerca de la fecha, hora y lugar en que se efectuó, y dando a conocer al

(33) Acero, Julio. El Procedimiento Penal. Editorial Cajica Puebla, México 1968, pág. 130.

aprehendido el derecho que tiene para designar defensor.

En la práctica, de la orden de aprehensión que el juez dicte en la pieza de autos, se toma copia íntegra, se sella y autoriza por el Secretario, para luego ser anexada al oficio con que es remitida al Agente del Ministerio Público, quien a su vez la remite a la policía judicial, a fin de que proceda a su ejecución.

En materia federal, el Código Adjetivo en materia penal establece en su artículo 195 que:

Artículo 195.- Cuando estén reunidos los requisitos del artículo 16 constitucional el tribunal librará la orden de aprehensión, reaprehensión o comparecencia, según el caso, contra el inculpado a pedimento del Ministerio Público. La resolución respectiva contendrá una relación sucinta de los hechos que la motivan, sus fundamentos legales y la clasificación provisional que se haga de los hechos delictuosos, y se transcribirá inmediatamente al Ministerio Público para que éste ordene a la policía su ejecución.

Como hemos visto, la detención y la aprehensión se dan en momentos distintos; la primera se realiza en la fase preprocesal de la averiguación previa, llevada a cabo por disposición del Ministerio Público y de la policía judicial en los llamados casos urgentes y de flagrancia, o bien, por la policía o por cualquier persona; y la aprehensión se ejecuta por

la policía judicial pero por existir mandamiento escrito del órgano jurisdiccional a petición del representante social, entendiéndose que es un acto procesal que presupone la existencia de una causa penal, del ejercicio de la acción penal y no de la etapa de investigación realizada en la llamada averiguación previa.

**G. LIMITES A LA ACTIVIDAD DEL DEFENSOR EN
LA AVERIGUACION PREVIA Y LA NECESIDAD
DE SU REGLAMENTACION.**

A lo largo del presente trabajo hemos abordado— aunque de una manera muy somera— aspectos tales como la averiguación previa, la acción penal, la defensa en la etapa indagatoria, así como los derechos que tiene el inculcado para designar defensor y ofrecer las pruebas pertinentes tendientes a aminorar su responsabilidad o a demostrar su inocencia.

En éste último apartado nos toca analizar cual es la verdadera actividad del defensor en la averiguación previa, y cuales son los límites que tiene para desplegarla.

Hemos manifestado ya que a raíz de las reformas constitucionales de fecha 3 de septiembre de 1993, el defensor quedó facultado para desplegar su actividad en la fase indagatoria. Si bien es cierto que antes de dichas reformas, la ley procesal penal en su artículo 134 bis establecía el derecho del inculcado a nombrar defensor durante la averiguación

previa, también lo es que nada decía respecto a si éste iba a poder desplegar su actividad, es decir, intervenir.

La reforma constitucional de septiembre, señala que los derechos con que cuenta el procesado, serán también observados en la etapa de la averiguación previa, éstos derechos concretamente son: el derecho a nombrar defensor, a ofrecer todas las pruebas conducentes a la defensa del inculpado y a solicitar todos los datos que obren en la indagatoria.

Ahora bien, cabe preguntarse realmente dichas reformas garantizan el pleno desahogo de las pruebas ofrecidas por el defensor? nosotros creemos que no en atención a lo siguiente, si bien es cierto que lo preceptuado en dichas reformas ya aparecía establecido en nuestra ley procesal penal, concretamente en los artículos 270 y 128 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y del Federal de Procedimientos Penales respectivamente, que señalan:

Artículo 270.- ..El Ministerio Público recibirá las pruebas que el detenido o su defensor aporten dentro de la averiguación previa y para los fines de ésta, que se tomarán en cuenta como legalmente corresponda, en el acto de la consignación o de libertad del detenido, en su caso. Cuando no sea posible el desahogo de pruebas ofrecidas por el detenido o su defensor, el juzgador resolverá sobre la admisión y práctica de las mismas.

