



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN

“LA DEFENSA DEL ARRAIGADO EN LA INSTANCIA
JUDICIAL”

(solicitud de levantamiento a petición del arraigado)

T E S I S

PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

JOSÉ ANTONIO ESQUIVEL
OLIVIER.

ASESOR: MTRA. MARÍA GRACIELA LEÓN LÓPEZ.

2008





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.

AGRADECIMIENTOS

Ante todo le doy las gracias a **DIOS**, por darme la fuerza de salir adelante, por darme salud, amor y todas las bendiciones que día a día me brinda, por todos los momentos de dicha y felicidad, por aquellos en que me enseñaste que debo ser más humilde y justo para con mis semejantes.

A la **UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**, a ella que me dio la formación y los conocimientos que me permiten llegar a la culminación de mi carrera con este sencillo trabajo, por ello el mérito es sólo a nuestra casa de estudio, a la que también considero mi hogar.

A mis padres, con todo mi amor y cariño, Juan Esquivel Contreras y María Blanca Rosa Olivier Quiroz, quienes no sólo me dieron la vida, sino a demás trabajaron sin importarles el cansancio y sufrimiento, para darme educación, vestido y alimentos para llegar hasta éste momento, tengo tantas cosas que agradecerles que esta obra no es suficiente, pero les doy mi agradecimiento eterno, esperando poder retribuir todo ello.

A ti papa, que siempre me aconsejas y predicas con el ejemplo, te doy las gracias por tu esfuerzo para salir adelante para con tu familia, eres un hombre lleno de virtudes, aprendí de ti lo mejor, tu perseverancia,

honradez, tu respeto y tu valor; eres el mejor consejero y amigo que tengo; te amo "Jhon".

A ti mama, quiero agradecerte que estés en mi vida, que seas mi mama y mi amiga es el más preciado tesoro, por que has estado desde el primer minuto de mi vida a mi lado y hasta el día de hoy, siempre al pie del cañón, del esfuerzo que haces en el hogar y con tu familia es de gran admiración; por todo muchas gracias madre te amo.

Éste trabajo al igual que mis logros, pensamientos y sueños se los dedico a la mujer de mi vida, mi esposa, Sandra Elizabeth Benítez Hernández, cuyo apoyo incondicional día a día es suficiente razón, para dar todo de mí y volver a casa por las noches con éxitos.

A mis hijos Juan Antonio y Rubén Eduardo; a quienes llevo en mi corazón todos los días de mi vida, les dedico éste trabajo como muestra de mi compromiso de esforzarme siempre para darles el mejor ejemplo y rogar a DIOS ponga en mí las palabras correctas, que les ayuden a ser mejores en la vida, los amo, son mi razón de ser.

A mis queridos hermanos; Ricardo y Adriana, hermanos de sangre y de vida, gracias por sufrir mis tristezas y festejar mis alegrías, por ser tan pacientes, quiero que sepan que ocupan un lugar muy especial en mi corazón, porque han sabido ser unos verdaderos hermanos y amigos, tu "richy" que a pesar de ser el menor eres muy maduro, y tu "petu", tienes un corazón y sentimientos que cualquiera quisiera ser tu hermano.

A mis padrinos:

Julián Muñoz y María Enriqueta Esquivel.

A mis tíos y tías:

Consuelo Esquivel y Tolentino Cayetano, Rosa Esquivel y Adán Mauricio, Alejo Esquivel y Rubén Esquivel, Ofelia Gómez.

A mis primos:

Gerardo Cayetano, Mauricio Cayetano, Benjamín Cayetano, Juan Carlos Mauricio, Hilario Guzman, Emilio Esquivel, Fernando Esquivel, Eulalio Esquivel, Josefina Esquivel y Dolores Esquivel.

Por la confianza, apoyo y cariño que me han brindado, les dedico este trabajo.

Al Señor Juez José Reynoso Castillo, gracias por permitirme trabajar a su lado, por enseñarme todo lo que sé como profesionista, por brindarme una verdadera amistad, gracias por enseñarme que el ejercicio de la profesión es todo un reto constante de superación, humildad y honestidad. En mis primeros pasos como profesionista y hoy, se que puedo contar con usted para orientarme y resolver todas mis dudas. Gracias por todo Señor Juez.

A mis amigos Pablo Guillen González e Israel Pava Pérez, gracias por brindarme su amistad que crece cada día más, les agradezco por los consejos que día con día me hacen

ser mejor y les doy las gracias por considerarme uno de sus amigos.

A la Maestra María Graciela León López, le agradezco por llevar de la mano éste trabajo y apoyarme en todo momento, por toda la ayuda y consejos que me brindó en la elaboración y culminación de éste trabajo.

Al señor Jorge Ayala, Jorge Ayala Gutiérrez, su esposa Reyna, sus hijos Jesús y Lili, les agradezco por abrir las puertas de su hogar y por la amistad que me han brindado, gracias por el apoyo incondicional para con mi familia y por darme la oportunidad de conocerlos.

A mis amigos de la Universidad; Israel, Isaías, Arón, Luis Alberto, Luis Jesús, Jacobo. Gracias por compartir momentos tan buenos desde la universidad hasta el día de hoy, tengo una deuda con ustedes, hoy la vida nos ha llevado por distintos caminos pero la amistad se ha encargado de unirnos a pesar de la distancia, gracias por todo amigos.

**LA DEFENSA DEL ARRAIGADO ANTE LA INSTANCIA JUDICIAL.
(solicitud de levantamiento a petición del arraigado)**

Páginas

INDICE

INTRODUCCIÓN.....4

CAPITULO 1

ANTECEDENTES DEL ARRAIGO.

1.1. Roma.....8

1.2. España.....12

1.3. México.....15

1.3.1. Reforma legislativa 1983.....18

1.3.2. Reforma legislativa 1999.....22

CAPITULO 2

LA FIGURA JURÍDICA DEL ARRAIGO EN AVERIGUACIÓN PREVIA.

2.1. Concepto de arraigo.....28

2.2. El arraigo penal federal.....32

2.2.1. Artículo 2º, del Código Federal de Procedimientos Penales.....	32
2.2.2. Artículo 133, bis del Código Federal de Procedimientos Penales.....	34
2.2.3. Artículo 205, del Código Federal de Procedimientos Penales.....	36
2.2.4. Artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.....	37
2.3. La averiguación previa, concepto y generalidades.....	39
2.4. Requisitos de procedibilidad.....	46
2.4.1. Denuncia.....	50
2.4.2. Querrela.....	54
2.4.3. Excitativa y la autorización.....	62
2.4.4. Declaratoria de perjuicio y declaratoria de procedencia.....	65
2.5. Flagrancia.....	67
2.6. Caso urgente.....	71
2.7. El cuerpo del delito y la probable responsabilidad.....	74
2.8. Ejercicio de la acción penal.....	82
2.9. Las partes en la averiguación previa.....	87
2.9.1. Ministerio Público.....	87
2.9.2. Indiciado o Inculpado.....	93
2.9.3. Defensor.....	101

2.10. El arraigado en la averiguación previa.....	109
2.11. Concepto de proceso.....	113

CAPITULO 3

LA DEFENSA DEL ARRAIGADO ANTE LA INSTANCIA JUDICIAL. (solicitud de levantamiento a petición del arraigado)

3.1. Garantía de defensa del arraigado, prevista en el artículo 20 apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.....	117
3.2. Solicitud del levantamiento de arraigo, previsto en el artículo 133 bis, último párrafo, del Código Federa de Procedimientos Penales.....	135
3.3. Correcta aplicación e interpretación del articulo 133 bis, último párrafo, del Código Federal de Procedimientos Penales.....	139
PROPUESTA.....	145
CONCLUSIONES.....	147
BLIBLIOGRAFÍA	

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo de investigación encuentra su justificación en vislumbrar la deficiencia legal que existe en la redacción del Código Federal de Procedimientos Penales, en lo concerniente a lo que establece el artículo 133 bis, en su último párrafo; específicamente en cuanto hace a la actuación jurídica del defensor en la asistencia que debe de brindar en estricto sentido al arraigado, ya que se vulnera la garantía de defensa de éste último, al no ser permisiva la ley en facultar al arraigado designar defensor quien le asista jurídicamente cuando se solicita el levantamiento de la medida precautoria a la que se encuentra sujeto, derivada a la integración de una averiguación previa, obsequiada por una autoridad judicial.

Me parece preciso establecer un punto importante antes de seguir avanzando, el cual consiste en establecer que en este trabajo no es mi interés mencionar ó estudiar si es constitucional ó inconstitucional, legal ó ilegal la medida de aseguramiento denominada arraigo, sino que trataré, única y exclusivamente sobre la garantía de defensa a la que tiene derecho el arraigado o cualquier indiciado; desde la primera etapa del procedimiento penal, esto es en la averiguación previa.

El presente trabajo de investigación, encuentra sustento, en la ausencia del defensor en la diligencia a que tiene derecho el arraigado, para solicitar se levante la medida precautoria en la que se encuentra privado de su libertad, garantía que se encuentra prevista en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, específicamente en el artículo 20, apartado A, fracciones IX y X, garantía que es vulnerada en dicha audiencia.

