

008435



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES ACATLAN

98 FEB 15 PM 1 38  
PONTIFICIA DE LOS  
Y CERTIFICACION

CONSIDERACIONES A VIOLACIONES  
CONSTITUCIONALES EN LA AVERIGUACION  
PREVIA.

**T E S I S**  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
**LICENCIADO EN DERECHO**  
P R E S E N T A :  
**HUMBERTO POPOCA RODRIGUEZ**

ASESOR: LIC. RAFAEL CHAINE LOPEZ



SANTA CRUZ ACATLAN, EDO. DE MEX.

1998.

TESIS CON  
FALLA DE ORIGEN

260319



Universidad Nacional  
Autónoma de México



**UNAM – Dirección General de Bibliotecas**  
**Tesis Digitales**  
**Restricciones de uso**

**DERECHOS RESERVADOS ©**  
**PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

A mis padres **INDALECIO POPOCA FUENTES Y MARIA RODRIGUEZ SANTILLAN** (q.e.p.d.) por sus ejemplos de amor, probidad y moral. Nunca terminaré de agradecerles.

A mi esposa **TERESA BENITEZ**, que con abnegada entrega ha sabido alentarme para la elaboración de este trabajo que propiciará mi acceso a la abogacía.

A mis hijos **ANA, SONIA Y HUMBERTO**, que con su talento, habilidad y gran cariño, me han apoyado en la realización del presente trabajo.

# I N D I C E

## CONSIDERACIONES A VIOLACIONES CONSTITUCIONALES EN LA AVERIGUACION PREVIA.

INTRODUCCION.....1

### CAPITULO I. BREVES ANTECEDENTES HISTORICOS DEL MINISTERIO PUBLICO.

A. En Roma.....	4
B. En Francia.....	6
C. En España.....	8
D. En México .....	10

### CAPITULO II. LA AVERIGUACION PREVIA O INDAGATORIA EN EL DERECHO PENAL MEXICANO.

A. Concepto de Averiguación Previa.....	18
B. Su Base Constitucional.....	19
C. Su Base en Leyes Reglamentarias.....	20
D. Ministerio Público Federal.....	25
E. Ministerio Público Local.....	30
F. Diversas Opiniones doctrinales acerca de la temática.....	33

**CAPITULO III. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA AVERIGUACION PREVIA.**

A. La Acción Penal y sus principios fundamentales.....38  
B. Tiempo para integrar la Averiguación Previa, Consignación o Libertad.....47  
C. Trámites que se siguen Previos a la Radicación.....59

**CAPITULO IV. GARANTIAS CONSTITUCIONALES QUE SE VIOLAN EN LA AVERIGUACION PREVIA.**

A. El Derecho de Defensa. Art. 20 Constitucional, Fracción IX, .....64  
B. Artículo 21 Constitucional que se contraría con el espíritu del 20 Constitucional y que deja al presunto en Estado de Indefensión.....76  
C. Necesidad de una mayor participación del Abogado Defensor, en la Averiguación Previa (praxis-casi nula) .....79  
D. Consideraciones Personales .....85

**CONCLUSIONES.....86**

**BIBLIOGRAFIA.....90**

**LEGISLACION.....93**

### **CAPITULO III. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA AVERIGUACION PREVIA.**

A. La Acción Penal y sus principios fundamentales.....	38
B. Tiempo para integrar la Averiguación Previa, Consignación o Libertad.....	47
C. Trámites que se siguen Previos a la Radicación.....	59

### **CAPITULO IV. GARANTIAS CONSTITUCIONALES QUE SE VIOLAN EN LA AVERIGUACION PREVIA.**

A. El Derecho de Defensa. Art. 20 Constitucional, Fracción IX.....	64
B. Artículo 21 Constitucional que se contraría con el espíritu del 20 Constitucional y que deja al presunto en Estado de Indefensión.....	76
C. Necesidad de que haya mas participación de un Abogado Defensor, en la Averiguación Previa. (praxis-casi nula).....	79
D. Consideraciones Personales.....	85

<b>CONCLUSIONES.....</b>	<b>86</b>
--------------------------	-----------

<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>90</b>
--------------------------	-----------

<b>LEGISLACION.....</b>	<b>93</b>
-------------------------	-----------

## INTRODUCCION

La inquietud nacida en las aulas de nuestra alma mater (la Universidad Nacional Autónoma de México), al obtener los conocimientos formales del Derecho Penal, en sus aspectos sustantivo y adjetivo, pude apreciar la importancia que reviste la procuración de justicia en el ámbito nacional. Institución que representa en la vida moderna de nuestro país un relieve jurídico de la mayor importancia, por sus elevadas funciones que concurren en defensa de los intereses sociales e individuales, acorde con las facultades establecidas por la norma constitucional y sus respectivas leyes reglamentarias, las que otorgan la representación de los grandes valores morales de la sociedad mexicana.

Desafortunadamente, en las diversas etapas por las que ha pasado y se encuentra esta institución del Ministerio Público, se ha venido observando que en su cumplimiento los titulares y órganos auxiliares (Agente del Ministerio Público, Policía Judicial, etc.) no se apegan estrictamente a los postulados constitucionales y a la observancia de sus leyes reglamentarias, toda vez que sus actuaciones se vuelcan en contradictorias y marginales al estado de derecho, con la consecuente vulnerabilidad de las libertades ciudadanas.

En su degradación, ésta institución ha venido siendo objeto de las más acendradas críticas, a tal grado que es ordinario escucharle como "el ente más controversial, inmoral y monstruoso".

La procuración de justicia, en su actuación por el Agente del Ministerio Público, en cumplimiento de sus atribuciones, se torna en un ser despreciable y escaso de credibilidad, muy a pesar del distinto papel que la historia, la doctrina y la ley le confieren; no sólo por su enorme importancia, sino por su imprescindible necesidad social; por eso se dice que el Agente del Ministerio Público en México se conduce en forma desnaturalizada, debido a que dentro del procedimiento penal puede o no sobreseer, o bien, desistirse de la acción penal; acciones que tienen el carácter de una falsa resolución absolutoria, que invade la función decisoria de la autoridad judicial; asimismo, como titular de la acción para exigir la reparación del daño ocasionado por el delito mismo, deja en múltiples ocasiones en un estado total de indefensión a la víctima de la infracción a la ley penal, a la que se le arroja como si fuera un intruso del proceso, al arrebatarle o no valorar lo que es de su legítimo patrimonio. Por todo ello, tanto el sobreseimiento, desistimiento, el no ejercicio de la acción penal, se convierten bajo mi óptica, en violaciones a las garantías individuales consignadas en el artículo 21 Constitucional, entre otras.

De ésta manera, el tema que me ocupa pretende, con mi modesto estudio e investigación, fijar, exigir, o buscar el verdadero campo de las funciones del Ministerio Público, mediante la estricta observancia de la norma Constitucional y sus leyes reglamentarias.

Sirva pues de pauta, las consideraciones que en el curso de éste trabajo presento con el título de "Consideraciones a violaciones constitucionales en la Averiguación Previa".

## CAPITULO I

### BREVES ANTECEDENTES HISTORICOS DEL MINISTERIO PUBLICO.

El Ministerio Público "es la institución unitaria y jerárquica dependiente del Poder Ejecutivo Federal o estadual, que posee facultades esenciales que le permiten, en la persecución de los delitos, el ejercicio de la acción penal, la intervención en procedimientos judiciales para la defensa de intereses sociales, de ausentes, de menores e incapacitados, así como también como consultor jurídico del titular del Ejecutivo Federal o estadual y de los jueces o tribunales". (1)

Esta concepción actual del Ministerio Público se planteaba de manera distinta en las diversas etapas históricas de la sociedad; por lo cual es oportuno estudiar las más importantes, para saber con mayor certeza como estaba concebida tal institución en otras latitudes y épocas, logrando una mayor comprensión del mismo.

#### A. EN ROMA.

Se estableció entre los romanos una división entre los delitos de carácter público y los delitos de carácter privado, en virtud de que los primeros debían

(1) "Diccionario Jurídico Mexicano", Tomo III-O, Editorial Porrúa, S.A., México, Distrito Federal, 7a. ed., 1994, p. 2198.

denunciarlos únicamente los que tenían la calidad de ciudadanos conforme a la ley; y los segundos, se perseguían a petición de parte u ofendido.

Se dice también que en los funcionarios llamados "judices questiones" de las Doce Tablas, existía una actividad semejante a la del Ministerio Público, porque éstos funcionarios tenían facultades para comprobar los hechos delictuosos, pero ésta apreciación no era del todo exacta, habida cuenta de que sus atribuciones características eran de naturaleza jurisdiccional.

El procurador del César, de que habla el Digesto en su Libro Primero, Título 19, se ha considerado como antecedente de la institución, debido a que dicho procurador, en representación del César, tenía facultades para intervenir en las causas fiscales y cuidar del orden en las colonias, adoptando en diversas medidas, como la expulsión de los alborotadores y la vigilancia sobre éstos, para que no regresaran al lugar de donde habían sido expulsados.

"En las postrimerías del imperio romano se instituyeron funcionarios cuya actividad estaba relacionada con la justicia penal (*curiosi*, *stationati* ó *inercas*). Estos eran autoridades dependientes directamente del pretor y sus funciones estaban circunscritas al aspecto policiaco.

“En la Italia medieval tampoco es posible identificar al Ministerio Público con los “síndici o ministrales” (funcionarios instituidos en Italia durante la Edad Media), por ser, más bien, colaboradores de los órganos jurisdiccionales en la presentación oficial de las denuncias sobre los delitos.” (2)

## **B. FRANCIA.**

En este país había quienes estimaban que la institución del Ministerio Público había tenido su génesis en el mismo, basando tal afirmación en la Ordenanza de 23 de marzo de 1302, en la cual se instituyeron las atribuciones del antiguo procurador y abogado del rey como una magistratura encargada de los negocios judiciales de la Corona, ya que con anterioridad solamente actuaban en forma privada en lo relativo a los negocios del monarca.

Debido a que en esa época la acusación por parte del ofendido o de sus familiares, decayó sensiblemente, surgiendo un procedimiento de oficio o por pesquisa, que dió margen al establecimiento del Ministerio Público, aunque con funciones limitadas, siendo la más importante la persecución de los delitos, hacer efectivas las multas y las confiscaciones decretadas como consecuencia de una pena.

(2) Colín Sánchez, Guillermo, “Derecho Mexicano de Procedimientos Penales”, Editorial Porrúa, S.A., México, Distrito Federal, 15a. ed., 1995, p. 78.

Más tarde, cuando el procedimiento de oficio estaba a punto de alcanzar institucionalidad, surgió una reacción en contrario, aunque con resultados poco favorables.

Después, a mediados del siglo XIV, el Ministerio Público intervenía en forma abierta en los juicios del orden penal; sus funciones se precisaban en forma más clara durante la época napoleónica, llegándose inclusive, a la conclusión de que dependiera del Poder Ejecutivo, por considerársele representante directo del interés social en la persecución de los delitos.

A partir de ese momento, comenzó a funcionar dentro de la magistratura, dividiéndose, para el ejercicio de sus funciones en secciones llamadas "parquets", cada una formando parte de un tribunal francés.

Los "parquets" contaban con un procurador y varios auxiliares sustitutos en los tribunales de justicia o sustitutos generales o abogados generales en los tribunales de apelación.

En el siglo XVI, Felipe el Hermoso, hizo del procurador y del abogado dos magistrados, encargándoles los asuntos oficiales del reino.

“La Revolución Francesa transformó las instituciones monárquicas y encomendó las funciones reservadas al procurador y al abogado del rey, a comisionarios encargados de promover la acción penal y de ejecutar las penas, siendo a la vez acusadores públicos y sostenedores de la acusación en el juicio, decretándose su inamovilidad e independencia con respecto al poder público; empero, la Constitución de 1795 estableció que dichos funcionarios eran destituibles. Tres años después se reafirmó la unidad del Ministerio Público, convirtiéndolo en órgano del Ejecutivo, mediante los Comisarios del Gobierno.” (3)

Napoleón le dió su organización definitiva al Ministerio Público, como una institución jerárquica dependiente del Poder Ejecutivo.

### C. ESPAÑA.

En España los lineamientos elementales del Ministerio Público francés fueron tomados por el Derecho Español Moderno. Desde la época del “Fuero Juzgo” había una magistratura especial, con facultades para actuar ante los tribunales cuando no hubiera un interesado que acusara al delincuente; éste funcionario era un mandatario particular del rey, en cuya actuación representaba al monarca.

(3) Vázquez Sánchez Rogelio, “La Dualidad del Ministerio Público en Materia Penal”, Editorial Porrúa, S.A., México, Distrito Federal, 1951, p. 5.

En la Novísima Recopilación, Libro V, Título XVII, se reglamentaron las funciones del Ministerio Fiscal. En las Ordenanzas de Medina (1489) se mencionaba a los fiscales; posteriormente, durante el reinado de Felipe II, se establecen dos fiscales: uno para actuar en los juicios civiles y otro en los criminales.