Por su parte, el artículo 128 fracción III inci

sos c), d) y e) del Código Federal de Procedimientos Penales señala que:

Artículo 128.- Cuando el inculpado fuese detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público Federal, se procederá de inmediato en la siguiente forma:

III. Se le harán saber los derechos que le otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y particularmente en la averiguación previa, de los siguientes:

- c) Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación.
- d) Que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en la averiguación, para lo cual se permitirá a él y su defensor consultar en la oficina del Ministerio Público y en presencia del personal, el expediente de la averiguación previa.
- e) Que se le reciban los testigos y demás pruebas que ofrezca y que se tomarán en cuenta para dictar la resolución que corresponda, concediéndosele el tiempo necesario para ello, siempre que no se traduzca en entorpecimiento de la averiguación y las personas cuyos testimonios ofrezca se encuentren en el lugar donde aquélla se lleve a cabo. Cuando no sea posible el desahogo de pruebas, ofrecidas por el inculpado o su defensor, el juzgador resolverá sobre la admisión y práctica de las mismas.

También es cierto que, "lo único que a nuestro

juicio, propicia franco margen para hacer nugatoria la actuación tanto del indiciado como de su defensor, es la facultad otorgada al Ministerio Público para decidir que, 'cuando no sea posible el pleno desahogo de las pruebas de la defensa, se reserven los derechos de ésta para ofrecerlas ante la autoridad judicial', porque atendiendo a nuestra realidad, mucho tememos que eso se convierta en un estribillo que, tal vez se invoque con una frecuencia tan marcada que, por eso mismo se convierta en costumbre, mala, aunque si inveterada." (34)

Respecto al contenido de los artículos anteriores Pérez Palma señala que: "lo que resulta inentendible es que ese derecho no es una obligación que debe respetarse por el Ministerio Público al señalar 'cuando no sea posible el desahogo de pruebas ofrecidas por el detenido o su defensor, el juzgador resolverá sobre la admisión y práctica de las mismas'. De lo que resulta la pregunta a quién corresponde determinar la im posibilidad de desahogar las pruebas ofrecidas?, claro que al mismo Ministerio Público, quien no tendrá limitación alguna para determinar esa imposibilidad." (35)

"Suponemos que cuando el desahogo pleno de dichas pruebas no sea posible, el Ministerio Público habrá de razonar y fundar su posición jurídica, pero aún así, tal determinación no deja de corresponder a un subjetivismo que puede servir como medio para la parcialidad y la prepotencia del representante del

(35) Ob. Cit. pág. 333.

interés social en la persecución de los delitos." (36)

Vemos pues, que el contenido de la reforma constitucional ya aparecía regulado en los códigos procesales tanto del fuero común como del fuero federal, y la reforma lo único que hace es elevarlo a rango de garantía constitucional a favor del inculcado.

Cuando hablamos de la defensa, señalábamos que algunos tratadistas no estaban de acuerdo con que se otorgara ese derecho al inculcado en la averiguación previa, en atención a las razones que se expusieron en dicho tema.

Jesús Zamora Pierce, en conferencia celebrada en la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal durante los meses de marzo y abril, señalaba que no estaba de acuerdo con la reforma constitucional, en atención a que con base en ésta, el Ministerio Público está invadiendo atribuciones que le competen legal y exclusivamente al órgano jurisdiccional; invasión de atribuciones que convierten al juez en un simple revisor de todo lo actuado en la averiguación previa; señaló además que debería de reformarse o adicionarse la ley procesal penal, a efecto de que se señale expresamente de que manera se van a llevar a cabo los actos de defensa y, de igual modo, se expresen los límites que debe observar el defensor al desplegar su actividad durante la averiguación previa.

(36) Colín Sánchez, Guillermo. Ob. Cit. pág. 170.

Nosotros compartimos la idea de Zamora Pierce, en cuanto que señala que es necesaria una reforma o adición al Código Adjetivo, para determinar con claridad cual va a ser el límite que va a tener el defensor en la averiguación previa, así como también para que se señale si el Ministerio Público va a resolver en definitiva una averiguación; no nos referimos al no ejercicio de la acción penal, porque sabemos de antemano que esa facultad si la tiene el Representante Social, sino más bien, al hecho de si éste va a determinar si una persona es culpable o no, de acuerdo a las pruebas que el defensor y el inculpado aporten.