Considero, que la importancia de este trabajo estriba en que por primera vez en nuestra legislación procedimental penal, se reconozca en esa audiencia, la presencia de defensor, figura jurídica tan indispensable en ésta, o en cualquier etapa del procedimiento penal; la relevancia que tiene ésta intervención, es que con sus conocimientos y vigilancia durante el término a que se encuentra sujeto el arraigado a dicha medida precautoria, se le respeten las garantías y derechos que tiene como indiciado por la probable comisión de un delito. La defensa a través de la historia ha tenido gran importancia en el procedimiento penal, y más aún en el inicio de éste, esto es, desde la averiguación previa, las reformas que ha sufrido la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en especial las del artículo 20 en relación a la intervención del defensor en el procedimiento penal, en la etapa de averiguación previa, es de gran interés ya que es la base por la cual ha de seguirse el proceso; como se observará en el capítulo correspondiente del arraigado en la averiguación previa.

Por tanto, considero que es fundamental la presencia del defensor en el procedimiento penal, ya que su intervención garantiza en todo momento que no se quebranten los derechos del indiciado en el arraigo, es por ello, que desde que es puesto a disposición del Ministerio Público un individuo a quien se le considera como probable responsable en la comisión de un hecho considerado como delito por la ley o en el caso del arraigo que existan indicios que motiven la existencia de la medida precautoria aludida en líneas precedentes, deberá contar con un defensor, el cual haciendo uso de sus conocimientos jurídicos en la materia, vigilará que le sean respetadas sus garantías establecidas en nuestra Carta Magna, por lo que es necesario que la persona que ejerza la función de defensor cuente con título en derecho y que además lo lleve a cabo con profesionalismo, honradez, ética, no por una persona denominada de confianza que carezca de la técnica y conocimientos jurídicos requeridos para la tarea de la defensa encomendada.

Ahora bien, la función del juez es de gran importancia, en el caso que nos ocupa, toda vez que al librar la orden de arraigo solicitada por el Ministerio Público y, en su momento ordenar el levantamiento de dicha medida precautoria a petición de parte (del arraigado, Agente del Ministerio Público y bajo la presente propuesta del defensor que asista jurídicamente al primero de los nombrados), el órgano Jurisdiccional, determinará si se mantiene o no la medida de aseguramiento, esto una vez que ha escuchado al Ministerio Público y al afectado, sin embargo como me avocare, dicho numeral en estudio deja de lado al defensor, lo cual es violatorio de garantías, como me referiré en el capítulo correspondiente, he ahí el punto medular de mi investigación a tratar. Por lo que nuestra legislación debe de respetar la garantía de la defensa del arraigado.

CAPITULO 1

ANTECEDENTES DEL ARRAIGO.

1.1. Roma, 1.2.España, 1.3. México, 1.3.1. Reforma legislativa 1983, 1.3.2. Reforma legislativa 1999.

CAPITULO 1

ANTECEDENTES DEL ARRAIGO.

1.1. ROMA

Como en todo sistema jurídico, existen los procedimientos en Roma no es la excepción. Se conocieron tres procedimientos, cada uno de ellos en diferentes periodos histórico-políticos en distintas fases de evolución del derecho privado.

El primero llamado “procedimiento de Acciones de la Ley *-legis actiones-*, probablemente se inició durante la monarquía, pero no quedó consagrado definitivamente, sino hasta la República, por la Ley de las XII Tablas. Según el autor Italiano Arangio Ruiz; nos dice que “éste procedimiento consistía en declaraciones solemnes que, acompañada de gestos rituales, por regla general los participantes tenían que pronunciar frente al Magistrado, para pedir se les reconociera un derecho que se les discute, o bien para solicitar que se les ejecutara uno previamente reconocido. Luego entonces, tenemos cinco acciones, de las cuales no enfocaremos al estudio solamente de una de estas, ya que es el antecedente más remoto que encontramos del arraigo en la época Romana, en este procedimiento la cual es:”¹

La acción de la Ley de Apreensión Corporal (*manus iniectio*), el cual tenía las características de la defensa privada, al respecto nuestros autores Martha Morineau Iduarte y Román Iglesias González, nos explican en que

¹ MORINEAU IDUARTE, Martha, et al., Derecho Romano, Harla, S.A. de C.V., México, 1987. p. 57.

consistía dicho procedimiento: “el acreedor prende a su deudor, si éste no satisface su obligación en un cierto plazo, el acreedor podía venderlo como esclavo en el extranjero (*trans Tiberim*), o matarlo, lo cual constituye una especie de venganza”. Cuando la justicia privada constituía el único medio de que disponía el acreedor, era suficiente la existencia de una deuda cualquiera para aplicar la *manus iniectio*; su acción no estaba sujeta más que al control de la opinión pública. Cuando el Estado asume la administración de justicia, se conserva la *manus iniectio*, aun que ya no como lo era en la justicia privada, ahora existen garantías en el proceso que el Estado impone:

“Primera: El acreedor debía llevar al deudor moroso ante el Magistrado, recitar una fórmula determinada, poniendo su mano sobre él –*manus iniectio*–, dar a conocer el título sobre el cual se apoya su pretensión y la cuantía de su crédito. Después repetía el gesto de aprehender al deudor por el cuello. Si las palabras y gestos del actor se ajustaban al texto prescrito por los pontífices, el Magistrado autorizaba al acreedor a llevarse al deudor, que era conducido a la cárcel privada del acreedor, quien lo retenía ahí durante sesenta días. En este lapso debía exhibirlo por tres veces en el mercado para ver si alguien se compadecía y lo liberaba pagando por él, si esto no sucedía podía venderlo o matarlo.

“Segunda: La Ley de las XII Tablas, fijó los plazos que debía mediar entre la aprehensión corporal y la ejecución de la venganza, para que el deudor pudiera pagar.

“Tercera: La Ley solo permitía la *manus iniectio*, cuando una deuda había sido reconocida judicialmente en un proceso, o cuando el deudor la reconocía. A partir del pronunciamiento de la sentencia, el deudor tenía treinta días de gracia antes de que fuera aprehendido.

“Cuarta: Cualquier tercero -*videx*- o el propio deudor podían oponerse a la *manus iniectio*, si no estuviera justificada, cuando las reglas del procedimiento no se siguieran, en cuyo caso el Magistrado suspendería el proceso y nombraba a un juez que debía establecer si existía o no el título invocado. Si el *videx* perdía el proceso, la *manus iniectio* se dirigía en su contra por el doble del valor.”²

Podemos ver de las líneas que anteceden, que el primer tipo de procedimiento, el llamado Acciones de la Ley, era hecho valer por una venganza privada, ya que permitía que el acreedor hiciera justicia por sus propios medios, aprehendiendo al deudor.

Luego entonces, el Estado asume la administración de justicia por lo que regula la *manus iniecto*, en la cual ya el deudor tenía ciertas garantías, por ejemplo ya no era tan fácil encarcelar al deudor, sino que ahora el acreedor tenía que llevarlo ante el magistrado para exhibir el título de la deuda, o que la deuda le hubiere sido reconocida mediante un proceso judicial, también le concedía treinta días al deudor, para que pudiera pagar dicha deuda a partir de que la sentencia fuera dictada, después de estos requisitos que se establecieron, en caso de que no se cumplieran entonces ya el acreedor se lo llevaba a su cárcel privada, no sin antes recitar una formula sacramental ante el magistrado, si este rito sacramental se ajustaba al texto escrito por los pontífices, entonces le autorizaban llevárselo a su casa por el termino de treinta días, en este plazo el acreedor tenía la obligación de exhibirlo por tres veces en el mercado, con la finalidad de que alguien se compadeciera de él y pagara el adeudo para liberarlo; en caso de que el acreedor hubiese seguido el procedimiento, y aún así no tuviera éxito entonces ya podía venderlo o matarlo.

Como podemos observar, en el derecho Romano la *manus iniectio* cumple con todos lo requisitos de una medida precautoria, ya que existe la

² Íbidem., pp. 59 y 60.

retención preventiva por un término de treinta días, el lugar en donde se lleva a cabo, la retención en cárcel privada, las autoridades que conocían de dicha medida precautoria, solamente que se conoce con otro nombre, no propiamente como arraigo.

En párrafos anteriores hablamos de los distintos procedimientos en el derecho romano: otro antecedente que encontramos en nuestro tema de investigación, es en el procedimiento formulario, “donde algunas clases de fianza, que el pretor obligaba a celebrar ante él, por medio de las cuales se aseguraban las partes determinados resultados del juicio. La *cautio iudicatum solvi*, que debía prestar el demandado, que era propia de los procesos reivindicatorios, de manera que aseguraba las resultas del juicio y cumpliera la sentencia. La *cautio de rato*, en el caso de que el demandante actuase con procurador. La *satisfatio pro paredes litis et vindiciarium*, para asegurar la devolución de las cosas litigiosas y sus frutos, si el demandado perdía el pleito.”³

³ ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Tomo I-A, Argentina, Driskill S.A., Argentina Buenos Aires, 1986, p. 779.

1.2. ESPAÑA

En el derecho español se consignó especialmente la exigencia del arraigo, solamente al demandado. La trayectoria de nuestros cuerpos legales antiguos siguió el camino trazado por la legislación romana. Así puede comprobarse en la lectura de la Ley 2, título 3º, libro 2º del Fuero Real; la Ley 41, título II, Partida 3ª y la 5ª, título XI, libro 10 de la Novísima, pues el arraigo del juicio es exigencia que al actor cumple hacer para que el demandado –*que non es raigado en la tierra*- preste fianza de estar en el derecho.