En un principio, se encargaban de perseguir a quienes cometían infracciones relacionadas con el pago de la contribución fiscal, multas o toda pena de confiscación; más tarde fueron facultados para defender la jurisdicción y el patrimonio de la hacienda real.

Más tarde, el procurador fiscal formó parte de la "Real Audiencia", interviniendo, fundamentalmente, a favor de las causas públicas y en aquellos negocios en los que tenía interés la Corona; protegía a los indios para obtener justicia, tanto en lo civil como en lo criminal; defendía la jurisdicción y el patrimonio de la hacienda real y también integraba el tribunal de la inquisición.

En éste tribunal figuró con el nombre de promotor fiscal, llevando la voz acusatoria en los juicios; y para algunas funciones específicas del mismo, era el conducto entre éste y el rey, a quien entrevistaba comunicándole las resoluciones que se dictaban.

## D. MEXICO.

### 1) EPOCA PREHISPANICA.

En la cultura azteca regia un sistema de reglas para regular el orden y sancionar toda conducta que atentara contra las costumbres y usos sociales.

El Derecho no era escrito, sino era de naturaleza consuetudinaria, ajustándose en todo al régimen absolutista que en materia política había llegado el pueblo azteca "El poder del monarca se delegaba en sus distintas atribuciones a funcionarios especiales, y en materia de justicia, el Cihuacoátl es fiel reflejo de tal afirmación. El Cihuacoátl desempeñaba funciones muy peculiares: auxiliaba al Hueytlatoni, vigilaba la recaudación de los tributos; por otra parte, presidía el Tribunal de Apelación; además, era una especie de consejero del monarca a quien representaba en algunas actividades, como la preservación del orden social y militar". (4)

Otro funcionario de gran relevancia fue el Tlatoni quien representaba a la divinidad y gozaba de libertad para disponer de la vida humana a su arbitrio. Entre sus facultades reviste importancia la de acusar y perseguir a los delincuentes, aunque generalmente la delegaba en los jueces, quienes auxiliados por los alguaciles y otros funcionarios, se encargaban de aprehender a los delincuentes.

(4) Colín Sánchez, Guillermo, *op. cit.*, p 84.

Don Alonso de Zurita, oidor de la Real Audiencia de México, en relación con las facultades del Tlatoani señala, que éste en su carácter de suprema autoridad en materia de justicia, en una especie de interpelación al monarca cuando terminaba la ceremonia de la coronación, decía: "... Habéis de tener gran cuidado de las cosas de la guerra, y habéis de velar y procurar de castigar los delincuentes, así señores como los demás, y corregir y enmendar los inobedientes..." (5)

Es conveniente aclarar que la persecución del delito estaba depositada en manos de los jueces por delegación del Tlatoani, de modo que las funciones de éste y las de el Cihuacoatl eran jurisdiccionales; por ende no es posible asemejarlas con las del Ministerio Público, porque si bien el delito era perseguido ésto se encomendaba a los jueces, quienes para tal efecto efectuaban las investigaciones y aplicaban el derecho.

## 2) EPOCA COLONIAL.

Las instituciones del Derecho Azteca tuvieron una profunda transformación al producirse la conquista de México, siendo desplazadas paulatinamente por los nuevos ordenamientos legales traídos de España.

(5) Cfr. Colín Sánchez, Guillermo, *op. cit.*, p 85.

Como consecuencia de lo anterior surgieron innumerables desmanes y atropellos por parte de funcionarios y particulares y además, de aquellos que escudándose en la predicación de la religión cristiana, abusaban de su investidura para cometer atropellos.

En la persecución del delito imperaba una absoluta anarquía, lo que provocaba que autoridades civiles, militares y religiosas invadían jurisdicciones. fijaban multas y privaban de la libertad a las personas, caprichosamente.

Tal situación trató de remediarse por conducto de las Leyes de Indias y otros ordenamientos jurídicos, estableciéndose la obligación de respetar las leyes de los indios, así como su gobierno, policía, usos y costumbres a condición de que no fueran contrarias a las leyes españolas.

De igual manera, la persecución del delito no se encomendó a una institución o funcionario en particular; el Virrey, los Gobernadores, las Capitanías Generales, los Corregidores y muchas otras autoridades, tuvieron atribuciones para ello.

“Como la vida jurídica se desenvolvía teniendo como jefes en todas las esferas de la administración pública a personas designadas por los Reyes de España o por los Virreyes, Corregidores, etc., los nombramientos siempre recaían en sujetos que los obtenían mediante influencias políticas, no dándose ninguna injerencia a los

"indios" para actuar en ese ramo. No fue sino hasta el 9 de octubre de 1549, cuando a través de una cédula real se ordenó hacer una selección para que los "indios" desempeñaran los puestos de jueces, regidores, alguaciles, escribanos y ministros de justicia; especificándose que la justicia se administrara de acuerdo con los usos y costumbres que habían regido" (6)

Es por ello que los "alcaldes indios" tenían la facultad de aprehender a los delinquentes, salvo en aquellas causas sancionadas con pena de muerte, ya que tal pena era facultad exclusiva de las audiencias y gobernadores.

Diversos tribunales apoyados en factores religiosos, económicos, sociales y políticos, trataron de encauzar la conducta de "indios" y españoles; y la Audiencia, como el Tribunal de La Acordada y otros tribunales especiales, se encargaron de perseguir el delito.

Antes de proclamarse la Independencia ya existía la figura denominada "fiscal" quien era el que se encargaba de promover la justicia y perseguir a los delinquentes; aunque todavía no existía el Ministerio Público como una institución, con los fines y caracteres conocidos en la actualidad.

(6) Colín Sánchez, Guillermo, op. cit., p. 85

El fiscal, en el año de 1527 formó parte de la Audiencia, la cual se integró entre otros funcionarios, por dos fiscales: uno para lo civil y otro para lo criminal y, por los oidores, cuyas funciones eran las de realizar las investigaciones desde su inicio hasta la sentencia.

En los juicios que realizaba la Inquisición, el promotor fiscal era el que llevaba la voz acusatoria, siendo el conducto entre ese tribunal y el Virrey; además de ser él también el que denunciaba y perseguía a los herejes y enemigos de la iglesia.

### 3) ÉPOCA INDEPENDIENTE.

Al surgir el movimiento de independencia y una vez que ésta fue proclamada, la Constitución de Apatzingán de 1814 reconoció la existencia de los fiscales auxiliares de la administración de justicia: uno para el ramo civil y otro para lo criminal; su designación estaría a cargo del Poder Legislativo, a propuesta del Ejecutivo, durando en su encargo cuatro años.

En la Constitución de 1824, el fiscal era un funcionario integrante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

En las Siete Leyes Constitucionales de 1836, además de considerarlo como en la Constitución anterior, establecieron su inamovilidad. El mismo criterio siguieron las Bases Orgánicas de 1843.

En las "Bases para la Administración de la República hasta la promulgación de la Constitución, elaboradas por Lucas Alamán y publicadas el 22 de abril de 1853 durante la dictadura de Santa Anna, se estableció lo siguiente: "Para que los intereses nacionales sean convenientemente atendidos en los negocios contenciosos que se versen sobre ellos, ya estén pendientes o se susciten en adelante, promover cuanto convenga a la Hacienda Pública y que se proceda en todos los ramos con los conocimientos necesarios en puntos de Derecho, se nombrará un Procurador General de la Nación, con sueldo de cuatro mil pesos, honores y condecoración de Ministro de la Corte Suprema de Justicia, en la cual y en todos los tribunales superiores, será recibido como parte por la Nación, y en los inferiores cuando lo disponga así el respectivo Ministerio, además despachará todos los informes en Derecho que se le pidan, por el gobierno. Será movable a voluntad de éste y recibirá instrucciones para sus procedimientos, de los respectivos ministerios" (art 9).

Durante el gobierno de Comonfort se dictó la ley del 23 de noviembre de 1855, en la cual se dio injerencia a los fiscales para que intervinieran en los asuntos federales.

En la Constitución de 1857 continuaron los fiscales con igual categoría que los Ministros de la Corte, pese a que en el proyecto de la Constitución se mencionaba al Ministerio Público, para que en representación de la sociedad promoviera la instancia, esto no llegó a prosperar, porque se consideró que el particular ofendido no debía ser substituido por ninguna institución, ya que este derecho correspondía a los ciudadanos, además, independizar al Ministerio Público de los órganos jurisdiccionales retardaría la acción de la justicia, pues se verían obligados a esperar que el Ministerio Público ejercitara la acción penal.

Como de la discusión entablada en el constituyente no se llegara a un acuerdo favorable, se rechazó la idea y en cambio, fueron instituidos los fiscales en el orden federal.

En la Constitución de 1917, el sistema inquisitivo siguió observándose y el Ministerio Público continuó como organismo auxiliar de los órganos jurisdiccionales; asimismo, se unificaron las facultades del Ministerio Público, haciendo de éste una institución, un organismo integral para perseguir el delito, con independencia absoluta del Poder Judicial.

La Constitución de 1917 también dispuso que "Estará a cargo del 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 reos; 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 misma ley determinare...” (art. 102).

## CAPITULO II

### LA AVERIGUACION PREVIA O INDAGATORIA EN EL DERECHO PENAL MEXICANO.

#### A. CONCEPTO DE AVERIGUACION PREVIA.

Para el tratadista Guillermo Colín Sánchez, la Averiguación Previa es la "etapa procedimental en que el Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de Policía Judicial, practica todas las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar la acción penal y la probable responsabilidad". (7)

Por su parte el jurista César Augusto Osorio y Nieto la define como "la etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso, los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal". (8)

De los conceptos vertidos anteriormente, puede conceptualizarse a la Averiguación Previa, como la fase del procedimiento penal, realizada por el Ministerio Público, la cual tiene por objeto acreditar plenamente los elementos del tipo penal y la

(7) Colín Sánchez, Guillermo, *op. cit.*, p. 233.

(8) Osorio y Nieto, César Augusto, *op. cit.*, p. 2.

probable responsabilidad del indiciado, y así determinar si se ejercita o no la acción penal ante los tribunales judiciales.

## B. SU BASE JURIDICA CONSTITUCIONAL.

Actualmente en nuestra Carta Magna no existe precepto legal alguno que hable de manera específica acerca de la Averiguación Previa. Si bien es cierto que hasta antes de la reforma al artículo 19 Constitucional, éste hacía alusión en cierto modo a aquella, al señalar lo siguiente:

“Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; los elementos que constituyen aquel; lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la Averiguación Previa...”.

Sin embargo, por las reformas que sufrió dicho artículo, ya no se hace mención de la misma.

Ahora bien, el artículo 21 Constitucional establece entre otras cosas que “... La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la autoridad

judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquel...". De esto se deduce que el Ministerio Público, desde el momento en que tiene conocimiento de la comisión de un hecho presumiblemente delictivo, sea a través de una denuncia, acusación o querrela, se avoca a realizar conjuntamente con la Policía Judicial, todas aquellas investigaciones que sean necesarias para comprobar plenamente los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad de los inculpados.

Y es precisamente, ésta etapa la que se denomina Averiguación Previa y por ende, el sustento legal lo constituye dicho precepto.

### **C. SU BASE EN LEYES REGLAMENTARIAS.**

En nuestro Derecho Positivo mexicano existen diversos ordenamientos jurídicos que hacen referencia a la Averiguación Previa, entre los que pueden mencionarse los siguientes:

- 1) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en sus artículos 2º, 3º fracción I, 94, 131, 262 al 286 bis.**

En éstos preceptos se establecen, entre otras cuestiones importantes, las siguientes:

a) El Ministerio Público es el único facultado para llevar a cabo la Averiguación Previa, junto con la Policía Judicial, quien actúa bajo las órdenes de aquel.

b) El objeto de la Averiguación Previa es realizar todas las investigaciones y practicar todas las diligencias que sean necesarias, a efecto de comprobar plenamente los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

c) El Ministerio Público está facultado exclusivamente para ejercitar la acción penal ante los tribunales, la cual persigue tres objetos:

- Pedir la aplicación de las sanciones establecidas en la ley penal.
- Pedir la libertad de los procesados, en la forma y términos que previene la ley.
- Pedir la reparación del daño en los términos previstos por el Código Penal.

**2) Código Penal para el Distrito Federal, en materia del Fuero Común y para toda la República en materia de Fuero Federal, en sus preceptos 1º, 6º, 7º, 8º, 9º,**

60, 61, 62, 63, 91, 92, 93, 100, 101, 102, 104, 105, 106, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 199 bis, 263, 274, 276, 282, 289, 360, 365 bis y 399 bis.

Estos artículos hacen alusión, en general, a los siguientes aspectos:

a) Para que el Ministerio Público pueda proceder penalmente en contra de determinada persona, es menester cumplir con ciertos requisitos de procedibilidad previstos en nuestra ley; como por ejemplo, en los casos de delitos que se persiguen a petición de parte ofendida, es obligatorio que existe una querrela de la misma, tal como ocurre en los delitos de calunnia, lesiones que tardan en sanar menos de quince días y no ponen en peligro la vida, etc.

b) Para poder aplicar las sanciones previstas en la norma sustantiva penal, se hace imprescindible, primeramente, que el Ministerio Público se avoque a realizar la Averiguación Previa, buscando acreditar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado. Paso seguido, ejercitar la acción penal ante los Tribunales, para que después de seguir todas las fases del proceso penal, se apliquen las penas correspondientes.