Con esto, no queremos decir que estemos de acuerdo con las reformas constitucionales, sino que pensamos que con éstas, se está creando un pre-juicio, es decir, un juicio pequeño antes del proceso ante el juez.

Por otro lado, deberá la reforma procesal determinar el procedimiento a seguir una vez que se haya emitido una resolución en la averiguación previa, esto es, si el Ministerio Público con todas las pruebas aportadas dicta una resolución exculpando al indiciado, dicha resolución deberá ser homologada por el juzgador?, si esto es así volvemos al mismo punto de considerar al juez un simple revisor de todo lo actuado en la fase preprocesal.

Pensamos que la reforma constitucional no fue muy

afortunada, sin embargo ya está hecha y lo que resta es que el legislador determine la forma y el procedimiento de llevarlas a la práctica.

CONCLUSIONES

1.- El alto valor concedido a la libertad, exige que el derecho rodee de garantías cualquier procedimiento para evitar que aquella pueda perderse. Este valor es la raíz de las disposiciones constitucionales que establecen los requisitos procesales en favor de aquél a quien se imputa la comisión de un delito.

2.- Dentro de nuestra Carta Magna se señalan normas al respecto, a fin de evitar las detenciones prolongadas, la compulsión para obligar al indiciado a declarar en su contra y la creación de impedimentos que lo colocaran en situación de no poderse defender adecuadamente.

3.- El hecho de que el indiciado sea escuchado respecto de lo que tenga que decir en su defensa, ya lo haga por sí mismo o por medio de una persona de su confianza, viene a constituir una de las instituciones más importantes creadas por nuestro derecho, ésta es. la defensa.

4.- Cuando dentro del seno de la sociedad se tiene conocimiento de un hecho presumiblemente delictuoso, el Ministerio Público lo investiga, a efecto de acreditar los elementos del tipo y la probable responsabilidad del indiciado y así estar en aptitud de ejercitar o abstenerse de la acción penal. Por su parte, la defensa pretende desvirtuar o aminorar la responsabilidad del inculpado.

5.- No obstante lo anterior, consideramos que dentro de la averiguación previa no debería existir la defensa en el amplio sentido a que alude la reforma constitucional, porque de esa manera el Ministerio Público se convierte en órgano investigador y jurisdiccional al mismo tiempo.

6.- Por otra parte, respecto al derecho que tiene el indiciado de ofrecer pruebas dentro de la averiguación previa consideramos que el artículo 269 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, hace nugatoria dicha facultad toda vez que dicha disposición señala que cuando no se puedan desahogar las pruebas aportadas en la averiguación, será el juez quien determine sobre la procedencia y práctica de las mismas.

7.- Creemos que la reforma constitucional no fue del todo afortunada, porque si bien es cierto que la misma protege más al indiciado, también lo es que la averiguación previa no es un juicio pequeño en el cual se puedan ofrecer, desahogar y valorar los medios probatorios.

8.- Se propone adicionar el artículo 269 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, a efecto de que se señale un término para que el inculcado o su defensor, aporten las pruebas que estimen pertinentes, esto con el fin de que no se retarde la integración de la averiguación.

9.- El estudio que a lo largo del presente trabajo hemos hecho respecto de la necesidad que existe de fijar una

limitación tanto a la defensa como al Ministerio Público, dentro de la averiguación previa, es necesaria para garantizar el interés de la sociedad en cuanto a que no se burle la acción de la justicia en casos de particular gravedad del delito, así como de circunstancias del imputado, como puede ser su carácter de reincidente o de delincuente habitual.