Posteriormente en la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 1855 en su artículo 238, se estableció la norma en el ordenamiento procesal español, fijando el alcance del arraigo al demandante extranjero, según el principio de reciprocidad; igualmente en el artículo 234, establece el derecho del demandado para exigir al actor extranjero, que no posea bienes en España, la caución del arraigo para garantizar el pago de las costas, en caso de que sea condenado. Tanto en el orden del procesos civil, como en el penal, se rige el principio de reciprocidad, en el derecho positivo español, es decir, que se ha de tener en cuenta, para la aplicación de la norma, como los españoles son tratados en iguales circunstancias en el país en que pertenece el actor (Ley de Enjuiciamiento Criminal artículo 281), la fianza exigida al demandado desapareció en el derecho español contemporáneo.

Luego así, el Código Musoliniano de 1930, en su artículo 247, regulaba “el arraigo, únicamente para delincuentes con características especiales, dándoles la oportunidad de que no se quedaran en prisión, sino, que podían estar en su propio domicilio. Asimismo, este artículo daba la posibilidad de que la mujer en cinta, o la persona que se encuentre en condiciones de salud grave,

o bien por razones de "hecho" o "morales o sociales", no es necesario que quede en prisión, sino en su propia habitación.”⁴

Es importante apuntar que en el “Derecho Civil Español, el arraigo de personal tuvo mucha aplicación, en los juicios por deudas civiles, pues era contemplada como una excepción dilatoria a favor de los Españoles nativos, cuando eran demandados por un extranjero que no tenía un domicilio fijo en España, debía otorgar caución de arraigo en la forma y términos que la legislación de su país les exigiera a los Españoles, a efecto de que si en el juicio eran condenados al pago de gastos, costas y perjuicios, no se burlaran de la justicia abandonando el país sin dejar representante expensado, o garantía para responder por dichos conceptos, esta medida precautoria estaba regulada como ya la hemos precisado en párrafos anteriores, en al Ley de Enjuiciamiento Civil Español en su artículo 534 que a la letra decía: "si el demandante fuera extranjero, será también excepción dilatoria la del arraigo en el juicio, en los casos y en las formas en que a la Nación a que pertenezca se exigiere a los españoles.”⁵

Esta regulación en materia civil, actualmente tiene muy escasa aplicación, porque la mayor partes de los Estados Europeos, tiene suscrito el Convenio de la Haya, sobre el procedimiento civil, de 17 de julio de 1905, ratificado por España el 24 de abril de 1909, el cual tuvo vigencia a partir del 17 de enero de 1923, y que en su artículo 17 al 19, suprime la exigencia de la *Cautio Judicatum Solvi* entre los súbditos de los contratantes, por algunos otros Estados, aunque no firmantes del convenio anteriormente comentado, exime de la caución, por lo tanto, a no imponer esta a título de reciprocidad y por que además de que sólo exigía el arraigo en los juicios en los casos y en la forma que en la Nación a que pertenezca el extranjero se exigía a los españoles.

⁴ SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. 2ª edición. Editorial Harla, S.A. de C.V., México 1995. p. 528.

⁵ Ídem.

Por lo que el arraigo en estas formas históricas de fianza o cauciones procesales, puede ser considerado como una medida precautoria ó como excepción o defensa dilatoria, tiene en el ámbito procesal, los efectos generales de una garantía de los resultados del proceso en cuanto a la responsabilidad de las partes que prestan la fianza; era una medida que tenía por objeto ser precautoria e interna; es precautoria para los intereses de la parte demandada, en el caso común, es interna, hasta en tanto se resuelva la condición que importa y en cuanto a la prosecución del delito.

1.3. MÉXICO

El arraigo penal tiene su antecedente mas antiguo en nuestro país, en el año de 1977, por acuerdos del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, en los cuales se libraba el arraigo en dos modalidades, una administrativo y el otro judicial, el primero concedido por el Ministerio Público, el segundo a petición de la Representación Social ante el Tribunal, el administrativo se concedía, en el caso de delitos menores cometidos por imprudencia, siempre y cuando el delito se hubiese cometido bajo ciertas circunstancias y el indiciado reuniera ciertos requisitos; el de tipo judicial, decretado por el juez para restringir la libertad personal, por existir evidencias de que se sustraerá de la acción de la justicia; para mejor ilustración daremos una breve explicación de cada uno de los arraigos antes mencionados.

Arraigo administrativo, como ya se dijo en el párrafo anterior esta modalidad, establecía que en los casos de delitos por imprudencia, con penalidad inferior a cinco años, los presuntos responsables podían quedar arraigados en sus domicilios (conocido este comúnmente como arraigo domiciliario). Concomitante al arraigo, se concedió también esta libertad provisional, al hecho de que el potencial beneficiario señalara domicilio en el Distrito Federal, no existiera temor de que se fugara, merced a la promesa de presentarse cuando se le citara, pagara o garantizara, mediante convenio que repararía el daño civil.

Arraigo judicial, como ya lo mencionamos es dictada por el juez, como vemos ya no es una medida precautoria librada solamente por el Ministerio Público, sino que aquí ya interviene la autoridad Judicial, es aquí donde el representante de la sociedad solicita esta medida por que existe el temor fundado de que el inculpado pueda fugarse.

En 1978, se sumó otro acuerdo, que estableció que el responsable del centro de trabajo del arraigado, debe expresar su conformidad, para dar facilidades a éste a fin de que cumpla con sus obligaciones.

“El Código Civil de 1981, en el artículo 271, inicia igualmente con acuerdos, pero se establecen causas de revocación y un plazo no mayor de tres días en la duración del arraigo.”⁶

En materia civil, el Código Distrital de 1872, regulaba las providencias precautorias de una manera que ha venido reiterada en las subsecuentes leyes.

Las providencias precautorias podían dictarse cuando hubiere temor de que se ausentare u ocultare la persona contra quien debía establecerse o se hubiera entablado una demanda o cuando se hubiese determinado que se ocultasen o dilapidaren los bienes en que debería ejercerse una pretensión real, siendo que si el deudor no tuviere otros bienes, procedería la providencia, aunque la pretensión fuere personal. Dichas disposiciones comprendían no solo al deudor sino a los tutores, albaceas, socios ó administradores de bienes ajenos, así como al hijo de familia que abandonaba la casa del ascendiente que ejercía la patria potestad, al menor que abandonaba la del tutor y a la mujer casada que abandonaba al marido. Estas providencias debían pedirse por escrito o verbalmente, según fuese la naturaleza del juicio que se seguía; en el segundo caso se levantaría una acta en el que constase la solicitud así como la resolución; las providencias consistían en el arraigo de la persona, es decir, del demandado y el embargo o intervención de bienes.

“Si el arraigo se pedía al momento de entablar la demanda, bastaría la petición del actor para que se hiciera al demandado la correspondiente notificación. En tal caso, la providencia se reduciría a prevenir al demandado

⁶ Íbidem. p. 529.

que no se ausentare del lugar sin dejar representante legítimo.”⁷ Si la petición se presentaba antes de entablar la demanda, el actor debía de dar una fianza a satisfacción del juez de responder de los daños y perjuicios que se siguieren en caso de no presentar la demanda.

Posteriormente, el arraigado que no daba cumplimiento o que no compareciere por sí ó por apoderado, además de la pena que merecía por su inobediencia sería considerado como rebelde y el juicio se seguía en su consecuencia, la persona contra quien se dictaba una providencia, podía reclamarla a los tres días siguientes.

Luego entonces, no es hasta el año de 1984 en el artículo 326 del código anteriormente citado, en donde se regulan ya de manera determinada estas medidas precautorias, mismas que podía dictarse en los siguientes supuestos: a) cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda; b) cuando se tema que se oculten o dilapiden los bienes en que debe ejercerse una pretensión real; c) cuando la pretensión sea personal, siempre que el deudor no tuviere otros bienes que aquellos en que se ha de practicar la diligencia que se tema que los oculte o los enajene.

⁷ BRISEÑO SIERRA, Humberto, el Juicio Ordinario Civil, segunda edición, Trillas, México, 1999, p. 113.

1.3.1. REFORMA LEGISLATIVA 1983.

En efecto, como lo hemos visto en los puntos anteriores, el arraigo no se encontraba previsto en el Código Federal de Procedimientos Penales, es hasta el 27 de diciembre del año 1983, en que se introduce como una innovación de las medidas precautorias, así como la libertad caucional durante la averiguación previa, tratándose de delitos culposos por tránsito de vehículos.

El arraigo como tal “aparece en el año de 1983 en el Código Federal de Procedimientos Penales, con la necesidad de que el Ministerio Público, así como el juez tengan más elementos, ya sea para investigar o juzgar según sea el caso, además de que se ampliaron las facultades de la representación social.”⁸ Específicamente en materia penal se emitió en este año, y se adicionaron los artículos 133 y 205 en el código citado, con esto, la figura del arraigo, es donde se concibió como una medida precautoria decretada con el objeto de tener la disponibilidad del indiciado, a fin de que no se ocultara o ausentara del lugar en que se estuviera integrando la indagatoria ministerial o el proceso penal y lograr el éxito, en su caso del ejercicio de la acción penal.

En cuanto al periodo de investigación, “la reforma faculta al Ministerio Público para decretar la libertad caucional en los supuestos de los delitos imprudenciales, además para solicitar al juez, que decrete el arraigo del inculcado, el cual debe ordenarse sin necesidad de la caución, en los supuestos de delitos que merezcan pena alternativa o privativa de libertad.”⁹

El proceso legislativo que dio origen a la reforma mencionada, en la exposición de motivos, señala entre otras cosas:...”providencias cautelares;...como es frecuente que en el curso de una averiguación previa

⁸ Idem.