**3) Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en sus artículos 1, 2 fracciones I y II, 3 fracciones I, II, III, IV y V.**

Este ordenamiento tiene por objeto organizar la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, para el despacho de los asuntos que por disposición constitucional competen al Ministerio Público. Entre los aspectos más trascendentes que contienen tales preceptos jurídicos, en torno al tema de la Averiguación Previa destacan:

a) El Ministerio Público estará a cargo del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, ejerciéndola a través de su titular o de sus agentes y auxiliares, quien tendrá entre otras atribuciones importantes, la persecución de los delitos del orden común cometidos en el Distrito Federal (art. 2º. fracción I). Las atribuciones con que cuenta en relación a la averiguación previa son las consignadas en el artículo 3º, las cuales podemos resumir del modo siguiente:

- Recibir denuncias y querellas acerca de hechos que puedan ser delictivos.

- Investigar los delitos del orden común; con la colaboración de los auxiliares previstos en su artículo 23 (Policía Judicial, Servicios Periciales, Policía del Distrito Federal, Servicio Médico Forense, los Servicios Médicos del Distrito Federal), y otras autoridades federales y estatales.

- Practicar las diligencias necesarias para acreditar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, así como solicitar la reparación del daño causado.

- Ordenar la detención y, en su caso, la retención de los probables responsables del delito, de términos de lo previsto en el artículo 16 Constitucional.

- Asegurar los instrumentos, huellas, objetos y productos del delito.

- Conceder la libertad provisional a los indiciados, en términos de lo dispuesto por la fracción I del artículo 20 Constitucional.

- Solicitar al órgano jurisdiccional las órdenes de cateo y las medidas precautorias del arraigo.

- Determinar el no ejercicio de la acción penal.

- Poner a disposición del Consejo de Menores, a los menores que hubieren cometido infracciones correspondientes a ilícitos tipificados por las leyes penales.

#### **4) Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.**

Este ordenamiento establece la organización y atribuciones de la Procuraduría capitalina, de donde podemos resaltar la creación de Subprocuradurías y Direcciones Generales encargadas de una función específica en torno a la investigación y persecución de los delitos del fuero común, volviendo más eficiente el cumplimiento de sus atribuciones que conforme a la Constitución y Ley Orgánica tiene asignadas. Asimismo, se pretende profesionalizar al personal que labora al interior de la Procuraduría.

## **5) Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República. Arts. 1º, 2º y 8º.**

Esta Ley determina la forma de organización de la Procuraduría General de la República, encargada, entre otras funciones, de la persecución de los delitos del orden federal. Dicha función implica, en la Averiguación Previa: recibir denuncias o querrelas; investigar los delitos con la ayuda de sus auxiliares; practicar las diligencias necesarias para acreditar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado, así como la reparación de los daños y perjuicios causados; ordenar detenciones y retenciones; no ejercitar la acción penal.

Y ante los órganos jurisdiccionales: ejercitar la acción penal; solicitar las órdenes de cateo; poner a disposición de la autoridad judicial, a la personas detenidas y aprehendidas; aprobar pruebas y promover las diligencias para la comprobación del delito, la circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiares del inculpado, de la responsabilidad penal de la existencia de daños y perjuicios, así como para la fijación del monto de su reparación; formular conclusiones; impugnar las resoluciones judiciales, entre otras. Y por cuanto a la atención a la víctima o el ofendido del delito: proporcionarles asesoría jurídica, facilitando su coadyuvancia en el proceso; promover que se garantice la reparación del daño; y a que se les preste ayuda médica.

### **D. MINISTERIO PUBLICO FEDERAL.**

Debido al sistema federal prevaleciente en México, en donde existe una dualidad de Gobierno: por un lado, el Federal, el cual representa la soberanía de toda la Unión, al interior y exterior del país, a través de los Poderes Federales (Legislativo, Ejecutivo y Judicial); y por otro, el de cada una de las Entidades Federativas y del

Distrito Federal, integrantes de la Federación, que gozan de autonomía, pero se encuentran supeditadas a la opinión de ésta última, respecto a ciertas cuestiones de mayor importancia, es que el legislador, en materia penal, y en forma específica, en lo concerniente a la regulación de la función del Ministerio Público, optó por crear uno de carácter local, el cual se abocara a la representación social en el ámbito estatal; y un Ministerio Público de la Federación, encargado de la Averiguación Previa y del ejercicio de la acción penal, pero en todos aquellos asuntos de índole federal.

En éste contexto, el artículo 21 de nuestra Carta Magna habla en forma genérica de la función persecutoria del Ministerio Público, sin hacer mención en forma concreta si se refiere al local o al federal, de lo que se deduce que es aplicable a ambos. Sin embargo, el artículo 102-A de la Constitución regula la función del Ministerio Público de la Federación, en el cual se determina que estará representado por el Procurador General de la República, cuyo nombramiento es hecho por el Presidente de la República, con aprobación del Senado y en sus recesos, por la Comisión Permanente.

Asimismo, señala los requisitos para ser Procurador a saber:

- Ser mexicano por nacimiento.
- Tener cuando menos 35 años cumplidos el día de la designación.

- Contar con antigüedad mínima de 10 años, con título profesional de Licenciado en Derecho.

- Gozar de buena reputación y no haber sido condenado por delito doloso.

El Procurador también puede ser removido libremente por el Ejecutivo de la Unión.

Las funciones encomendadas al Ministerio Público Federal, en materia penal, consiste en la persecución de todos los delitos de orden federal, para lo cual le corresponderá:

- Solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculpados.

- Buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de los presuntos responsables.

- Vigilar que los juicios se lleven con toda regularidad, para lograr 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.

En cuanto a la organización y funcionamiento del Ministerio Público Federal, existen diversos ordenamientos jurídicos abocados a tales cuestiones. Así, la

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República y su Reglamento establece que los órganos internos del Ministerio Público son los siguientes:

a) Procurador General de la República.- Del cual ya se habló anteriormente.

b) Las Subprocuradurías "A", "B" y "C".- Que vienen a constituirse en los auxiliares del Procurador, uno de los cuales puede suplir a éste en sus faltas. Entre sus funciones principales figuran la de resolver sobre el no ejercicio de la acción penal y sobre cuestiones relacionadas a la revisión de conclusiones.

c) Oficialía Mayor y Contraloría Interna.- Cuya función es más de orden administrativo interno, que propiamente procedimental.

d) Visitaduría General.- La cual se encarga de realizar visitas a las Agencias del Ministerio Público, así como unidades de policía judicial, fijando además normas, criterios y medidas para la resolución de asuntos.

e) Direcciones Generales.- Las cuales dependen de las Subprocuradurías "A", "B" y "C", entre las cuales destacan:

- De Control de Procedimientos Penales "A", "B" y "C".- Encargadas del ejercicio de la acción penal, solicitar medidas cautelares, proponer pruebas, formular conclusiones, interponer recursos procedentes, entre otras.

- Dirección General de Coordinación de Servicios Periciales .- La cual se encarga de integrar y manejar "el casillero de identificación", formular los dictámenes e informes técnico-científicos.

f) Instituto de Capacitación.- El cual es un órgano desconcentrado que tiene por función proponer los sistemas de selección de personal, así como su capacitación e investigación.

g) Delegaciones.- Cuyas funciones desconcentran las de la Procuraduría, asignándole a cada delegación una demarcación territorial propia.

## **E. MINISTERIO PUBLICO LOCAL.**

En cada una de las Entidades Federativas del país y en el Distrito Federal, existe un Ministerio Público Local , cuyas funciones y atribuciones son desempeñadas válidamente en el territorio estatal en el cual se encuentran ubicados. Para efectos del presente trabajo, se hará mención del Ministerio Público de ésta Capital, el cual está a

cargo de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, cuya sustento legal se encuentra en el artículo 21 Constitucional, su Ley Orgánica y Reglamento Respectivo.

La Ley Orgánica de la Procuraduría Capitalina establece como función principal del Ministerio Público el perseguir los delitos del orden común cometidos en el Distrito Federal, recibir las denuncias y querellas, llevar a cabo todas las investigaciones que sean necesarias para acreditar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del inculpado (con la colaboración de sus auxiliares); ejercitar la acción penal ante los tribunales, en los casos en que proceda conforme a la ley; aportar las pruebas que se requieran para lograr averiguar la verdad de los hechos, solicitar la libertad o aplicación de las penas y medidas de seguridad en contra del procesado, etc.

De manera parecida a lo que acontece con el Ministerio Público Federal, el Procurador General de Justicia intervendrá por sí o por conducto de sus agentes en las funciones propias del Ministerio Público, salvo las excepciones previstas en la ley.

Con respecto a los requisitos para ser Procurador General de Justicia del Distrito Federal se requieren los mismos que se exigen para ser Magistrado del Tribunal Superior de Justicia.

El Reglamento del citado ordenamiento prescribe que para cumplir el Ministerio Público con las atribuciones que por ley le corresponden, cuenta con unidades administrativas, entre las cuales destacan:

- a) Las Subprocuradurías "A", "B" y "C" de Procedimientos Penales; de Derechos Humanos; de Atención a Víctimas y Servicios a la Comunidad.
- b) Oficialía Mayor.
- c) Contralor Interno.
- d) Visitaduría General.
- e) Coordinación de Agentes del Ministerio Público Auxiliares del Procurador.
- f) Coordinación de Investigación de Robo de Vehículos.
- g) Supervisión General de Derechos Humanos.
- h) Direcciones Generales, entre las cuales se cuentan las siguientes: "A", "B" y "C" de Consignaciones; de Asuntos Especiales y Relevantes del Procedimiento Penal; de Asuntos de Menores e Incapaces; de Atención a Víctimas de Delito; de Control de Procesos Penales; de Investigación de Delitos contra la Seguridad de las Personas, las Instituciones y la Administración de Justicia; de Investigación de Delitos contra el Honor, Responsabilidad Profesional y Relacionados con Servidores Públicos; de Investigación de Delitos Patrimoniales No Violentos y relacionados con Instituciones del Sistema Financiero; de Delitos Sexuales; de Investigación de Homicidios; de

Investigación de Robo a Bancos y de Delincuencia Organizada; de Investigación de Robo a Negocios y Prestadores de Servicios; de Investigación de Robo a Transporte; Jurídico Consultiva; del Ministerio Público en lo Civil y en lo Familiar; de Normatividad y Control Operativo Técnico Penal; de la Policía Judicial; de Política y Estadística Criminal; de Prevención del Delito; de Programación, Organización y Presupuesto; de Recursos Humanos; de Recursos Materiales y Servicios Generales; de Servicios a la Comunidad; de Servicios Periciales; de Tecnología y Sistemas Informáticos y de Comunicación Social.

Cada una de las Direcciones Generales mencionadas está adscrita a las Suprocuradurías "A", "B" y "C".

Podemos señalar que las Direcciones Generales se crearon con el fin de especializarse en el conocimiento de determinados delitos, para su mejor investigación y persecución.

## **E) DIVERSAS OPINIONES DOCTRINALES ACERCA DE LA TEMATICA.**

El Maestro Manuel Rivera Silva "estima que la etapa de la Averiguación Previa constituye dentro del procedimiento penal, el período de aplicación de ley, lógicamente es aquel que termina con la sentencia y no abarca a la aplicación de la ley al caso concreto, incluso los actos parajudiciales (los individuatas). Así pues, el procedimiento debe recoger todo lo encaminado a la explicación de la ley al caso concreto, incluso los actos parajudiciales (los del período de preparación procesal), que si bien son realizados por órganos que no pertenecen al Poder Judicial, permite que queden, por su esencia teleológica, dentro del procedimiento". (9)

Asimismo, dicho autor afirma que el procedimiento penal mexicano se divide en tres períodos a saber:

- 1) Período de Preparación de la Acción Procesal.
- 2) Período de preparación del Proceso.
- 3) Período del Proceso.

(9) Rivera Silva Manuel, "El Procedimiento Penal", Editorial Porrúa, S.A., México, Distrito Federal, 1991, 2a. ed., pp. 43-44.

El primer periodo es aquel en el cual la autoridad investigadora reúne los elementos necesarios para acudir al órgano jurisdiccional; el segundo, en el que la autoridad judicial antes de abrir un proceso, busca la base del mismo, mediante la comprobación de los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad; y el tercero, en el que habiendo base para un proceso, se abre éste con el fin de determinar si los hechos consignados en la Averiguación Previa son delictuosos, si existe responsabilidad penal de parte de los probables responsables y en caso de así ser, aplicar la sanción penal correspondiente.

Por otra parte, el maestro Sergio García Ramírez opina que "la averiguación previa... tiene como objeto directo preparar la determinación del Ministerio Público, entendida ésta en amplio sentido, por igual comprensivo del ejercicio de la acción penal o del no ejercicio... No obstante esta realidad, suele otorgársele a la averiguación previa sinónimo de preparación del ejercicio de la acción penal". (10)

Por otro lado, el tratadista Jorge Alberto Silva Silva sostiene que la averiguación previa "no corresponde a un período necesario, indispensable, imprescindible, forzoso e ineludible para la promoción de la acción. Cuando menos no encontramos precepto legal que así lo ordene directamente.