B I B L I O G R A F I A

- ACERO, Julio. **El Procedimiento Penal**. 4a. edición, Editorial Cajica Puebla, México 1968, p.p. 384.
- ARILLA BAS, Fernando. **El Procedimiento Penal Mexicano**. 2a. edición, Editorial Kratos, México 1981, p.p. 236.
- BORJA OSORNO, Guillermo. **Derecho Procesal Penal**. 3a. edición, - Editorial Cajica Puebla, México 1969, p.p. 352.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl. **Derecho Penal Mexicano**. 17a. edición, Editorial Porrúa, México 1991, p.p. 986.
- CASTELLANOS TENA, Fernando. **Lineamientos Elementales de Derecho Penal**. Prólogo de Celestino Porte Petit, 31a. edición, Editorial Porrúa, México 1992, p.p. 361.
- GARCIA RAMIREZ, Sergio. **Curso de Derecho Procesal Penal**. 4a. edición, Editorial Porrúa, México 1983, p.p. 460.
- GARCIA RAMIREZ, Sergio y Adatto de Ibarra Victoria. **Prontuario del Proceso Penal Mexicano**. 7a. edición, Editorial Porrúa, México 1993, p.p. 843.
- GOMEZ LARA, Cipriano. **Derecho Procesal Civil**. Prólogo de Rodolfo Montiel, 4a. edición, Editorial Trillas, México 1989, p.p. 330.
- **Teoría General del Proceso**. 8a. edición, Editorial Harla, México 1990, p.p. 429.
- GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. **Derecho Procesal Penal Mexicano**. 10a. edición, Editorial Porrúa, México 1991, p.p. 419.
- GUARNIERI, José. **Manual de Derecho Procesal Penal**. Traducido por Constancio Bernaldo de Quiroz, 6a. edición, Editorial Cajica Puebla, México 1968, p.p. 389.
- ISLAS DE GONZALEZ MARISCAL, Olga. **Análisis Lógico de los Delitos contra la vida**. 3a. edición, Editorial Trillas, México 1991, p.p. 353.

- MARQUEZ PINERO, Rafael. **Derecho Penal Mexicano**. Prólogo de José Luis Soberanes, 2a. edición, Editorial Trillas, México 1990, p.p. 558.
- MARTINEZ PINEDA, Angel. **Estructura y Valoración de la Acción Penal**. 3a. edición, Editorial Azteca, México 1968, p.p. 376.
- ORONoz SANTANA, Carlos. **Manual de Derecho Procesal Penal**. Prólogo de Juan Carlos Vázquez Manzanita, 3a. edición, Editorial Limusa, México 1993, p.p. 194.
- OSORIO Y NIETO, César Augusto. **La Averiguación Previa**. 5a. edición, Editorial Porrúa, México 1990, p.p. 487.
- OVALLE FAVELA, José. **Derecho Procesal Civil**. 3a. edición, Editorial Harla, México 1989, p.p. 459.
- PALLARES, Eduardo. **Prontuario de Procedimientos Penales**. 12a edición, Editorial Porrúa, México 1991, p.p. 359.
- PAVON VASCONCELOS, Francisco. **Derecho Penal Mexicano**. Prólogo de Mariano Jimenez Huerta, 10a. edición, Editorial Porrúa, México 1991, p.p. 558.
- PEREZ PALMA, Rafael. **Guía de Derecho Procesal Penal**. 3a. edición, Editorial Cárdenas Editores, México 1991, p.p. 588.
- PORTE PETIT CANDAUDAP, Celestino. **Apuntamientos de la Parte General de Derecho Penal**. 14a. edición, Editorial Porrúa, México 1991, p.p. 508.
- RIVERA SILVA, Manuel. **El Procedimiento Penal**. 22a. edición, Editorial Porrúa México 1993, p.p. 403.
- SILVA SILVA, Jorge Alberto. **Derecho Procesal Penal**. 1a. edición, Editorial Harla, México 1990, p.p. 826.
- V. CASTRO, Juventino. **El Ministerio Público en México**. 4a. edición, Editorial Porrúa, México 1982, p.p. 382.
- VILLALOBOS, Ignacio. **Derecho Penal Mexicano**. 5a. edición, Editorial Porrúa, México 1990, p.p. 654.

LEGISLACION CONSULTADA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Sista, México 1994, p.p. 125.

Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal. 50a. edición, Editorial Porrúa México 1992, p.p. 338.

Código Federal de Procedimientos Penales. Editorial Sista, México 1994, p.p. 248.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Editorial Sista, México 1994, p.p. 248.

Ley Orgánica, acuerdos y circulares de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. México 1978.

Ley Orgánica, acuerdos y circulares de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal. México 1982.