⁹ Diccionario Jurídico Mexicano, Porrúa, México 1999, p. 220.

aparezcan situaciones que hagan necesario adoptar medidas cautelares, de carácter personal o patrimonial, se propone a través del artículo 133 bis, que el Ministerio Público, durante la averiguación previa, ante del ejercicio de la acción penal pueda requerir a la autoridad judicial fundada y motivadamente que se disponga el arraigo del indiciado por el tiempo estrictamente indispensable para la integración de la averiguación previa.”¹⁰

Con esta reforma, se propone que en las medidas cautelares entre las que se encuentra el arraigo, antes de la consignación, el Agente del Ministerio Público, requiera al juez el arraigo del inculcado por un cierto tiempo para fundamentar, motivar aún mejor la averiguación previa para luego ejercitar la acción penal, mismo que se limitó a treinta días, prorrogables por igual termino a petición del Ministerio Público.

Los artículos del Código adjetivo de la materia en cita, en esta reforma de la figura del arraigo, fueron el 133 bis y el 205, mismos que a la letra dicen:

“ARTÍCULO 133 bis. Cuando con motivo de una averiguación previa el Ministerio Público estime necesario el arraigo del indiciado, tomando en cuenta las característica del hecho imputado y las circunstancias personales de aquél, recurrirá al órgano jurisdiccional, fundando y motivando su petición, para que éste, oyendo al indiciado, resuelva el arraigo con vigilancia en la autoridad, que ejercerán el Ministerio Público y sus auxiliares. El arraigo se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación previa de que se trata, no pudiendo exceder de 30 días prorrogables por igual termino a petición del Ministerio público. El juez resolverá escuchando al ministerio Público y al arraigado, sobre la subsistencia o el levantamiento del arraigo.”¹¹

“ARTÍCULO 205. Cuando por la naturaleza del delito de la pena aplicable al imputado no deba ser internado en

¹⁰ Diario de los Debates, del Senado, noviembre 15 de 1983. p. 2.

¹¹ Ídem.

prisión preventiva y existan elementos para suponer que pueda sustraerse de la acción de la justicia, el Ministerio Público podrá solicitar al juez, fundada y motivadamente, o éste disponer de oficio, con audiencia del imputado, el arraigo de éste con las características y por el tiempo que el juzgador señale, sin que en ningún caso pueda exceder del máximo señalado en el artículo 133 bis o bien tratándose de la averiguación previa o bien en el proceso por el término constitucional en que éste deba resolverse.”¹²

De dichas transcripciones se obtiene que, en materia penal federal, el artículo 133 bis, en términos genéricos, establece que durante la integración de la averiguación previa, de acuerdo con las características del hecho imputado y las circunstancias personales del inculpado, el Ministerio Público podrá en cualquier momento solicitar al juez se libere esta medida, escuchando al indiciado, ordenaría el arraigo que ejercerá el Ministerio Público y sus auxiliares.

El cual se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación previa, no pudiendo exceder de treinta días, plazo que podía ser prorrogable hasta por noventa días, a petición del Ministerio Público.

Una vez que la medida precautoria se había librado, el juez resolvía escuchando al Ministerio Público y al arraigado (he aquí el punto medular en nuestro tema de tesis, la garantía de defensa del arraigado ante la instancia judicial, ya que como podemos ver no existía y no existe, en la instancia referida la figura jurídica de defensa del arraigado, según se verá con posterioridad), sobre el levantamiento de dicha medida precautoria.

Por lo que respecta al arraigo en el transcrito artículo 205 del Código Federal de Procedimientos Penales, actualmente en vigor, establece que cuando por la naturaleza del delito o de la pena aplicable el inculpado no deba

¹² Ídem

ser internado en prisión preventiva, pero si existen elementos para suponer que se pueda sustraer de la acción de la justicia, el Ministerio Público podrá a petición de parte solicitar al juez en forma fundada como motivada, o éste disponer de oficio, con audiencia del inculpado el arraigo, con las características, por el tiempo que el juzgador señale, sin que en ningún caso pueda exceder del plazo que prevé el artículo 133 bis, es decir, treinta días prorrogables por el mismo tiempo en la averiguación previa, o bien por el proceso en el término constitucional en que deba resolverse, esto es, de acuerdo al artículo 20 fracción VIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, será juzgado antes de cuatro meses, si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, antes de un año si la pena excediere de ese tiempo.

1.3.2. REFORMA LEGISLATIVA 1999

En este periodo de reformas, tenemos que en el Diario de los Debates del Senado, de fecha 1 de Octubre del año 1998 expone lo siguiente:

“PRIMERO.- En el caso del artículo 178 del Código Penal, que tipifica la desobediencia a un mandato judicial de arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una determinada demarcación geográfica, con el propósito de asegurar el debido desarrollo de los procedimientos penales, de evitar que los indiciados burlen la acción de la justicia; tipo penal que en la iniciativa se sancionaba con prisión de uno a tres años y de diez a doscientos días multa. Disposición, que adicionalmente, produce la reforma del artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, para incluir en ese numeral el concepto de prohibición de abandonar una determinada demarcación geográfica, suprimiendo el requisito que estriba en que el órgano jurisdiccional oiga previamente al indiciado para resolver sobre la procedencia de la medida; requisito que, ciertamente, hace nugatoria la eficacia de la medida cautelar...”¹³

De lo anterior podemos observar, que se consideraba como delito la desobediencia de un mandato judicial, por lo que se tuvo la necesidad de reformar el artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, para incluir en el texto del artículo, “abandonar una determinada demarcación geográfica”, suprimiendo como requisito que el juez debía escuchar al indiciado, para resolver sobre la procedencia de la medida precautoria. Al respecto nos habla el Maestro Marco Antonio Díaz de León, indica, “la conveniencia de que aquel se reformará en el sentido de que se eliminara de su redacción el requisito de que, previo a que se decretará el arraigo, el juez debía “oír al indiciado”, ya que con esta situación se hacía nugatoria la medida cautelar, ya que al señalar como requisito para otorgar el arraigo que el juez debía oír al

¹³ Diario de los Debates del Senado de 1 de octubre del año de 1998. p. 12.

indiciado, con ello se desvirtúa la naturaleza de la medida precautoria, pues es obvio al que darse vista al indiciado con la petición del Ministerio Público, aquél puede abandonar el lugar o el país, antes de que el juzgador resuelva su arraigo.”¹⁴

Según el Diario de los Debates, y a la exposición de motivos de los Senadores, teniendo los elementos antes mencionados, el artículo 133 bis debía quedar de la siguiente manera, el cual se transcribe:

“ARTÍCULO 133 bis. La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario o imponer la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin su autorización, a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia. Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.

El arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica, se prolongaran por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de treinta días naturales, en el caso el arraigo, y de sesenta días naturales, en el caso de la prohibición de abandonar una demarcación geográfica.

Cuando el afectado pida que el arraigo o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica queden sin efectos, la autoridad judicial decidirá, escuchando al Ministerio Público y al afectado, si debe o no mantenerse.”¹⁵

Posteriormente el Senador Salvado Rocha Díaz, hace una crítica al reflexionar sobre ésta reforma al artículo en comento, primero que el arraigo

¹⁴ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, Código Federal de Procedimientos Penales Comentado, octava edición, Porrúa, México 2007, pp. 193 y 194.

¹⁵ Diario de los Debates del Senado, op cit., p. 15.

domiciliario como su nombre lo dice, debe de ser en el domicilio particular ya que al dar cumplimiento al arraigo en un hotel o casa de seguridad de la Procuraduría, no se da el debido cumplimiento inerme a este decreto de arraigo domiciliario como el texto del artículo literalmente expresa; en segundo lugar hace referencia al último párrafo ya que según el Senador, este último párrafo plantea un problema de interpretación mismo que dice:

“Cuando el afectado pida que el arraigo o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica quede sin efectos, la autoridad judicial decidirá, escuchando al Ministerio Público y al afectado, si debe o no mantenerse”.¹⁶

De la crítica al último párrafo, por el Senador, expresa que existe un problema de interpretación, la cual se refiere, que al transcurrir 30 días, por la que decretan el arraigo, se tiene que ir ante el juez que lo libró, para que lo deje sin efectos, luego así nos dice que el párrafo debería quedar de la siguiente manera; “cuando el afectado pida el levantamiento dentro del termino por el cual fue decretado el arraigo”. Estoy completamente de acuerdo con el Senador respecto al punto de vista que nos expresa, ya que podemos observar, en éste último párrafo, no dice el momento en que podemos solicitar el levantamiento, por lo que debemos interpretar entonces que dicho levantamiento lo podemos solicitar en cualquier momento antes de que fenezca el término por el cual se libro dicha medida precautoria.

Después de muchos proyectos, análisis dictámenes, una vez que la Cámara de Diputados tiene el proyecto sobre la propuesta de reforma del artículo 133 bis, ven que es necesaria la reforma, para quedar como ya la habían planteado anteriormente, primeramente están de acuerdo en incluir el concepto de la prohibición de abandonar una determinada demarcación geográfica, en segundo lugar suprimir el requisito de que el órgano

¹⁶ Ídem.

jurisdiccional, oiga previamente al indiciado para resolver sobre la procedencia de la medida.