(10) Cfr. Silva Silva, Jorge Alberto, "Derecho Procesal Penal", Editorial Harla, México, Distrito Federal, 3a. ed., 1990, p. 250.

"... si se trata de un periodo de preparaci3n, donde se realizan actos similares a los que se efectúan en los llamados medios preparatorios a juicio en los campos civil y mercantil. Y que asi como en éstos le es potestativo al potencial actor iniciar los medios preparatorios, así también le debe ser al potencial actor penal.

"... a través del periodo de averiguaci3n previa el potencial actor penal o su auxiliar realizarán los actos necesarios tendientes a determinar si promueve o no la acci3n penal.

"... en el procedimiento mexicano, a diferencia del existente en otros paises (el franc3s por ejemplo) no existe un tribunal de instrucci3n aut3nomo. El potencial actor penal, antes de comparecer frente a los tribunales penales realiza por su parte (unilateralmente) una serie de actos prácticamente autoinstruccionales; es decir, que le permiten conocer por sí mismo los hechos que tal vez habrá de someter al conocimiento del tribunal.

"... En el procedimiento penal, el agente del Ministerio Público que recibe una denuncia, antes de enviarla al tribunal prefiere conocer por sí mismo o mediante el auxilio de sus colaboradores, no solo el contenido de los hechos en que se basa, sino también si pueden ser demostrados y, además, ser favorable la pretensi3n. A

consecuencia de éstos actos, el Ministerio Público podrá estar en posibilidad de resolver si inicia con probabilidad de éxito un proceso penal.” (11)

En resumidas cuentas, puede afirmarse que las ideas principales que han manejado los doctrinarios en relación a la Averiguación Previa se pueden englobar en dos posturas:

a) Criterio de promoción.- el cual es sostenido por los juristas González Bustamante, Colín Sánchez, y se basa en la consideración de que a través de la Averiguación Previa el Ministerio Público prepara la promoción de la acción penal. En otras palabras, el período de la averiguación previa es condición necesaria para la promoción de la acción penal. Por tanto, la promoción de la acción es ineficaz si se omite el período de la averiguación previa. Ahondando aún más, el maestro Humberto Briseño Sierra “la averiguación previa es un antecedente indispensable en el proceso penal”. (12)

b) Criterio de determinación.- el cual se refiere a que “el Ministerio Público no prepara la acción procesal penal, sino la determinación (del sujeto encargado de promoverla) acerca de si la inicia o no. Es decir, no es lo mismo preparar

(11) Cfr. Silva Silva, Jorge Alberto, op. cit., p. 252.

(12) Cfr. Silva Silva, Jorge Alberto, p. 251.

la promoción de la acción, que realizar los actos necesarios para resolver si se promueve o no la acción procesal". (13)

(13) Silva Silva, Jorge Alberto, p. 250.

## CAPITULO III

### ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA AVERIGUACION PREVIA.

#### A. LA ACCION PENAL Y SUS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES.

La acción penal es una facultad que reserva la Constitución al Ministerio Público. Todos los tratadistas están de acuerdo en que el derecho de acción es un poder jurídico que compete a todo sujeto de derecho, como un atributo de su personalidad. Desde ésta perspectiva, tal derecho correspondería ser ejercitado por los particulares. Sin embargo, en materia penal, dada la naturaleza del juicio, el ejercicio de la acción penal no está encomendado a parte procesal alguna, sino al Ministerio Público.

Para comenzar, es preciso definir lo que es la acción penal, para lo cual se establecen los siguientes conceptos. En primer lugar, Manzini, desde el punto de vista subjetivo define la acción penal como "el poder jurídico correspondiente al Ministerio Público... de llevar a cabo las condiciones para obtener del juzgador una decisión sobre la realizabilidad de la pretensión punitiva del Estado, derivante de un hecho que la ley prevé como delito". (14)

El maestro Eugenio Florián señala que "la acción penal es el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una

(14) Manzini, Vincenzo, "Tratado de Derecho Procesal Penal", Tomo IV, Editorial E.J.E.A., Buenos Aires, Argentina, 1953, p.143.

determinada relación de derecho penal". (15)

El maestro Javier Piña y Palacios sostiene que "la acción penal es un poder potestativo que tiene el Ministerio Público, mediante el cual provoca la acción jurisdiccional, para la actuación de la ley penal". (16)

El profesor Alcalá-Zamora y Ricardo Levene, definen a la acción penal "como el poder jurídico de promover la actuación jurisdiccional, a fin de que el juzgador pronuncie acerca de la punibilidad de hechos que el titular de aquella reputa constitutivos de delito". (17)

El doctrinario Giovanni Leone establece que "la acción penal inviste al órgano de la jurisdicción, el cual, por efecto de ella, está obligado a emitir la decisión; e inviste también al sujeto frente al cual se requiere la decisión (imputada), el cual queda sujeto al efecto producido por la promoción de la acción penal, es decir, al desarrollo del proceso y a la aplicación de la ley penal". (18)

De las definiciones planteadas puede concluirse que la acción penal reviste los siguientes caracteres:

- a) Es ejercitada en forma única y exclusiva por el Ministerio Público.
- b) Para que el Ministerio Público pueda ejercitarla es menester que se

(15) Florián, Eugenio, *op. cit.*, p. 173.

(16) Piña y Palacios, Javier, "Derecho Procesal Penal"; Editorial Porrúa, S.A., México, Distrito Federal, 1984, p. 91.

(17) Alcalá-Zamora y Levene, Ricardo, "Derecho Procesal Penal", Tomo II, Editorial Kraft, Buenos Aires, Argentina, 1970, p. 62.

(18) Leone, Giovanni, "Derecho Procesal Penal", Tomo II, Editorial E.J.E.A., 1986, p. 131.

haya agotado la Averiguación Previa y determinado que estaban reunidos los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

c) Tiene por objeto que la autoridad investigadora acuda ante el órgano judicial para incitarlo a que actúe, a efecto de resolver sobre la cuestión penal que se le plantea y determinar si hubo o no delito; si el inculcado es o no penalmente responsable del delito que se le imputan y en su caso imponer las sanciones que correspondan.

Después de haber dejado en claro el concepto del ejercicio de la acción penal, también es importante mencionar algunos antecedentes históricos. La trayectoria que ha seguido la acción penal en su desarrollo histórico, el maestro González Bustamante sostiene que ha pasado por tres periodos

El primero corresponde a la acusación privada como sucedió en Grecia o en Roma. El particular afectado por el delito era el encargado de promover la acción, llevando su caso ante los tribunales, sin intervención de tercero, lo que hacía que la acción penal tuviera un carácter esencialmente privado.

El segundo periodo corresponde a la acusación popular y tiene su origen en Roma. El uso inmoderado que se hizo de la querrela, originó que se designase a un representante de grupo para llevar ante el tribunal del pueblo la voz de la acusación.

La aparición de éste representante marcó un adelanto notorio en el ejercicio de la acción. Durante el Feudalismo fueron los Señores los únicos capacitados

para ejercitarla. Más tarde, el ejercicio de la acción la tuvo el monarca que la ejercía por derecho divino, a través de sus justicias.

El tercer período es el de la acusación estatal, el cual forma parte integrante del Estado moderno, en que son los órganos del Estado quienes tienen el deber de ejercitar la acción penal, y es inadmisibles que lo haga de una manera arbitraria, sin sujetarse a determinadas disciplinas jurídicas y que corresponda al órgano que la promueve. Decidir libremente si la ejercita o se desiste de ella, cuando lo estime conveniente. Tiene un carácter esencialmente público. Esta idea se ha consagrado porque es la que más satisface al interés social

En la actualidad, siempre que el órgano encargado del ejercicio de la acción penal, tenga conocimiento de que se ha cometido un delito que se persiga de oficio, debe proceder sin demora a su investigación y si las pruebas obtenidas han sido suficientes para satisfacer los presupuestos legales, debe reclamar la jurisdicción y perseguir la reparación del derecho violado.

En los delitos de querrela, en que se reconoce un margen de disposición procesal al ofendido, en orden a la naturaleza misma de ésta clase de delitos, para la promovilidad de la acción, además de los presupuestos generales, deben reunirse las condiciones de procedibilidad, o sea, la expresión manifiesta de voluntad del

querellante o de quien legalmente asuma su representación, para que la acción penal se ponga en movimiento y con ello, la aplicación de la ley al caso concreto.

Fernando Arilla Bas define a la acción penal diciendo que "es el poder jurídico del propio Estado, de provocar la actividad jurisdiccional con el objeto de obtener del órgano de ésta una decisión que actualice la punibilidad formulada en la norma respecto de un sujeto ejecutor de la conducta descrita en ella". (19)

El tratadista Angel Martinez Pineda conceptualiza a la acción penal como "el deber jurídicamente necesario del Estado que cumple el Organó de acusación, con el fin de obtener la aplicación de la ley penal, de acuerdo con la formalidades de orden procesal". (20)

De los conceptos vertidos anteriormente, puede afirmarse que la acción penal es el medio fundamental e imprescindible por el cual la sociedad, por conducto del Ministerio Público que la representa, logra como fin del Estado, reprimir el delito que atenta contra la buena vida gregaria, o bien, en su caso, aplicar las medidas de seguridad cuando así se considere necesario.

(19) Arilla Bas, Fernando, "El Procedimiento Penal en México", Editores Mexicanos Unidos, México, Distrito Federal, 5a. ed., p. 27.

(20) Martínez Pineda, Angel, "Estructura y Valoración de la Acción Penal", Editorial Azteca, S.A., México, Distrito Federal, 1a. ed., p. 37.

La acción penal, en nuestra legislación, está sujeta a diversos principios, que según la opinión de la mayoría de los autores, coinciden en señalar como tales a los que a continuación se enumeran:

- a) Publicidad.
- b) Oficiosidad y oficialidad.
- c) Legalidad.
- d) Irrevocabilidad, irretroactividad o indisponibilidad.
- e) Indivisibilidad.

**a) PRINCIPIO DE PUBLICIDAD.**

“El principio de la publicidad se reconoce por el fin que se propone y por el objeto a que se refiere”. (21) Es decir, la acción penal es pública, en virtud de que el Estado hace valer su derecho a la aplicación de la pena al infractor de la ley penal (pretensión punitiva), y ni siquiera en aquellos delitos que por mandamiento legal se persiguen por querrela de parte legítima, puede haber alguna transacción sobre el ejercicio de la misma acción.

En tal situación, al Ministerio Público, dentro del proceso, se le ha delegado únicamente el ejercicio de la acción penal, ya que en ninguna forma le

(21) Martínez Plueda, Angel, *op. cit.*, p. 43.

pertenece, sino que solo está facultado para activarla.

Sobre éste punto, Juventino V. Castro ha señalado que por las razones que se han expuesto, "solo la sociedad puede renunciar a la acción pública, ejercitando éste derecho por medio de la amnistía, o bien, por la prescripción y que del principio de la publicidad se deduce la indivisibilidad de la misma, ya que alcanza a todos los que han participado en la comisión de un delito, de tal manera que, la querrela presentada en contra de uno de los participantes en un delito, se extiende a los demás, aunque contra ellos no se haya dirigido la querrela, y en la misma forma, el perdón del ofendido, beneficia a los demás". (22)

#### **b) PRINCIPIO DE OFICIOSIDAD U OFICIALIDAD.**

Este principio consiste en que el ejercicio de la acción penal corresponde a un órgano especial del Estado, denominado Ministerio Público, distinto del órgano jurisdiccional, y no a cualquier ciudadano o sujeto lesionado en sus derechos. También se ha llamado a éste procedimiento "de la autoritariedad, ya que el procedimiento debe promoverse por una autoridad pública como lo es el Ministerio Público". (23)

(22) V. Castro Juventino, "El Ministerio Público en México", Editorial Porrúa, S.A., México, Distrito Federal, 1a. ed., p. 63.

(23) *Ibidem*, p. 68 y 72.

### **c) PRINCIPIO DE LEGALIDAD.**

Se refiere a la obligación que tiene el Ministerio Público de ejercitar la acción cuando se hayan cumplido todos los requisitos legales previstos en la norma penal sustantiva y adjetiva, habida cuenta de que el proceso no es la consecuencia de un acto discrecional del mismo órgano.

En oposición a éste principio existe el de discrecionalidad u oportunidad, de acuerdo con el cual el Ministerio Público ejercita el derecho de acción después de haber reflexionado sobre la conveniencia de tal ejercicio, pudiendo abstenerse de hacerlo cuando le parezca inoportuno. Puede decirse que éste principio trata de guardar la tranquilidad de los ciudadanos contra los procedimientos temerarios y una influencia política del Gobierno sobre la justicia penal.

En resumidas cuentas, en nuestro país priva el principio de legalidad por disposición expresa de nuestra Carta Magna, toda vez que el Ministerio Público ejercita un derecho ajeno, en aras de un interés social.

**d) PRINCIPIO DE IRREVOCABILIDAD, IRRETRACTABILIDAD O INDISPONIBILIDAD.**

Consiste en que una vez que el Ministerio Público ha ejercitado la acción penal ante los tribunales judiciales, no puede desistirse, en virtud de que dicho órgano tiene la obligación de continuarla, hasta que se pronuncie una resolución jurisdiccional que ponga fin al proceso.

Lo anterior se desprende de los principios de la obligatoriedad del proceso penal y de la inmutabilidad del objeto del proceso; o sea, partiendo de la base establecida en la Constitución, en el sentido de que la imposición de una pena a un procesado debe hacerse mediante el seguimiento de un proceso penal, y que éste solo puede concluir con una declaración judicial, sin que intervenga en ella ningún otro sujeto, es de concluirse que la acción penal, por ningún motivo puede ser objeto de disposición por parte del Ministerio Público.

Este principio encuentra respaldo en lo dicho por la doctrina y la Ley Fundamental; por tanto, los artículos que autorizan dicha disposición por medio del desistimiento, son a todas luces anticonstitucionales y en consecuencia, comparto la opinión de diversos tratadistas en el sentido de que se debe suprimir dicha facultad prevista en leyes secundarias, en favor del Ministerio Público, para no continuar insistiendo en tan errónea situación.

### **e) INDIVISIBILIDAD.**

Este principio de la acción penal se dá en virtud de que comprende a la totalidad de los sujetos que han intervenido o tomado parte en la comisión del delito. Este carácter "está justificado por una razón de justicia abstracta y por una exigencia práctica de utilidad social de que nadie escapa a la represión penal". (24)

### **B. TIEMPO PARA INTEGRAR LA AVERIGUACION PREVIA, CONSIGNACION O LIBERTAD.**

En nuestra legislación no existe una disposición legal que en forma específica señale el tiempo que tiene el Ministerio Público para integrar la Averiguación Previa. Sin embargo, es conveniente hacer la distinción entre dos supuestos:

- 1) Cuando la Averiguación Previa se inicia sin detenido.
- 2) Cuando en la Averiguación Previa existe detenido.

En la primera hipótesis, la ley no establece plazo alguno dentro del cual el Ministerio Público tenga la obligación de llevar a cabo la Averiguación Previa; de lo cual se deduce que dicho órgano tendrá todo el tiempo que sea necesario para practicar

(24) Martínez Pineda, Angel, op. cit., p. 44.

las diligencias, recabar y desahogar pruebas, e investigar todo aquello que sea menester a efecto de acreditar plenamente los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado, por lo que una vez que el Ministerio Público considere agotadas las investigaciones y de lo que obre en el expediente respectivo, resolverá si ejercita o no la acción penal ante los tribunales.

En el segundo supuesto, tanto el artículo 16 Constitucional párrafo tercero, como el artículo 268 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, si hacen mención respecto al término en que se debe de efectuar la Averiguación Previa y para tal efecto, a continuación se transcriben dichos artículos:

“Artículo 16.- Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial: éste plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada...”.

“Artículo 268 bis.- En los casos de delito flagrante y en los urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de autoridad judicial. Este plazo podrá duplicarse en los casos de delincuencia organizada, que serán aquellos en los que tres o más personas se organizan bajo reglas de disciplina

y jerarquía para cometer de modo violento y reiterado o con fines predominantemente lucrativos alguno de los delitos previstos en los siguientes artículos del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero común y para toda la República en materia de Fuero Federal: terrorismo, previsto en el artículo 139 párrafo primero; sabotaje, previsto en el artículo 140 párrafo primero; evasión de presos, previsto en los artículos 150 y 152; ataque a las vías de comunicación, previsto en los artículos 168 y 170; trata de personas, previsto en el artículo 205 segundo párrafo; explotación del cuerpo de un menor por medio del comercio carnal previsto en el artículo 208; violación, prevista en el artículo 265, 266, 266 bis; homicidio doloso, previsto en el artículo 302, con relación al artículo 307, 315 y 320; secuestro previsto en el artículo 366, fracciones I a IV, exceptuando los párrafos antepenúltimo y penúltimo; robo calificado, previsto en el artículo 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381, fracciones IX y X, 381 bis; extorsión previsto en el artículo 390; despojo previsto en el artículo 395 último párrafo; así como el de la tortura previsto en los artículos 3º y 5º de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura.

“Si para integrar la averiguación previa fuese necesario mayor tiempo del señalado en el párrafo anterior, el detenido será puesto en libertad, sin perjuicio de que la indagación continúe sin detenido...”.

De los preceptos antes mencionados, es de destacar los siguientes aspectos:

a) Cuando existe detenido, el Ministerio Público tiene la obligación de llevar a cabo la Averiguación Previa para resolver si hace la consignación o no ante los tribunales, en un plazo no mayor de cuarenta y ocho horas, pudiéndose duplicar dicho plazo tratándose de delincuencia organizada.

b) En caso de que el Ministerio Público no haya integrado debidamente la Averiguación Previa y necesite más plazo para hacerlo, tendrá la obligación de dejar en libertad al detenido, con las reservas de ley, dejando abierta la posibilidad de que si por futuras investigaciones el Ministerio Público llegare a acreditar plenamente los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado, se haga la consignación ante los tribunales.

c) Transcurridos los términos antes indicados, el Ministerio Público resolverá si ejercita o no la acción penal. En el primer supuesto, el Ministerio Público remitirá al juez todo lo que obre en la Averiguación Previa y que haya servido de base para acreditar plenamente los elementos del tipo penal y determinar la probable responsabilidad del indiciado.

En el segundo supuesto, o sea, cuando el Ministerio Público resuelva el no ejercicio de la acción penal, pueden darse dos situaciones: la primera, consistente en que la autoridad investigadora emita la resolución de reserva, la cual se da como resultado que de lo investigado y actuado durante la averiguación previa, el Ministerio Público estime que no existen los suficientes elementos requeridos por el artículo 16 Constitucional y la ley procesal penal, para hacer la consignación ante los tribunales, sea porque no estén plenamente comprobados los elementos del tipo penal o porque no se haya acreditado fehacientemente la probable responsabilidad del inculcado. Sin embargo, en éste caso se deja abierta la posibilidad de que posteriormente, a través de nuevas investigaciones o datos aportados por el Ministerio Público, testigos u otros del delito, puede hacerse la consignación respectiva ante los Tribunales penales. Asimismo, en caso de que la Averiguación Previa se haya llevado con detención, la autoridad tiene la obligación de dejarla en libertad, con la salvedad de que posteriormente puede ordenar su aprehensión o comparecencia.

La otra situación que puede derivarse con motivo del no ejercicio de la acción penal es que el Ministerio Público emita la resolución de archivo, lo que se traduce en el hecho de que el Ministerio Público considere que de lo actuado y probado en la etapa de averiguación previa, se haya demostrado plenamente la no existencia del delito, la no responsabilidad de los inculcados o la extinción de la responsabilidad penal. En éste supuesto, a diferencia de lo que ocurre en la resolución de reserva, el Ministerio

Público deja en absoluta libertad al detenido, y no puede volver a iniciar averiguación por tales hechos; es decir, se archiva como asunto totalmente concluido.

La razón de lo anterior estriba en el hecho de que debe otorgársele una seguridad jurídica al indiciado en el sentido de que no será retenido arbitrariamente por el Ministerio público durante el tiempo que éste juzgue conveniente; sino lo que se busca es una celeridad en el procedimiento y en caso de que exista duda sobre la integración de la Averiguación Previa o el Ministerio Público necesite más tiempo para integrarla debidamente, debe dejarse en libertad al detenido y continuarse la averiguación sin detenido.

Ahora bien, también de lo que se ha dejado asentado, se desprende que el Ministerio Público, de lo que arroje la Averiguación Previa puede emitir tres clases de resoluciones a saber:

#### 1) ARCHIVO.

Esta resolución también conocida en la doctrina como sobreseimiento administrativo, se basa en tres hipótesis a saber:

a) Que del resultado de la averiguación previa se concluya que los actos u omisiones no son considerados delictivos. Esto puede deberse a que no existe un encuadramiento de la conducta del indiciado al tipo penal; es decir, que no se haya dado la tipicidad y que en consecuencia puede tratarse de una simple infracción administrativa o que la conducta sea lícita.

b) Que del resultado de la investigación se desprenda que aunque los datos encontrados si pueden ser considerados delictivos, la comprobación de los mismos resulta totalmente imposible.

c) Que aún cuando esté plenamente comprobada la responsabilidad del indiciado, la misma se haya extinguido, por prescripción, por perdón de la parte ofendida, etc.

“El efecto principal que produce la resolución de archivo o sobreseimiento administrativo consiste en que se extingue el derecho del actor penal para promover y ejercitar la acción procesal penal, que tenga como supuesto a los hechos de esa averiguación. De aquí que se equipare en sus efectos a la resolución de archivo, con una sentencia absolutoria”. (25)

(25) Silva Silva, Jorge Alberto, *op. cit.*, p. 256.

## 2) RESERVA.

A ésta determinación se le conoce con el nombre de suspensión administrativa, la cual se sustenta en los siguientes supuestos:

a) Que los hechos objeto de la averiguación, aún cuando resulten delictuosos, la prueba (confirmación) de los mismos se encuentra condicionada. Es decir que resulte factible que con posterioridad se pueda demostrar el hecho. De momento existe una imposibilidad transitoria para el desahogo de pruebas.

b) Que aún cuando se haya comprobado que los hechos son delictuosos, se ignora quien o quienes son los autores de los mismos y por ende, no se sabe contra quien se va a ejercitar la acción penal.

c) Que se descubra que se ha omitido alguna condición de procedibilidad. Esto puede ocurrir cuando se trate de un delito que no se persiga de oficio y no haya existido la formulación de la querrela respectiva.

En pocas palabras, la resolución de reserva deja abierta la posibilidad de que posteriormente se ejercite la acción penal, en cuanto aparezcan los datos que sean necesarios; o sea, se suspende temporalmente.

### C) CONSIGNACION.

Si de la Averiguación Previa se comprueba plenamente los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado, se consignará la averiguación ante los tribunales, ejercitándose la acción penal. Si existe detenido, se consignarán las diligencias de averiguación con detenido. En caso de que no exista detenido, el Ministerio Público solicitará al juez gire la orden de aprehensión o de comparecencia, según corresponda, en contra del probable responsable.

Ahora bien, de lo antes apuntado es preciso cuestionarse acerca de la facultad resolutive de la cual goza el Ministerio Público, porque indudablemente desde el instante mismo en que la autoridad investigadora resuelve si ejercita o no la acción penal, la ley le autoriza cierta facultad resolutive. Sin embargo, esto entraña un problema de fondo, ya que al Ministerio Público se le está revistiendo de la potestad de determinar si existió o no delito y si tal o cual persona es probable responsable del mismo, lo que encierra un acto de juzgamiento, propio y exclusivo de la autoridad judicial.

En relación a la facultad resolutive del Ministerio Público, existen en la doctrina dos posturas:

1) La primera sostiene que el Ministerio Público carece de facultad decisoria. Entre los tratadistas que apoyan ésta postura se encuentran los siguientes:

Alcalá Zamora sostiene que "el Ministerio Público no es una magistratura jurisdicente, sino únicamente requirente, y si por si y ante si se le permite impedir que el tribunal decida sobre el fondo, se le erigirá, de hecho, en órgano jurisdiccional negativo, ya que no positivo, es decir, no podrá condenar, pero si evitar que se condene". (26)

Asimismo, los penalistas Olga Islas y Elpidio Ramírez afirman que "el no ejercicio de la acción penal constituye una resolución prácticamente definitiva, que imposibilita la intervención del órgano jurisdiccional y, por tanto, impide que el individuo sea juzgado por un juez o jurado de ciudadanos. En lugar de ello, y ésta aberración sólo ocurre en México, el individuo es juzgado por el Poder Ejecutivo a través del Ministerio Público". (27)

2) La segunda postura considera que el Ministerio Público si puede decidir. Entre los que apoyan ésta corriente se cuentan los siguientes estudiosos:

(26) Alcalá-Zamora y Cartillo, Niceto, "Legítima Defensa y Proceso", Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo II, México, Distrito Federal, 1974, p. 615.

(27) Islas, Olga y Ramírez, Elpidio, "El Sistema Penal en la Constitución", Editorial Porrúa, S.A., México, Distrito Federal, 1979, p. 77.

El tratadista Briseño Sierra dice que "no debe confundirse la averiguación con la resolución. En la averiguación o investigación existe sólo pesquisa, pero en ocasiones quienes investigan, con frecuencia utilizan la facultad de mando. Investigar no es mandar, pero para hacerlo se puede emplear el mando, lo que es bien distinto".

(28)

Por su parte, el maestro Rivera Silva señala que "por economía y práctica procesal es correcto no se acuda a los tribunales para que hagan la declaratoria de la no existencia del delito, cuando el Ministerio Público no tiene elementos que lo comprueben y por ende no puede hacer la consignación". (29)

Por su parte el maestro Jorge Alberto Silva Silva, al hacer un análisis de las posturas anteriormente apuntadas, comenta que en el caso de que se adoptara el criterio de que el Ministerio Público cuenta con facultades resolutorias, "... habría que pensar en que si el tribunal es el que tiene que resolver, debemos entonces abordar el tema de la homologación, para que así el tribunal "juzgue" la no existencia del delito y delincuente, reconociendo o dándole efectos jurídicos totales a la previa determinación del Ministerio Público.