El dictamen de la Cámara de Diputados, de 2 de diciembre de 1998 se comentó lo siguiente: “igualmente, la misma documentación se hace valer por lo que concierne a la ampliación de las facultades del juez para decretar el arraigo, porque ahora dicha medida comprende una demarcación geográfica, que ya no es precisamente en el domicilio, con lo que es indiscutible que se propicie mayor facilidad para la función ministerial la averiguación del delito así como del delincuente. El propósito del autor de la iniciativa que recoge las demandas de la sociedad y que acoge la legisladora, para que se vele por su seguridad...”¹⁷

Los diputados comentan que con esta reforma se amplían las facultades del juez, ya que el arraigo se decretará no solamente en el domicilio sino que el indiciado no podrá abandonar una determinada demarcación geográfica, y con esto el Agente del Ministerio Público, tendrá la facilidad de integrar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, que demanda la sociedad.

Publicación del Diario Oficial de la Federación, el día 8 de febrero de 1999.

DECRETO, por el que se reforman diversas disposiciones del Código Penal para el Distrito Federal en Materia del Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Federal; del Código Federal de Procedimientos Penales,...

“ARTÍCULO 133 bis. La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario o imponer la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin su autorización, a la persona

¹⁷ Diario Oficial de la Federación, Tomo DXLV No. 5, Lunes 8 de febrero de 1999, p. 2

en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia. Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.

El arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica, se prolongaran por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de treinta días naturales, en el caso el arraigo, y de sesenta días naturales, en el caso de la prohibición de abandonar una demarcación geográfica.

Cuando el afectado pida que el arraigo o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica queden sin efectos, la autoridad judicial decidirá, escuchando al Ministerio Público y al afectado, si debe o no mantenerse.”¹⁸

Esta ha sido la última reforma que ha sufrido ésta figura jurídica, las cuales son: el juez no deberá escuchar al arraigado para dictar la medida precautoria de arraigo en su contra, y se adicionó que el arraigado no podrá abandonar una demarcación geográfica sin su autorización.

¹⁸ Ídem.

CAPITULO 2

LA FIGURA JURÍDICA DEL ARRAIGO EN AVERIGUACIÓN PREVIA.

2.1. Concepto de arraigo, **2.2.** El arraigo penal federal, **2.2.1.** Artículo 2, del Código Federal de Procedimientos Penales, **2.2.2.** Artículo 133 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, **2.2.3.** Artículo 205, del Código Federal de Procedimientos Penales, **2.2.4.** Artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, **2.3.** La averiguación previa, concepto y generalidades, **2.4.** Requisitos de procedibilidad, **2.4.1.** Denuncia, **2.4.2.** Querrela, **2.4.3.** Excitativa y la autorización, **2.4.4.** Declaratoria de perjuicio y declaratoria de procedencia, **2.5.** Flagrancia, **2.6.** Caso urgente, **2.7.** El cuerpo del delito y la probable responsabilidad, **2.8.** Ejercicio de la acción penal, **2.9.** Las partes en la averiguación previa, **2.9.1.** Ministerio Público, **2.9.2.** Indiciado o inculpado, **2.9.3.** Defensor, **2.10.** El arraigado en la averiguación previa, **2.11.** Concepto de proceso.

CAPITULO 2

LA FIGURA JURÍDICA DEL ARRAIGO EN AVERIGUACIÓN PREVIA.

2.1. CONCEPTO DE ARRAIGO.

Para entender de manera más precisa el concepto de arraigo, citaremos algunos criterios, de diversos puntos de vista de nuestros jurista que tratan nuestro tema a investigar.

Al hablar en sentido amplio, para dar un concepto de la figura jurídica en estudio, es pertinente citar el que da el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, en su Enciclopedia Jurídica Mexicana, la cual expone la siguiente definición:

“Arraigo. (acción y efecto de arraigar; del latín ad y radicare, echar raíces). En la legislación actual se le considera como una medida precautoria dictada por el juzgador, a petición de parte, cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien deba entablarse o se haya entablado una demanda. Tiene por objeto o finalidad impedir que el arraigado abandone el lugar del juicio sin dejar un apoderado que pueda contestar la demanda, seguir el proceso y responder de la sentencia que se dicte.”¹⁹

Para el maestro Rafael de Pina Vara el arraigo, “es un acto procesal de naturaleza precautoria que procede a petición de parte, cuando hubiere el temor de que se ausente u oculte la personal que ha de ser demandada o lo haya sido ya, la cual en virtud del arraigo, no podrá ausentarse del lugar del juicio sin

¹⁹ ENCICLOPEDIA JURÍDICA MEXICANA, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM , Tomo I., primera edición, Porrúa, México 2002. pp. 347 y 348.

dejar representante legítimo, suficientemente instruido para responder de los resultados del procedimiento judicial de que se trate”.²⁰

Joaquín Escriche, define el arraigo como, “conceptualización, arraigo, afianzar la responsabilidad del juicio. Dícese así porque esta fianza se hace con bienes raíces, pero no sólo se usa en estas expresiones; el hombre de arraigo”.²¹

Jorge Alberto Silva Silva, precisa que el arraigo es, “como un impedimento decretado a una persona física, de su libertad de tránsito, a la cual se le obliga a quedarse en el lugar del juicio, sin poder abandonarlo hasta en tanto se cumpla con la condición establecida.”²²

Eduardo Pallares, indica que el arraigo es, “excepción de arraigo o fianza, de estar a derecho. Consistente en que el demandado se niega a contestar la demanda, entre en tanto el actor no otorgue fianza bastante que garantice al demandado el pago, de gastos, costas, daños y perjuicios que ocasione el juicio.”²³

De las definiciones transcritas, podemos ver que estamos hablando del concepto general de arraigo, mismas que se puede aplicar a cualquier materia, enfocándose mas por lo que es el arraigo en materia civil; opiniones que nos son de gran ayuda para poder definir el arraigo en materia penal.

Luego entonces, es pertinente nuevamente apoyarnos de nuestros doctrinarios, para establecer el concepto de arraigo en materia penal, los que a continuación se citan:

²⁰ DE PINA VARA, Rafael, Diccionario de Derecho, 32ª edición, Porrúa, México 2003. p. 101.

²¹ ESCRICHE, Joaquín, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia Civil, Penal y Forense, 1993, P. 43

²² SILVA SILVA, Jorge Alberto, Derecho Procesal Penal, decimosegunda reimpresión, Oxford, México, 2006, p. 489.

²³ PALLARES, Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil, Porrúa, México, p. 105.

“Arraigo penal. Es la medida precautoria, que tiene por objeto asegurar la disponibilidad del inculpado en la investigación previa o durante el proceso penal, cuando se trate de delitos imprudenciales o de aquellos en los que no proceda la prisión preventiva.”²⁴

“Arraigo. Catalán ad: a y radicare: radicar. En nuestro sistema procesal penal, el arraigo es una medida cautelar que, durante la averiguación previa, se impone con vigilancia de autoridad al indiciado, para los efectos de que este cumpla con los requerimientos del Ministerio Público en razón de la investigación de un hecho delictivo.”²⁵

“Las medidas de aseguramiento en el procedimiento penal pueden ser también de carácter personal, para garantizar el desarrollo del proceso, así como la efectividad de la sanción privativa de libertad, en los casos de las sentencias condenatorias de tal pena. Para estos supuestos, nadie duda que desde la averiguación previa se deben efectuar las medidas conducentes a efecto de estar en posibilidad de integrar el cuerpo del delito, la probable responsabilidad, y así, ejercitar la acción penal, asimismo, nadie ignora que los sujetos a una averiguación previa son proclives a eludirla, ocultándose o fugándose, por lo cual es manifiesta la dificultad a que se enfrentan, para integrar las figuras procesales antes señaladas, el Representante social.”²⁶

Desde mi punto de vista, el arraigo, es la medida precautoria, que tiene por objeto, asegurar al indiciado, durante la integración de la averiguación previa por la posible comisión de un delito, para la debida integración del cuerpo del delito, la probable responsabilidad y el ejercicio de la acción penal, a

²⁴ ENCICLOPEDIA JURÍDICA MEXICANA, op cit., p. 348.

²⁵ NUEVO DICCIONARIO DE DERECHO PENAL, segunda edición , Librería Malej, S.A. de C.V., México 2004. p. 119.

²⁶ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, Código Federal de Procedimientos Penales Comentado, octava edición, Porrúa, México 2007, p. 193.

petición del Ministerio Público, por que existiere el temor fundado, de que se sustraiga de la acción de la justicia.

2.2. EL ARRAIGO PENAL FEDERAL.

La figura jurídica del arraigo en nuestro sistema de derecho se encuentra regulada, únicamente por lo que hace a la investigación (en materia penal federal), en el Código Federal de Procedimientos Penales, misma que se estudiará de manera precisa, en posteriores puntos, dicha figura está normada por este código; antes de abordar el contenido del artículo 133 bis, del código adjetivo de la materia, tema medular de la presente investigación, es necesario desarrollar de manera cronológica la figura jurídica en dicha legislación procesal, por lo que a continuación, haremos un estudio de cada uno de esos artículos.

2.2.1. ARTÍCULO 2, DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

Como lo mencionamos en el párrafo anterior, como se plasma en el cuerpo de este trabajo, el artículo 2, del Código Federal de Procedimientos Penales, en orden cronológico, es el primero que trata sobre la medida precautoria del arraigo, mismo que a la letra dice:

“ARTÍCULO 2. Compete al Ministerio Público Federal llevar a cabo la averiguación previa y ejercer, en su caso, la acción penal en los tribunales.

“En la averiguación previa corresponderá al Ministerio público:

“I.- Recibir las denuncias o querellas que le presenten en forma oral o por escrito sobre hechos que puedan constituir delito;

“II.- Practicar y ordenar la realización de todos los actos conducentes a la acreditación del cuerpo del

delito y la probable responsabilidad del inculpado, así como a la reparación del daño;

“III.- Solicitar a la autoridad jurisdiccionales las medidas precautorias de arraigo, aseguramiento o embargo que resulten indispensables para la averiguación previa, así como las ordenes de cateo que procedan;”

De la anterior transcripción, se establece el inicio del arraigo a solicitud del órgano investigador, pero, precisa puntos importantes, como lo son la averiguación previa, denuncia, querella, el cuerpo del delito, la probable responsabilidad, el ejercicio de la acción penal; puntos que en el inserto del presente capítulo se verán, mismos que van de la mano con el arraigo propiamente; pero sin lugar a dudas se observa en el presente artículo que es así, como nuestro ordenamiento procesal penal federal, faculta al Ministerio Público para solicitar el arraigo de una persona para la integración de la averiguación previa, pues es aquí donde se haya la primera instancia, como ya se mencionó, que posee el representante social, para solicitar a la autoridad judicial la medida precautoria.

Al respecto el Maestro Marco Antonio Díaz de León, manifiesta que “el Ministerio Público tiene competencia para recibir denuncias o querellas, buscar las pruebas que acrediten el cuerpo del delito, la probable responsabilidad del indiciado, practicar la averiguación previa, dentro de ésta, acordar la detención o retención de los indiciados en términos de ley, promover ante los tribunales las medidas cautelares procedentes así como, en su caso resolver sobre el ejercicio o no de la acción penal.”²⁷

²⁷Ibidem, p. 9.

2.2.2. ARTÍCULO 133 BIS, DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

Siguiendo nuestro orden cronológico, el artículo 133, bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, determina:

“ARTÍCULO 133 bis. La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario o imponer la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin su autorización, a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia. Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.

El arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica se prolongarán por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de treinta días naturales, en el caso del arraigo, y de sesenta días naturales, en el de la prohibición de abandonar una demarcación geográfica.

Cuando el afectado pida que el arraigo o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica queden sin efecto, la autoridad judicial decidirá, escuchando al Ministerio Público y al afectado, si deben o no mantenerse.”

Es aquí, de manera mas precisa, el fundamento de la solicitud del arraigo por el Agente del Ministerio Público y su concesión por el órgano jurisdiccional, se puede advertir de la lectura del artículo transcrito, la diferencia de la figura jurídica en estudio, en arraigo domiciliario y la prohibición de abandonar una demarcación geográfica, que el juez otorga para que una persona no se ausente de cierta demarcación ya que se está preparando el ejercicio de la acción penal, porque existe el riesgo fundado de que se sustraiga de la acción de la justicia, objeto por el cual se solicita dicha medida precautoria, por lo que hace al primer párrafo del numeral citado.

Por lo que hace al segundo párrafo, vemos que establece el tiempo que durará la medida cautelar, del cual se advierte, que por arraigo domiciliario no excederá por el termino de treinta días naturales, en el de la prohibición de abandonar una demarcación geográfica, de sesenta días naturales, termino que se puede duplicar en el caso de arraigo domiciliario, con fundamento en el artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, precepto que veré en el punto siguiente.

No hay que perder de vista el tercer párrafo, advierto a los lectores, es aquí, el estudio central de nuestro tema de tesis, ya de la simple lectura se advierte; el juez escuchará a las partes (Ministerio Público y arraigado), cuando así lo solicite el afectado, el levantamiento de la medida precautoria, si debe o no mantenerse; como se puede ver, las partes son el Ministerio Público y el arraigado, ¿el defensor?, donde se encuentra esa figura jurídica de garantía de defensa, como ya lo comenté, se observa de la simple lectura la falta de la figura tan fundamental e importante como lo es el defensor; solo que como observamos en párrafos anteriores esta será tratada con posterioridad.

2.2.3. ARTÍCULO 205, DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

Atendiendo el orden consecutivo, el artículo 205 del código fundamental de la materia establece:

“ARTÍCULO 205. Cuando por la naturaleza del delito o de la pena aplicable el imputado no deba ser internado en prisión preventiva y existan elementos para suponer que podrá sustraerse de la acción de la justicia, el Ministerio Público podrá solicitar al juez, fundada y motivadamente, o este disponer de oficio, con audiencia del imputado, el arraigo de este con las características y por el tiempo que el juzgador señale, sin que en ningún caso pueda exceder del máximo señalado en el artículo 133, bis o bien tratándose de la averiguación previa o bien en el proceso por el termino constitucional en que este deba resolverse.”

De lo anterior, se advierte que sigue siendo una medida de carácter personal, tiende a garantizar el desarrollo del proceso, así como la efectividad de la sanción privativa de libertad, en los casos de sentencias condenatorias de tal pena. Pero éste artículo tiene como característica, señalar como requisito al otorgar el arraigo por la autoridad judicial, se de audiencia al imputado antes de librar el arraigo, con ello se desvirtúa la naturaleza de la medida precautoria, pues es obvio, que al dársele vista al inculpado sobre la medida de aseguramiento, cabría la posibilidad de que pudiera darse a la fuga, antes de que el juzgador resuelva su arraigo.

2.2.4. ARTÍCULO 12, DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA.

Finalmente, el artículo 12, de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, establece lo siguiente:

“ARTÍCULO 12. El juez podrá dictar, a solicitud del Ministerio Público de la Federación y tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales del inculcado, el arraigo de éste en el lugar, forma y medios de realización señalados en la solicitud, con vigilancia de la autoridad, la que ejercerá el Ministerio Público de la Federación y sus auxiliares, mismo que se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación previa de que se trate, sin que exceda de noventa días, con el objeto de que el afectado participe en la aclaración de los hechos que se le imputan y pueda abreviarse el tiempo de arraigo.”

Es oportuno indicar el contenido de éste artículo por la naturaleza misma de nuestro tema de tesis, en función de que también forma parte de la esfera penal federal que contempla el arraigo de una persona tratándose de delincuencia organizada, por lo que solicita la duplicidad del termino en la duración del arraigo siendo éste de noventa días.

En la exposición de motivos de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, menciona entre las cuestiones procesales importantes que ésta contiene, “el arraigo domiciliario, para la debida integración de la averiguación previa. Y como se puede observar, ese documento hizo remisión a las normas correspondientes al Código Federal de Procedimientos Penales, respecto al artículo previamente estudiado 133 bis, del código anteriormente citado, al hacerlo pasó por alto que en aquel momento éste no contenía disposiciones acerca de la especie “domiciliaria”. En el dictamen se abordó también este asunto, ponderando la pertinencia de establecer el objetivo preciso del arraigo domiciliario puede ordenarse, con el objeto de hacer más corta su duración y no

dar lugar a cuasi detenciones. “Este temor” del legislador estaba plenamente justificado, como ha probado la experiencia; el arraigo domiciliario no es mas que una “cuasidetención”, es una flagrante detención que contraviene los principios del procedimiento penal que establecen los artículos 11, 16 y 19 constitucional. Estos han querido sujetar la detención, lo más rigurosamente que sea posible, a la pronta decisión jurisdiccional sobre la situación jurídica del inculpado.”²⁸

De la transcripción del reactivo 12 del ordenamiento citado en estudio, indica que el juez podrá dictar a solicitud del Ministerio Público Federal, considerando las características del hecho imputado así como las circunstancias personales del inculpado, “el arraigo de éste en el lugar, forma y medios de realización señalados en la solicitud...” El artículo 133 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales Federales, no refería a “lugar, forma ni medios de realización”, solamente establece “corresponderá al Ministerio Público, a su auxiliares vigilar el mandato judicial”, por lo que la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, tiene otra forma de entender el arraigo, más estricta, en todo caso diferente a la acostumbrada, como bien se sabe el arraigo no suele ocurrir en el domicilio del afectado, sino en un lugar señalado por el Ministerio Público, mismo que se llevado a cabo en inmuebles dispuestos para ese fin, en cuartos de hoteles, casas de seguridad, lo cual hasta hoy son parte de una práctica legalizada; el artículo en estudio determina que el arraigo puede durar hasta noventa días cuando el 133 bis, establece que son treinta días, esto es, “por las características del hecho imputado y las circunstancias personales del inculpado”, tratándose de personas participes de delincuencia organizada, pero en la práctica no es necesario que sean personas integrantes de una organización criminal, ya que la autoridad investigadora, cual sea el delitos solicita a manera de prorroga la duplicidad del termino por los noventa días.

²⁸ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, Delincuencia Organizada. Antecedentes y Regulación Penal en México, cuarta edición, Porrúa, México 2005, p. 178.

2.3. LA AVERIGUACIÓN PREVIA, CONCEPTO Y GENERALIDADES.

Ésta es la primera etapa del procedimiento penal, o el primero de los procedimientos penales según lo establece el Artículo 1, del Código Federal de Procedimientos Penales en su fracción primera; por consiguiente, es donde inicia el camino a seguir para la aplicación de la ley sustantiva.

La averiguación previa como etapa del procedimiento penal, ha sido expuesta por distinguidos investigadores en diversas obras, las que utilizaremos para el desarrollo del presente punto que se investiga, es necesario estudiar la actividad investigadora del Ministerio Público en particular, tratar de exponer éste tema en forma sistemática, coherente y unitaria, ya que es fundamental esta etapa, pues es aquí, donde el arraigado se encuentra sujeto a la medida precautoria, esto es, en la etapa de integración de la averiguación previa.