(28) Briseño Sierra, Humberto, "Derecho Procesal", Tomo IV, Editorial Cárdenas, México, Distrito Federal, 1969, p. 555.

(29) Rivera Silva, Manuel, *op. cit.*, p. 143.

“... la homologación no rife con ciertas disposiciones de la ley positiva. Así, por ejemplo, en el artículo 6º del Código de Procedimientos Penales dispone que “el Ministerio Público pedirá al juez... la libertad del procesado, sea porque el delito no haya existido, sea porque existiendo, no sea imputable al procesado, o porque exista en favor de éste alguna de las circunstancias excluyentes de responsabilidad... o en los casos de amnistía, prescripción y perdón o consentimiento del ofendido”. (30)

Después de haber transcrito las opiniones de los expertos en la materia, referente a la facultad resolutoria del Ministerio Público, personalmente opino lo siguiente:

Considero que es una aberración el hecho de que el Ministerio Público tenga facultades resolutorias, porque como se desprende del artículo 21 Constitucional, a éste solo le corresponde la persecución de los delitos; es decir, como autoridad investigadora debe avocarse únicamente a la averiguación y práctica de todas aquellas diligencias que se requieran para comprobar fehacientemente los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado, pero en ningún momento debe resolver si existió o no delito, o si tal o cual persona es probablemente responsable, porque ello equivale a juzgar, lo cual es propio de la autoridad judicial, tal como lo establece el artículo 1º del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que se reproduce a continuación:

(30) Silva Silva, Jorge Alberto, op. cit. p. 260.

“Corresponde exclusivamente a los tribunales penales del Distrito Federal:

“I. Declarar en la forma y términos que la ley establece, cuando un hecho ejecutado en las entidades mencionadas es o no delito.

“II. Declarar la responsabilidad o la irresponsabilidad de las personas acusadas ante ellos; ...”.

En otras palabras, la labor del Ministerio Público durante la Averiguación Previa debe circunscribirse a efectuar todas las diligencias, recabar las pruebas, y hacer las investigaciones que se requieran, y una vez realizado esto, consignar dicha información a la autoridad judicial, para que ésta, previo el estudio que efectúe de la misma y de su legalidad, resuelva si están acreditados plenamente los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado y en caso de ser así, se ejercite la acción penal; y en caso contrario, resuelva la reserva o archivo según sea el caso.

### **C. TRAMITES QUE SE SIGUEN PREVIOS A LA RADICACION.**

Una vez que de la averiguación previa se desprenda que se han acreditado los elementos del tipo penal del delito y la probable responsabilidad del indiciado, el

Ministerio Público ejercitará la acción penal ante los Tribunales. Dichos elementos según el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales son los siguientes:

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

II. La forma de intervención de los sujetos activos; y

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

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

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

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

De igual manera el artículo 195 del Código antes invocado menciona que “cuando estén reunidos los requisitos del artículo 16 Constitucional, el Tribunal libraré 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 motiven, 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”.

Si el ejercicio de la acción penal es con detenido, el tribunal que reciba la consignación radicará de inmediato el asunto, quedando el inculpado a disposición del juzgador, para los efectos constitucionales correspondientes, desde el momento en que el Ministerio Público lo interne en el reclusorio o centro de salud correspondiente. El Ministerio Público dejará constancia de que el detenido quedó a disposición de la autoridad judicial y entregará copia de aquella al encargado del reclusorio o del centro de salud, quien asentará el día y la hora de la recepción.

El juez tiene la obligación de cerciorarse si la detención reunió los requisitos previstos por el artículo 16 de la Carta Magna, en cuyo caso ratificará la detención; en caso contrario, decretará la libertad del indiciado con las reservas de ley.

En el supuesto de que la detención hubiere excedido del plazo de 48 horas (o el doble, tratándose de delincuencia organizada), se presumirá que el indiciado estuvo incomunicado, motivo por el cual carecerán de todo valor las declaraciones emitidas por el mismo. En éste caso, el juez analizará los datos reunidos durante la Averiguación Previa, que en opinión del mismo pueden tomarse en cuenta para efectos de lo dispuesto en el artículo 20, fracción I de la Constitución, y en sus correlativos del Código de Procedimientos Penales, en lo tocante a la libertad provisional bajo caución, tanto en lo concerniente a la determinación del tipo penal, como por lo que se refiere a los elementos que deben tomarse en cuenta para fijar el monto de la garantía.

Asimismo, el Ministerio Público dispondrá la libertad del inculpado, en los supuestos y cumpliendo los requisitos establecidos por el artículo 399 para los jueces, sin perjuicio de solicitar su arraigo en caso necesario.

El Ministerio Público fijará la caución suficiente para garantizar que el detenido no se sustraerá a la acción de la justicia, ni al pago de la reparación de los daños y perjuicios que pudieran serle exigidos.

En el caso de delitos cometidos con motivo del tránsito de vehículos, no se concederá el beneficio antes señalado cuando el conductor estuviere bajo el influjo de bebidas embriagantes o enervantes.

Si el delito merece pena alternativa o no privativa de libertad, se decretará la libertad del indiciado, sin necesidad de caución.

Cuando el Ministerio Público deje en libertad al indiciado lo prevendrá para que comparezca las veces que sea llamado para la práctica de diligencias de Averiguación Previa, y, concluída ésta, ante el juez a quien se consigne, quien ordenará su presentación y en caso de no comparecer sin causa justificada, ordenará su aprehensión, mandando hacer efectiva la garantía otorgada.

El Ministerio Público podrá hacer efectiva la garantía si el indiciado desobedeciere, sin causa justificada, las órdenes que dictare.

La garantía se cancelará y en su caso se devolverá por el Ministerio Público, cuando se resuelva el no ejercicio de la acción penal. Consignado el caso, tal garantía se considerará prorrogada tácitamente, hasta en tanto el juez no decida su modificación o cancelación.

## CAPITULO CUARTO

### GARANTIAS CONSTITUCIONALES QUE SE VIOLAN EN LA AVERIGUACION PREVIA.

#### A. EL DERECHO DE DEFENSA. ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL, FRACCION IX.

Nuestra legislación penal ha procurado en todo momento ser justa en cuanto al respeto a los derechos del inculpado, desde el momento en que se inicia una Averiguación Previa y hasta la conclusión del proceso respectivo. Sin embargo, la realidad nos muestra que día a día se vulneran las garantías del indiciado, por lo cual se ha visto la necesidad de crear organismos encargados de velar por el respeto a los mismos. como por ejemplo: la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Precisamente, en el presente apartado se pretende señalar cuales son las garantías constitucionales que se violan en la Averiguación Previa, de qué forma y cuales pueden ser las posibles soluciones a dicho fenómeno. Y para hacerlo es conveniente partir de la premisa de que nuestra Carta Magna, en su artículo 20 enumera las garantías a que tiene derecho todo inculpado en cualquier proceso penal, las cuales considero oportuno comentar a continuación acerca de lo que se refiere cada una:

La fracción I garantiza en favor del inculpado que éste pueda obtener la libertad provisional bajo caución, en cualquier momento en que lo solicite, a condición de que no se trate de delitos graves y se garantice la reparación del daño y las sanciones pecuniarias que pudieran llegarse a imponer al inculpado. Dicha caución debe determinarse en función de las posibilidades del inculpado; asimismo, la libertad provisional está sujeta a revocación para el caso en que el inculpado incumpla con alguna de las obligaciones que le impone la ley.

La fracción II establece la garantía de no poder obligarse al procesado a declarar, quedando condicionada la validez de la confesión rendida por éste, a que fuera emitida ante el Ministerio Público o juez, y en presencia siempre de su defensor; de igual manera se prohíbe la tortura, incomunicación o intimidación. Con ello se busca combatir la práctica cotidiana de obtener confesiones por la fuerza, valiéndose la policía judicial o cualquier otra autoridad, de medios ilegales con tal de provocar una declaración del inculpado contrario a sus intereses y a derecho.

Por otra parte, la fracción III consagra la garantía de que al inculpado se le haga saber en audiencia pública, dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a que es consignado, los pormenores del por qué se le está procesando, tales como: el nombre del acusador, el delito que se le imputa, a fin de que conozca bien los hechos y pueda contestar, rindiendo en dicho acto su declaración preparatoria, que no es otra cosa que

el acto procedimental en la cual el inculcado da contestación a todos los hechos que se le imputan y su versión de los mismos, alegando lo que a su derecho conviene y ofreciendo las pruebas que en su caso sirvan para desvirtuar los hechos que se le atribuyen.

La fracción IV establece la garantía de los careos en presencia del juez, del inculcado en contra de quienes lo acusan. Esto se hace con el fin de que el inculcado pueda devirtuar el dicho de los acusadores, hacer las objeciones pertinentes, provocar que caiga en contradicciones los acusadores; en fin, replicar lo dicho por los que deponen en su contra.

La fracción V contempla el derecho del inculcado a ofrecer pruebas que demuestren su inocencia, otorgándosele el tiempo que sea necesario y auxiliándosele para lograr la comparecencia de sus testigos.

La fracción VI garantiza al inculcado el que sea juzgado en audiencia pública, por un juez o jurado popular.

La fracción VII, en íntima relación con la V, establece la garantía relativa a que se le proporcionen al inculcado todos aquellos datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.

La fracción VIII consigna la garantía de tiempo en cuanto a ser juzgado el inculpado, al señalar que será en menos de cuatro meses tratándose de delitos cuya pena sea menos de dos años de prisión y antes de un año, si excede de dicho término, salvo que solicite mayor plazo para su defensa. Esta garantía, en la práctica resulta inaplicable a todas luces, habida cuenta de que por la carga de trabajo de los juzgados penales o por la negligencia de los jueces, los procesos penales exceden con mucho de los límites fijados por la ley, con lo cual se destruye el principio de la celeridad de los procesos y la administración de justicia pronta y expedita.

La fracción IX, por ser materia de discusión del presente punto, la dejaremos para comentar al último.

La fracción X establece la garantía de que la prisión o detención del inculpado no podrá prolongarse por falta de pago de honorarios a defensores, u otra causa similar. La razón de esto estriba en que en muchas ocasiones, los abogados particulares dejan en total abandono a su cliente cuando éste deja de pagarles sus honorarios, lo cual resulta falto de ética y de profesionalismo por parte de dichos pseudoabogados, porque en ninguna forma puede compararse una cuestión monetaria con la libertad de una persona. Asimismo, tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fija la ley al delito que motivare el proceso; y que en toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el

tiempo de la detención. Esto se hace para proteger al inculcado contra posibles tardanzas en cuanto a ser juzgado, impidiendo con ello que por causas ajenas al procesado, éste se vea recluso de manera infinita.

Algo de suma importancia y digno de hacer hincapié es en lo señalado en el penúltimo párrafo del artículo 20 Constitucional, que determina:

“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; lo previsto en las fracciones I y II no estará sujeto a condición alguna”.

Con ésto último, el legislador quiso poner en claro que determinadas garantías, dada su naturaleza, solo operan en el proceso penal propiamente dicho, mientras que otras, por la importancia que revisten, deben de ser respetadas desde el mismo instante en que se inicia una averiguación previa.

A continuación, es preciso hacer un análisis minucioso de la fracción IX del artículo 20 Constitucional. Para ello, primeramente es conveniente transcribirla textualmente:

“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. Tendrá también derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera...”.

El establecimiento de ésta garantía surgió por la necesidad de que en toda averiguación previa o proceso penal que se inicie, se busque llegar a la verdad de los hechos, y no que la función de la autoridad investigadora o judicial se convierta en arbitraria y contraria a derecho.

Nuestro sistema penal actual ha tratado que el indiciado no quede en estado de indefensión; sino por el contrario, ha contemplado en nuestra Ley Fundamental, concretamente en el artículo 20, una serie de derechos que la autoridad tiene que respetarle, so pena de incurrir en responsabilidad el funcionario, con la consecuente nulidad de las actuaciones relativas.

En el caso concreto de la fracción IX, se prevé como garantía de suma importancia el nombramiento de un abogado o persona de confianza del indiciado o procesado, que pueda ayudarle a tener una adecuada defensa. En otras palabras, con

ésta disposición la ley hace alusión a la figura del defensor, el cual adquiere una importancia vital en el procedimiento penal, tanto en la fase de averiguación previa, como en el proceso penal, como más adelante se explicará.

Por principio de cuentas, es oportuno definir lo que es la defensa. Para tal fin, a continuación se citan las siguientes opiniones de prestigiados tratadistas:

Para el maestro González Bustamante, la defensa "es la función encaminada a destruir las pruebas de cargo existentes, de tal manera que la resolución judicial que se pronuncie, se traduzca en una exculpación o, al menos, en una mejoría de la situación jurídico-procesal que guarda el inculpado". (31)

Según Herrera y Lasso, la defensa es "el derecho de probar contra la prueba el derecho a demostrar que la autoridad probó errónea e insuficientemente... aprovechar la oportunidad de desequilibrio que en el proceso se presente (este desequilibrio no debe propiciarlo el acusado o el defensor), aunque ello se traduzca en una resolución de inculpabilidad del culpable, o de culpabilidad atenuada del que tuvo mayor". (32)

(31) González Bustamante, Juan José, "Principios de Derecho Procesal Penal", Editorial Porrúa, S.A., México, Distrito Federal, 8a. ed., 1985, p. 140.