Desde el momento que el Ministerio Público tiene conocimiento de un hecho delictuoso, ya sea por denuncia o querrela, independientemente de los que se persigan de oficio o por flagrancia, señalado por las leyes adjetivas, el representante social debe de iniciar la averiguación previa, perfeccionándola con un requisito de procedibilidad, que es la denuncia, misma que puede realizar cualquier persona, sea o no la víctima u ofendido; para preparar lo que se denomina la acción penal.

El concepto de averiguación en sentido lato, de acuerdo a la Enciclopedia Jurídica Mexicana, del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, “es acción y efecto de averiguar (del latín *ad*, a y *verificare*: de *verum*, verdadero, y *facere*, hacer). Indagar la verdad hasta conseguir descubrirla. El vocablo es utilizado, en su forma más general u ordinaria en referencia a la esfera procesal.

«29

²⁹ ENCICLOPEDIA JURÍDICA MEXICANA, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM. op cit., p. 470.

Se entiende que en sentido amplio averiguar, es descubrir la verdad, a la cual se llegará por medio de la indagación.

La averiguación previa para el Maestro Guillermo Colín Sánchez, “es la etapa procedimental en la que el Estado por conducto del Procurador y de los Agentes del Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de Policía Judicial, practica las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar, en su caso, la acción penal, para cuyos fines, deben estar acreditados los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad.”³⁰

El jurista dice que la averiguación previa es una etapa procedimental que el Estado ejerce a través del Procurador y sus dependientes, para el ejercicio de la acción penal.

El autor Carlos Barragán Salvatierra, nos ilustra con definiciones de la averiguación previa de diversos autores los cuales se citan a continuación.

Para Ovalle Favela, la averiguación previa tiene como finalidad, que el Ministerio Público recabe todas la pruebas e indicios que puedan acreditar los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del imputado.

En términos de José Hernández Acero, la averiguación previa se inicia por el Ministerio Público, en cuanto tiene el conocimiento de una conducta delictiva, mediante la denuncia o la querrela, termina en cuanto el mismo comprueba los elementos del delito para ejercitar la acción penal ante el juez de la causa o mediante el no ejercicio de la acción penal, cuando no se reúnen los requisitos del artículo 16 Constitucional.

³⁰ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, decimonovena edición, Porrúa, México 2006. p. 311.

Conforme a los apuntes del curso para secretario de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, señalan que desde el punto de vista general, el vocablo averiguación se define como “la acción indagatoria que se realiza para descubrir la verdad. Como fase preliminar del proceso penal, está orientada a descubrir así como comprobar la verdad sobre hechos denunciados como constitutivos de un probable delito, asimismo como de la consecuente presunta responsabilidad.”³¹

De las anteriores definiciones, se puede ver que en todas y cada una de ellas, el Ministerio Público, tiene la función de investigar, de consignar una vez que se haya integrado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, ante la autoridad jurisdiccional competente.

El Maestro Rodolfo Monarque Ureña, define que la averiguación previa es “la etapa del procedimiento penal donde se realizan las diligencias pertinentes en la investigación de un delito ante y por el Ministerio Público, para que éste pueda determinar si ejercita o no la acción penal ante el juez competente. Ejercitará acción penal cuando en la averiguación previa aparezca probado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado; en caso contrario, decretará el no ejercicio de la acción penal o archivo provisional, según proceda.”³²

Desde mi punto de vista, la averiguación previa es, la primera etapa del procedimiento penal, en la cual el Ministerio Público tiene la facultad, de practicar las diligencias necesarias, recabar, desahogar pruebas e indicios, con la finalidad de investigar un hecho constitutivo de un delito, para integrar los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, en su caso, ejercitar la acción penal ante la autoridad jurisdiccional, o decretar el no ejercicio de la acción penal.

³¹ BARRAGAN SALVATIERRA, Carlos, Derecho Procesal Penal, segunda edición, Mc.Graw-Hill Interamericana editores S.A. de C.V. México 2004. p.309.

³² MONARQUE UREÑA, Rodolfo, Derecho Procesal Penal, Porrúa S.A. de C.V.-8, México 2002, p. 21.

Luego así, de los conceptos se advierte, que la averiguación previa, se inicia, cuando el Ministerio Público, tiene conocimiento de un hecho que puede ser constitutivo de un delito, efectivamente en ese momento es cuando inicia la averiguación previa, con la denuncia, consistente en la declaración de una persona, que pone del conocimiento al representante social el hecho; denuncia que se debe presentar ante la Agencia del Ministerio Público, en caso de urgencia a cualquier autoridad formulándola por escrito o de manera verbal; como podemos ver entonces, la denuncia constituye una de las formas que puede dar inicio al procedimiento penal, misma figura jurídica que se encuentra prevista en el artículo 2, fracción I, del Código Federal de Procedimientos Penales. Sin embargo, no es la única forma en que puede dar inicio a esta etapa, se puede iniciar de oficio por la representación social, a menos que la ley exija un requisito de procedibilidad, por su parte el artículo 113, del código previamente citado, establece que "...el Ministerio Público, sus auxiliares, de acuerdo con las ordenes que reciban de aquellos, están obligados a proceder de oficio a la investigación de los delitos de que tengan noticia..."; el artículo 123, del mismo ordenamiento, determina que, "...inmediatamente que el Ministerio Público Federal o los funcionarios encargados de practicar en su auxilio diligencias de averiguación previa, tengan conocimiento de la probable existencia de un delito que deba perseguirse de oficio, dictarán todas las medidas y providencias necesarias para: proporcionar seguridad, auxilio a las víctimas; impedir que se pierdan, destruyan o alteren las huellas o vestigios del hecho delictuoso, los instrumentos o cosas objeto o efectos del mismo; saber que personas fueron testigos; evitar que el delito se siga cometiendo, en general impedir que se dificulte la averiguación previa, procediendo a la detención de los que intervinieron en su comisión en los casos de delito flagrante..."

En la practica, tratándose de delitos de oficio, el Ministerio Público exige la denuncia por lo menos para consignar, ya que de no cubrir éste requisito, la consignación será deficiente. La Constitución Política de los Estados Unidos

Mexicanos, establece en su artículo 16 párrafo segundo, que “...no podrá librarse orden de aprehensión sino por autoridad judicial, sin que proceda denuncia o querrela que la ley señale como delito...”, como podemos ver, no se exigen estos requisitos para consignar, sino para librar una orden de aprehensión, por lo que, se puede determinar que si la consignación es con detenido y no existe el requisito de denuncia, la consignación es perfectamente legal y constitucional. El Legislador al referirse al artículo 16, constitucional, estableció como requisito para el libramiento de la orden de aprehensión que existiera la denuncia o querrela, si bien ello puede ser conveniente, no es del todo práctico en el procedimiento penal, en virtud de que pudiera existir como ya se dijo, algún supuesto en el que no sea necesario la denuncia para que a alguien se le sujete al proceso, tal es el caso de la consignación, tratándose de delitos que se persiguen de oficio, ya que ni los códigos de procedimientos penales, ni la constitución misma exigen la denuncia para consignar.

Como mencionamos en un principio, la primera etapa del procedimiento penal, es el de la averiguación previa, al respecto el maestro Rivera Silva, con su innegable jerarquía doctrinaria, fija el contenido del procedimiento penal, separa los diversos periodos que lo conforman, ésta separación señala perfectamente los aspectos que el procedimiento va tomando en su desenvolvimiento, divide de la siguiente manera los periodos del procedimiento:

- I.- Periodo de la preparación de la acción procesal;
- II.- Periodo de preparación del proceso, y
- III.- Periodo de proceso.

De estos periodos se estudia el primero de ellos, ya que es el que se refiere a la averiguación previa sin abundar en los dos procedimientos más que menciona, ya que es el periodo a estudiar es donde se encuentra situado nuestro tema de investigación, según el punto de vista de nuestro doctrinario.

“El periodo de preparación de la acción procesal, de acuerdo con la división que realiza nuestro autor, se inicia una vez que se tiene conocimiento de un hecho que puede ser delictuoso, lo primero que procede es que la autoridad investigadora averigüe, reúna los elementos que son necesarios para poder acudir al órgano jurisdiccional en la solicitud de la aplicación de la ley al asunto en concreto, busca si en el caso, puede haber elementos que justifiquen si puede comprobarse la existencia de un delito, si hay datos que hagan posible la responsabilidad de un sujeto.”³³ En otros términos, principia con el acto en el que la autoridad investigadora tiene conocimiento de un hecho estimado como delictuoso, terminando con el acto en que el Ministerio Público solicita la intervención del órgano encargado de aplicar la ley, esto es, consigna la averiguación previa ante el juez. La finalidad de este periodo reside en la reunión de los datos que son necesarios para que el Ministerio Público pueda excitar al órgano jurisdiccional que cumpla con su función, el contenido de la acción procesal, es llenado por el conjunto de actividades realizadas por y ante un órgano especial que es el Ministerio Público y la policía judicial debidamente reglamentadas en la averiguación previa.

División, con la cual estoy totalmente de acuerdo, ya que no sólo nuestros juristas determinan ésta etapa, como el inicio de procedimiento penal, sino que, nuestro Código Federal de Procedimientos Penales, como ya se dijo, establece la división de las etapas del proceso, señalándolo en su artículo 1, fracción I, situando en primer termino a la averiguación previa. Con lo que se puede afirmar, desde mi punto de vista, que la averiguación previa es una etapa del procedimiento penal en el derecho positivo mexicano.

La problemática de la delimitación del tiempo dentro del cual debe llevarse la averiguación previa, como algunos autores determinan al tiempo que el Ministerio Público tiene para determinar el ejercicio de la acción penal consignando al inculcado ante la autoridad jurisdiccional.