(32) Herrera y Lasso, Eduardo, Garantías Constitucionales en Derecho Penal, Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, Distrito Federal, p. 94.

El doctrinario Fenech comenta que "se entiende en un 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 autoridad punitiva y la de resarcimiento, en su caso, o impedirlos según su posición procesal". (33)

Por su parte, el procesalista Rafael de Pina afirma que la defensa "es la actividad encaminada a la tutela de los intereses legítimos implicados en un proceso". (34)

De las anteriores definiciones se desprende que la defensa penal viene a ser un instrumento mediante el cual el Estado dá la oportunidad al inculcado de que alegue lo que a su derecho convenga, aportando las pruebas que sean necesarias, en aras de demostrar su inocencia o disminuir los cargos que se le imputan, la cual puede llevar a cabo por sí solo o a través de un abogado particular, de oficio o persona de su confianza.

De lo señalado con antelación, se desprende que el defensor viene a constituir el elemento subjetivo encargado de llevar a cabo la función de defensa del inculcado.

(33) Cfr. García Ramírez, Sergio y Adato Ibarra, Victoria, "Prontuario del Proceso Penal Mexicano", Editorial Porrúa, S.A., México, Distrito Federal, 2a. de., 1982, p. 104.

(34) Pina Vara, Rafael, "Diccionario de Derecho", Editorial Porrúa, S.A., México, Distrito Federal, 1980, p. 240.

Ahora bien, en la práctica se asocia frecuentemente la palabra defensa con el soborno a los jueces, la falsedad de hechos, y demás, encaminado a dejar en libertad o atenuar los hechos delictivos del inculpado que no lo merece. En otras palabras, la defensa debe estar apegada en todo momento a la ley, limitándose el defensor a asesorar correctamente al inculpado, sin abandonarlo, aportando las pruebas que sean necesarias y alegando lo que sea prudente y justo en favor de su defendido, pero en ningún momento caer en el error de creer que una buena defensa radica en el hecho de lograr la libertad de todo inculpado o procesado.

El siguiente problema que toca abordar es el concerniente a las violaciones que se dan con respecto a ésta fracción IX del artículo 20 Constitucional. Para ello, es necesario partir de la premisa de que si bien la norma fundamental regula una garantía de vital importancia en favor del inculpado o procesado, la misma carece de sentido si no es respetada por las autoridades, cosa que lamentablemente ocurre en nuestro medio muy frecuentemente, como a continuación se explicará.

Como ya se comentó antes, desde el momento en que una persona está puesta a disposición del Ministerio Público, éste tiene la obligación de indicarle todos los derechos de que goza. Sin embargo, lo que en realidad ocurre es que en ningún momento la autoridad informa al indiciado de ello; por el contrario, se encarga de amedrentarlo o incomunicarlo, por lo que aquel no tiene forma de defenderse, no sabe

qué hacer, ni qué decir o qué no decir, o si en un momento dado puede salir en libertad bajo caución o nombrar un defensor que lo asista. Por tales razones queda supeditado a la voluntad arbitraria del Ministerio Público, quien en muchas ocasiones consigna ante los tribunales a personas, cuyo único delito es ser ignorantes y no saber sus derechos previstos en la ley.

Otra violación que se da cotidianamente en la averiguación previa es la referente a la obstrucción que la autoridad hace acerca de proporcionar los datos necesarios al indiciado para mejor defenderse, impidiéndole ver los expedientes, descuidando el estudio de los mismos, no facilitándole los datos que requiere o retardando o negándose a la presentación de personas que pudieran aportar informes o pruebas demostrativas de su inocencia.

Continuando con el análisis a las conculcaciones cometidas al artículo 20, fracción IX, es la relacionada con el nombramiento de defensor. Nuestra legislación consagra básicamente dos formas de defensa:

- a) Que el indiciado o procesado se defienda por si mismo.
- b) Que el indiciado o procesado sea defendido por una tercera persona.

En el primer supuesto, el mismo que está siendo objeto de averiguación previa se encarga de proveer a su defensa. Esto en la práctica casi no ocurre, en virtud de la falta de conocimientos jurídicos del indiciado; además de que si así fuera, sería presa fácil de autoridades abusivas y de decisiones arbitrarias.

El segundo caso, plantea a su vez dos alternativas:

1) Que el tercero que defienda al indiciado sea una persona de confianza, el cual puede ser un pariente o amigo, pero siempre y cuando sea un profesional del derecho, pues aún cuando no lo establece así la fracción IX del artículo 20 Constitucional, en ese sentido radica el espíritu de tal garantía.

2) Que el tercero que defienda al indiciado sea un defensor particular o de oficio nombrado por el Ministerio Público.

Por lo que respecta a los defensores particulares del indiciado, resulta lamentable observar como muchos pseudoabogados, lo único que buscan es obtener un provecho económico, en vez de defender (en el estricto sentido de la palabra) a su cliente, limitándose a "hacer como que hacen" y una vez que ya obtuvieron dinero o que el cliente deja de pagarles lo abandonan a su suerte, sin importarles las consecuencias que ello trae consigo, y sin ponerse a pensar que la libertad y tal vez la integridad física de los indiciados, no puede compararse con cuestiones meramente económicas. Por lo que en la mayoría de las ocasiones resulta aún más costoso

contratar un abogado particular, porque aparte de perder dinero el indiciado, no obtiene ningún resultado positivo en cuanto a su causa.

Pero lo que resulta aún más patético es la labor de los defensores de oficio, los cuales percibiendo un sueldo por parte del Estado, y por tanto, teniendo la obligación de avocarse a la defensa de aquellas personas que no cuentan con los recursos económicos para contratar un defensor particular, a lo único que se limitan en la fase indagatoria (y si es que a eso se le puede llamar defensa) es a aceptar y protestar su cargo, pero nunca se ponen a analizar la indagatoria, a comprobar si se están respetando las garantías del indiciado, y en caso de que así no sea, exigir su observancia por parte de la autoridad; a recabar los datos, informes, pruebas y todo aquello que sea necesario para probar la inocencia de aquel o en su caso disminuir los cargos; en fin, no tienen una función activa, sino más bien contemplativa y eso redundando en perjuicio de los intereses del indiciado y una violación a la garantía antes señalada. Cabe indicar que más adelante se retomará el estudio del defensor y se profundizará aún más sobre el mismo.

**B. ARTICULO 21 CONSTITUCIONAL QUE SE CONTRARIA CON EL  
ESPIRITU DEL 20 CONSTITUCIONAL Y QUE DEJA AL PRESUNTO  
EN ESTADO DE INDEFENSION.**

Como se ha venido diciendo reiteradamente, el artículo 21 Constitucional establece (entre lo más importante), tres cuestiones a destacar relacionadas con el punto a tratar:

a) La persecución de los delitos corresponde en forma exclusiva al Ministerio Público, estando auxiliado en dicha función de la Policía Judicial, quien estará bajo su mando.

b) La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial.

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

Todas estas cuestiones resultan contradictorias y contravienen lo dispuesto por el artículo 20 Constitucional, lo que se traduce en dejar en un estado de indefensión al indiciado. Las razones por la cuales hago tal aseveración son las siguientes:

1. El artículo 21 señala en su primera parte, que el Ministerio Público tiene facultades puramente investigadoras y por ende, durante la Averiguación Previa solo debiera efectuar todas aquellas investigaciones necesarias, a efecto de integrar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad. Sin embargo, el mismo precepto, más adelante, faculta al Ministerio Público a ejercer funciones jurisdiccionales, cuando hace alusión la ley a “las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal”. Es decir, al Ministerio Público se le atribuyen facultades que corresponden a la autoridad judicial, como lo es la de juzgar.

2. La consecuencia de lo anterior, provoca que una misma autoridad se constituya en juez y parte, lo cual propicia que la autoridad investigadora asuma más funciones que las que debiera tener. Porque como se ha venido haciendo hincapié reiteradamente a lo largo del presente trabajo, el Ministerio Público a lo único que tendría que avocarse durante la fase de averiguación previa sería a investigar, a obtener y desahogar pruebas, a practicar diligencias y todo aquello que sea necesario, a efecto de acreditar los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad, hecho lo cual, consignar todo lo que conste en la indagatoria, para que la autoridad judicial, previo el estudio que haga de la misma, sea quien determine si ejercita o no la acción penal, y así sea una autoridad distinta la que se encargue de evaluar de forma imparcial lo que conste en la averiguación previa, sin perjudicar con ello al indiciado.

3. Otra anomalía que se desprende del artículo 21 Constitucional y que se contraría con el artículo 20, y que provoca efectos negativos en cuanto al indiciado, es en lo relativo a que aquel precepto, en su párrafo cuarto, hace mención de que las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas jurisdiccionalmente. Con ésto, otra vez la ley habla acerca de facultades decisorias del Ministerio Público, lo cual es violatorio del propio artículo 21 Constitucional, por lo que se ha venido diciendo.

Sin embargo, la propia ley cae en una ambigüedad, ya que por un lado otorga facultades decisorias al Ministerio Público, y por el otro, señala que las propias resoluciones pronunciadas por el mismo sólo son impugnables por la autoridad judicial; entonces, debe entenderse que al indiciado durante la averiguación previa no le dan la oportunidad de que la propia autoridad revoque su resolución, sino que tiene que acudir ante otra instancia legal para inconformarse con la resolución emitida por aquella, lo cual propicia pérdida de tiempo e inseguridad jurídica para el indiciado.

Por lo dicho, es de concluirse que la ley debe ser clara al establecer las facultades que le corresponden a la autoridad investigadora, evitando con ello caer en las aberraciones que actualmente padece nuestra legislación, en el sentido de otorgar facultades de juzgamiento y decisión al Ministerio Público, siendo que como lo marca la propia Ley Fundamental, le corresponde únicamente a la autoridad judicial.

**C) NECESIDAD DE QUE HAYA MAS PARTICIPACION DE UN ABOGADO DEFENSOR, EN LA AVERIGUACION PREVIA. (PRAXIS CASI NULA).**

Retomando el estudio del defensor, (iniciado ya en el primer punto del presente capítulo), enfocado a la fase de averiguación previa, es preciso hacer notar que la garantía constitucional consignada en la fracción IX del artículo 20 Constitucional, es una mera garantía teórica, pues desgraciadamente en la práctica penal, tanto en la fase de averiguación previa, como en la procesal, la labor del abogado defensor deja mucho que desear, tanto del particular, como del nombrado de oficio, en virtud de que su labor es pasiva y contemplativa. La pregunta sería a que obedece ello. Y para contestar a dicha interrogante es preciso recordar que el indiciado desde el momento en que es detenido o se presenta voluntariamente ante el Ministerio Público, éste tiene entre una de tantas garantías que consagra la Constitución y el artículo 269 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el nombramiento de defensor, sea abogado o persona de confianza, y en caso de que no quisiera o no pudiera hacerlo, la autoridad tiene la obligación de nombrarle uno de oficio.

Ya adentrándonos a la problemática del defensor penal, en primer lugar haremos mención del abogado particular. Como sabemos, éstos ejercitan su función a cambio del cobro de determinados honorarios; sin embargo, por falta de ética profesional o de función social, aparte de ser negligentes en cuanto al patrocinio de sus

clientes, en cuanto no obtienen dinero de éstos, descuidan sus causas, olvidando que va de por medio la libertad, la integridad física y en ocasiones la vida de sus defendidos. Y si a ello le agregamos la falta de preparación de muchos abogados, resulta que más que beneficiar al indiciado, le causan un mal.

En el caso de los defensores de oficio, la situación se agrava, en virtud de que éstos también realizan su función cuando le dan los indiciados algunas gratificaciones, lo cual es ilegal, toda vez que una de las razones por las cuales se les nombra a los indiciados es porque carecen de los medios económicos para contratar los servicios de uno particular y porque, asimismo, el Estado les asigna un sueldo, con tal de que realicen cabalmente su función de defensa. También cabe criticar que muchos de los defensores de oficio son personas impreparadas y que por lo tanto no están en aptitud de defender óptimamente a los inculpados.

Ahora bien, las formas en que se traduce la inactividad del abogado-defensor en la Averiguación Previa son las siguientes:

- a) No solicitar la libertad bajo caución en favor del inculpado, cuando ésta proceda.

b) No cerciorarse si las declaraciones o confesión vertidas por el indiciado han sido obtenidas por la autoridad con la observancia de los requisitos legales, o si por el contrario, lo han sido por la fuerza, tortura, o sin la asistencia de él.

c) No recabar las informaciones, datos, solicitar comparecencia de testigos, ni aportar pruebas y todo aquello que sea necesario y solicite el indiciado para su defensa.

d) No verificar si la actuación de la autoridad investigadora y las resoluciones por ésta emitida son correctas y congruentes con lo averiguado y probado en la fase indagatoria.

e) No interponer los recursos y medios de impugnación previstos en la ley, cuando existan violaciones cometidas durante la Averiguación Previa, como ocurre cuando el Ministerio Público resuelve el ejercicio de la acción penal, sin haberse acreditado plenamente los elementos.

En síntesis, casi no existe la participación del defensor en la Averiguación Previa, porque tan luego como aquel acepta y protesta su cargo, el indiciado tiene muchas dificultades para volver a verlo y saber su situación; todo esto tiene como colofón que por la no asistencia adecuada del defensor, en muchas ocasiones se

consigna ante los tribunales a sujetos inocentes, cuyo único delito es confiar en su abogado defensor.

Ahora bien, ya se sabe cual es la problemática, ahora corresponde dar soluciones para que haya más participación por parte del abogado-defensor en la Averiguación Previa, para lo cual formulo las siguientes propuestas:

a) Que existan sanciones penales más graves para los abogados-defensores que no cumplan cabalmente con su cometido.- Actualmente en nuestro Código Penal para el Distrito Federal en sus artículos 232, fracciones II y III, así como el 233, hacen referencia a los delitos en que incurren los abogados defensores particulares y de oficio, los que a continuación transcribo:

“Artículo 232.- Además de las penas mencionadas (dos a seis años de prisión, de cien a trescientos días multa y suspensión e inhabilitación hasta por un término igual a la pena señalada anteriormente para ejercer la profesión) se podrá imponer de tres meses a tres años de prisión:

“II. Por abandonar la defensa de un cliente o negocio sin motivo justificado y causando daño, y

“III. Al defensor de un reo, sea particular o de oficio que solo se concrete a aceptar el cargo y a solicitar la libertad caucional que menciona la fracción I del artículo 20 de la Constitución, sin promover más pruebas ni dirigirlo en su defensa”.

“Artículo 233.- Los defensores de oficio que sin fundamento no promuevan las pruebas conducentes en defensa de los reos que los designen, serán destituidos de su empleo. Para éste efecto, los jueces comunicarán al jefe de defensores las faltas respectivas”.

Lo que más llama la atención de éstas disposiciones es en cuanto a las penas que se imponen a los defensores, toda vez que son mínimas e incongruentes con los daños que se causan a los indiciados o procesados y por lo mismo, no provocan ningún temor en aquellos, ni un freno a sus conductas.

Por lo cual soy de la idea, de que a los defensores que no cumplan con la función social de defensa que tienen asignada y que provoquen un estado de indefensión al indiciado, que se traduzca en actos de la autoridad que perjudiquen sus intereses, se les impongan las mismas sanciones que a éstos, porque de lo contrario resulta injusto que las personas que son asesoradas por otras versadas en la ciencia del derecho y encargadas de su defensa, por negligencia, mala fe o falta de experiencia por parte de éstos, se vean privados de su libertad y objeto de sanciones inmerecidas.

b) En el caso de la defensoría de oficio, se componga de miembros con los suficientes conocimientos para defender óptimamente a los indiciados.

c) Que se otorguen mayores estímulos económicos a los defensores de oficio, evitando con ello que éstos tengan que recurrir al indiciado para pedirle dinero.

d) Que el Ministerio Público, como órgano de defensa de los intereses sociales, vigile muy de cerca la labor del abogado defensor, y en el momento en que perciba alguna anomalía, de oficio ejercite acción penal en contra de dichos abogados.

En suma, la labor del defensor en la Averiguación Previa (al igual que en el proceso penal) debe de ser activa, recabando pruebas, asistiendo al indiciado a todos los actos que por disposición de la ley o por solicitud del indiciado debe de estar presente, vigilando que se cumplan con todas las formalidades legales e interponiendo los recursos y medios de impugnación que sean necesarios a efecto de demostrar la inocencia de aquel o en su caso, atenuar los cargos. Solo de ésa forma el defensor podrá tener derecho a recibir tal calificativo y lo que es más importante, se evitarán que se cometan muchas injusticias y que el indiciado quede desprotegido frente a la autoridad.

#### D. CONSIDERACIONES PERSONALES.

Después de haber ahondado en el estudio de las violaciones cometidas en la fase de Averiguación Previa, estimo prudente plantear algunas propuestas para evitar se sigan cometiendo, a saber:

a) Legalidad.- Referida a que tanto el Agente del Ministerio Público, así como la Policía Judicial y demás auxiliares de aquél, lleven a cabo sus actividades con estricto apego a la ley, sin que medien intereses económicos, políticos, etc.

b) Profesionalización del personal que interviene en la investigación del delito, en el sentido de que debe de estar debidamente preparado, teórica y prácticamente: por lo que es necesario implementar la carrera policiaca con cursos permanentes de capacitación de todo el personal que interviene durante la averiguación previa.

c) Contar con Agencias del Ministerio Público especializadas por materia, por grupos de delitos de mayor impacto social, como por ejemplo: de homicidio, de violación, secuestro, etc.

d) Modernización tecnológica.- lo cual significa que la investigación de los delitos y el combate a la delincuencia debe llevarse a cabo valiéndose de los medios más sofisticados y los adelantos científicos, puesto que día a día la delincuencia se moderniza y si se quiere obtener resultados satisfactorios en la lucha contra éste, debe proveerse de equipos, armas, en fin, de tecnología de vanguardia.

## CONCLUSIONES.

PRIMERA.- El Ministerio Público es el órgano perteneciente al Poder Ejecutivo, que en materia penal tiene asignadas dos funciones primordiales: la persecución e investigación de los delitos (Averiguación Previa) y el ejercicio de la acción penal.

SEGUNDA.- Dado el sistema de gobierno federal que tiene nuestro país, existe un Ministerio Público Local y otro Federal. Con respecto al primero, su ámbito de competencia, al igual que su regulación se encuentran circunscritas a una Entidad Federativa y sólo pueden perseguir delitos del orden común. En lo referente al segundo, su esfera competencial es en toda la República y se encarga de la persecución de los delitos de orden federal.

TERCERA.- La Averiguación Previa encuentra su base constitucional en el artículo 21. Sin embargo también se encuentra regulada en otras leyes secundarias, tales como el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, etc.

CUARTA.- La averiguación Previa es la etapa procedimental llevada a cabo por el Ministerio Público, con el auxilio de la Policía Judicial, que tiene por objeto

la realización de todas aquellas diligencias e investigaciones que sean necesarias a efecto de acreditar los elementos del tipo penal y la responsabilidad penal del indiciado, y estar en posibilidad de ejercitar la acción penal.

QUINTA.- El Ministerio Público, una vez integrada la Averiguación Previa puede emitir las siguientes resoluciones:

- Libertad con reservas de ley.- La cual se emite cuando de lo actuado en la Averiguación Previa, el Ministerio Público no ha podido acreditar los elementos del tipo penal o la probable responsabilidad del indiciado y por lo mismo, deja en libertad al indiciado, sin perjuicio de que si por investigaciones posteriores se llegaran a acreditar aquellos, el Ministerio Público solicite al juez gire orden de aprehensión o comparecencia, según corresponda.

- Archivo.- Esta resolución procede cuando de lo investigado y actuado en la Averiguación Previa el Ministerio Público determina que no existe delito que perseguir, que existe una causa de exclusión del delito, que se ha extinguido la acción penal, etc., lo cual tiene por efecto que aquel esté impedido para ejercitar la acción penal ante los tribunales, ya que se equipara tal resolución a la absolución del indiciado. La diferencia entre ésta resolución y la anterior estriba en que ésta ya no puede modificarse por investigaciones posteriores, sino que se cierra la indagatoria totalmente.

- Consignación.- Esta resolución procede cuando el Ministerio Público, de lo investigado durante la indagatoria, se desprende la acreditación de los elementos del tipo penal, así como de la presunta responsabilidad del indiciado, por lo cual ejercita la acción penal ante los tribunales.

SEXTA.- Considero que la facultad resolutoria de que inviste la ley al Ministerio Público es violatoria del artículo 21 Constitucional, en el cual se establece que a éste solamente le corresponde la persecución de los delitos, pero carece de facultades decisorias o resolutorias, las cuales le competen a la autoridad judicial, por lo cual estimo que lo conducente sería que el Ministerio Público, una vez que tuviera integrada la Averiguación Previa, remitiera todas las actuaciones al juez, a efecto de que éste determinara la resolución pertinente.

SEPTIMA.- Por lo que se refiere al plazo para integrar la Averiguación Previa, cuando existe detenido la ley establece que será en un máximo de cuarenta y ocho horas, el cual podrá duplicarse cuando se trate de delincuencia organizada. Pero cuando no existe detenido la ley es omisa, por lo cual se infiere que será todo el que sea necesario a efecto de llegar a la verdad sobre los hechos.

OCTAVA.- La acción penal corresponde única y exclusivamente al Ministerio Público y consiste en la facultad de incitar la intervención de la autoridad

judicial a efecto de iniciar un proceso penal, para hacer factible la aplicación de la pena al procesado.

NOVENA.- Dentro de la Averiguación Previa se cometen constantemente diversas violaciones a las garantías individuales. Una de las que se dá con mayor frecuencia es la prevista en el artículo 20, fracción IX, en lo respectivo al nombramiento de defensor. dado que, tanto los particulares y en especial los de oficio únicamente se limitan a aceptar y protestar su cargo, pero no realizan una defensa en el estricto sentido de la palabra. por lo que su participación. en muchos de los casos resulta nula y contraria al espíritu del mandato constitucional, siendo causa de que mucha gente inocente se encuentre purgando condenas.

DECIMA.- Para evitar que se sigan cometiendo más violaciones constitucionales en la fase de Averiguación Previa es menester que exista una preparación adecuada de los defensores de oficio, mayores sanciones a los que no cumplan con su función, mayor vigilancia al desempeño de éstos y ante todo una mayor concientización y ética profesional por parte de los defensores.

## BIBLIOGRAFIA.

- 1.- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, "Legítima Defensa y Proceso". Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo II. México, 1984.
- 2.- Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. "Derecho Procesal Mexicano". Tomo I. 2ª ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1985.
- 3.- Arilla Bas, Fernando. "El Procedimiento Penal en México". Editores Mexicanos Unidos, México, 5a ed., 1993.
- 4.- Barrita López, Fernando, A. "Averiguación Previa". 2ª ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1993.
- 5.- Briseño Sierra, Humberto. "Derecho Procesal". Tomo IV, Edit. Cardenas, Mexico, 1969.
- 6.- Castro Juventino, V. "El Ministerio Público en México". 2ª. ed., Edit., Porrúa, S.A. México, 1995.
- 7.- Colín Sánchez, Guillermo. "Derecho de Procedimientos Penales". Edit. Porrúa, S.A., México, 15ª ed., 1995.
- 8.- Díaz de León, Marco Antonio, "Teoría de la Acción Penal", Ediciones Carrillo Hnos., 1974.
- 9.- Diccionario Jurídico Mexicano, 7ª ed., Edit. Porrúa S.A. México, 1994.

- 10.- García Ramírez, Sergio, "El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano", 1ª. ed., Edit. Porrúa, S.A. México, 1995.
- 11.- González Bustamante, Juan José, "Principios de Derecho Procesal Penal", Edit. Porrúa, S.A., México, 8ª ed., 1985.
- 12.- Hernández López Aarón. "El Proceso Penal Federal", comentado, jurisprudencia aplicable y doctrina, 3ª. ed., Edit. Porrúa, S.A. México. 1994.
- 13.- Herrera y Lasso, Eduardo. "Garantías Constitucionales en Derecho Penal", Instituto de Ciencias Penales, México, 1990.
- 14.- Islas, Olga y Ramírez, Elpidio. "El Sistema Penal en la Constitución", Edit. Porrúa, S.A., México 1989.
- 15.- Madrazo, Carlos, A. "La Reforma Penal", 2ª. ed., Edit. Porrúa, S. A., México, 1989.
- 16.- Martínez Pineda, Angel. "Estructura y Valoración de la Acción Penal", 1ª ed., Edit. Azteca, S.A. México, 1978.
- 17.- Osorio y Nieto, César Augusto. "La Averiguación Previa", 7ª de., Edit. Porrúa, S.A. México, 1994.
- 18.- Pina Vara, Rafael, "Diccionario De Derecho", 21ª. ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1995.

- 19.- Rivera Silva, Manuel, "El Procedimiento Penal", 2ª. ed., Edit. Porrúa, S.A., México, 1991.
- 20.- Silva Silva, Jorge Alberto. "Derecho Procesal Penal", Edit. Harla, México, 3ª. ed., 1990.
- 21.- Vázquez Sánchez, Rogelio. "La Dualidad del Ministerio Público en Materia Penal". Edit. Porrúa, S.A. México, 1951.

## **LEGISLACION.**

**CODIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

**CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.**

**CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.**

**LEY ORGANICA DE LA PROCURADURIA GENERAL DE JUSTICIA DEL D.F.**

**LEY ORGANICA DE LA PROCURADURIA GENERAL DE LA REPUBLICA.**

**LEY ORGANICA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACION.**