³³ RIVERA SILVA, Manuel, el Procedimiento Penal, sexta edición, Porrúa, S.A., México 1973, p. 37.

El Ministerio Público, de acuerdo a lo que establece el artículo 16 párrafo séptimo, de nuestra Carta Magna, “...ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá de ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; éste plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada...”.

De lo anterior, cuando la consignación se sigue con detenido, el Ministerio Público, tiene el término de cuarenta y ocho horas, y en caso de delincuencia organizada, por el termino de noventa y seis horas, para resolver la situación jurídica del inculpado, es decir, consignar ante el juez competente o para ponerlo en libertad, el dejar en libertad al indiciado no quiere decir que la averiguación previa llegue a su fin, ya que, el Ministerio Público puede seguir con la investigación del delito en su caso, consignar solicitando orden de aprehensión, esto es, sin detenido.

Cabe advertir que de acuerdo con el texto del artículo 16 constitucional, en sus párrafos quinto y sexto, también se establece un control a cargo de los Agentes del Ministerio Público, para los casos de urgencia o flagrancia, en los cuales si hay personas detenidas, igualmente, no deberá consentirse la retención por mas de cuarenta y ocho horas, feneciendo ese término se ordenara la libertad o la consignación ante el juez, aunque dicho plazo podrá duplicarse de acuerdo a lo que establece el artículo 194, del Código Federal de Procedimientos Penales, tratándose de delitos graves, siendo el caso de la delincuencia organizada u otros, por la complejidad de estos delitos, con ello se dará más oportunidad para recabar mayor información, las probanzas necesarias para determinar acerca de los elementos del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

2.4. REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.

Como todo procedimiento supone un inicio el penal no escapa de ello, el comienzo penal no surge espontáneamente o arbitrariamente. Supone si se encuentra al principio de legalidad, así el inicio del procedimiento, es decir, de la averiguación previa, supone el cumplir con ciertos requisitos o condiciones previas, que resultan necesarias para su apertura, por requisitos de procedibilidad entendemos “las condiciones o supuestos que es preciso llenar para que se inicie jurídicamente el procedimiento penal.”³⁴

Entonces, los requisitos de procedibilidad son aquellos, supuestos o condiciones que dan inicio al procedimiento penal.

Para el licenciado César Augusto Osorio y Nieto, los requisitos de procedibilidad son “las condiciones legales que deben cumplirse para iniciar un averiguación previa, en su caso ejercitar la acción penal contra el probable responsable de la conducta típica”. Nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos alude en su artículo 16, como requisitos de procedibilidad la denuncia y la querrela.”³⁵

El autor refiere lo mismo, que deben cumplirse ciertas condiciones legales para que de inicio la averiguación previa.

El Doctor en Derecho, Carlos Barragán Salvatierra, establece que los requisitos de procedibilidad son “las condiciones que legalmente deben satisfacerse para que se pueda proceder en contra de quien ha cometido un hecho delictuoso, que sin que se dieran estas condiciones, el Ministerio Público, al haber realizado la averiguación previa y haber ejercitado la acción penal, no podrá llevar a cabo el desarrollo normal del procedimiento. En el derecho

³⁴ SILVA SILVA, Jorge Alberto, Derecho Procesal Penal, op cit., p. 231.

³⁵ OSORIO Y NIETO, César Augusto, la Averiguación Previa, 17ª edición, revisada , corregida, actualizada y aumentada, Porrúa, México 2007, p.9.

mexicano los requisitos son la querrela, excitativa y autorización, además de la denuncia con sus características especiales.”³⁶

De lo anterior, el doctor refiere que son las condiciones legales que debe satisfacer el Ministerio Público, para que pueda dar inicio a la averiguación previa y en caso de no satisfacer esas condiciones no podrá llevar a cabo el desarrollo normal del procedimiento. Como vemos el jurista no sitúa en su concepto a la averiguación previa como parte del procedimiento penal, con el cual, no estoy de acuerdo, por que como ya dijimos, se demostró en párrafos que anteceden, la averiguación previa, es la primera etapa del procedimiento penal, en lo que sí estoy de acuerdo es que, para que de inicio la etapa, el Ministerio Público debe de satisfacer ciertas condiciones.

El Maestro Guillermo Colín Sánchez, nos dice que para que se inicie el procedimiento, doctrinaria y legalmente, son necesarios algunos elementos que le den vida; para lo cual se tiene que estudiar los denominados presupuestos procesales, de los requisitos objetivos de punibilidad, las cuestiones prejudiciales así como los requisitos de procedibilidad.

Raúl Alberto Frosali, llama presupuestos procesales, a los requisitos para la existencia jurídica de una relación de naturaleza procesal; admite, que si estos no se dan, ningún acto puede adquirir esa naturaleza, ni ninguna decisión puede llegar a tener carácter jurisdiccional, en consecuencia los presupuestos procesales son, la capacidad para promover la acción penal y la capacidad jurisdiccional.

“Manzini, manifiesta que los presupuestos procesales, son aquellas condiciones de existencia, requisitos esenciales para el nacimiento y la válida constitución de la relación procesal considerada en sí misma, en sus fases diversas. Distingue los presupuestos referentes al contenido materia del

³⁶ BARRAGAN SALVATIERRA, Carlos, op cit., p. 338.

proceso, los de la sentencia, de los contenidos formales de él; los primeros conciernen al derecho penal sustancial, independientemente de que se reflejen en el derecho procesal; los segundos a la relación procesal, misma que no existe sino hasta que se ha promovido la acción penal, parte de este supuesto para establecer como presupuestos procesales, los siguientes: la iniciativa del Agente del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal; la legítima constitución del juez, la intervención, la asistencia, la representación del imputado, en los casos y las formas ordenadas por la Ley; pero estos presupuestos procesales, sin los cuales no puede haber un legítimo procedimiento penal, presupone a su vez un elemento indispensable para su consideración práctica, dicho elemento es la noticia del delito o *notitia criminis*, noticia que puede vincularse a determinados actos jurídicos, previos para que influyan en la constitución de la relación procesal (denuncia, querrela, etc.).”³⁷

De las ideas expuestas, colijo que, los juristas mencionados, señalan un conjunto de antecedentes jurídicos previos, para que se constituya el proceso, en efecto, así es, sin la conducta o el hecho previsto por la ley, sin la intervención del Agente del Ministerio Público, sin la presencia del juez y sin defensor, no es posible que exista el proceso, porque aunque hubiera conducta o hecho, si no se integra la relación procesal no habría proceso. Por lo que de nueva cuenta en este punto en estudio se determina que desde el inicio de la averiguación previa o integración de la misma, el indiciado debe de tener defensor que defienda los intereses de éste.

Los requisitos objetivos de punibilidad, según algunos especialistas, de la parte general del derecho penal; “son exigencias ocasionalmente establecidas por el legislador, para que la pena tenga aplicación. Se identifican con las denominadas cuestiones prejudiciales, cuestiones de derecho, cuya resolución representa como un antecedente lógico, jurídico del derecho penal, objeto del

³⁷ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, op cit. p.318.

proceso que versaran sobre una relación jurídica de naturaleza particular controvertida; y también con los requisitos de procedibilidad.”³⁸

Considero que, se trata de una misma cuestión, quienes invocan, aunque impropriamente al vocablo condicione objetivas de punibilidad, lo hacen desde el aspecto general del derecho penal, los que aluden a cuestiones prejudiciales, enfocan el problema desde el punto de vista procesal, en cambio los requisitos de procedibilidad, son también exigencias que legalmente deben de satisfacer para proceder en contra de quien infringió una norma de derecho penal sustantivo.

En el derecho mexicano, por disposición del legislador, lo requisitos de procedibilidad son: “la denuncia ó la querella. Para Carlos Barragán Salvatierra estos requisitos en la averiguación previa son; denuncia, querella, excitativa, autorización, así como los obstáculos procesales, la declaratoria de perjuicio y la declaración de procedencia.”³⁹ Puntos que a continuación se tratan en la presente investigación.

En ese orden de ideas, se puede decir que los requisitos de procedibilidad, son aquellas condiciones o requisitos legales que el Ministerio Público debe de cumplir, para así poder proceder en contra de quien probablemente ha cometido un hecho delictuoso, para que de inicio a la averiguación previa, siendo estos requisitos; la noticia criminis, denuncia, querella, excitativa, autorización, la declaratoria de perjuicio y la declaración de procedencia. Pero el artículo 16, constitucional determina que hay dos excepciones a los requisitos de procedibilidad, por los cuales también se puede iniciar la averiguación previa, estos son los casos de urgencia o flagrancia, de los cuales hablaremos en el desarrollo de nuestra tesis.

³⁸ Íbidem, p. 320

³⁹ BARRAGAN SALVATIERRA, Carlos, op cit., p. 313.

2.4.1. DENUNCIA.

La denuncia, como ya lo mencionamos es uno de los requisitos de procedibilidad, con la cual da inicio a la averiguación previa; para dar un concepto de este requisito nos apoyamos en nuestros doctrinarios mismos que a continuación citaremos.

Osorio y Nieto, “describe que la denuncia es la comunicación que hace cualquier persona al Ministerio Público de la posible comisión de un delito perseguible de oficio.”⁴⁰

Hacer del conocimiento al Ministerio Público de un hecho delictuoso.

Colín Sánchez, dice que, “la palabra denuncia o el verbo denunciar, desde el punto de vista gramatical, significa: aviso, poner en conocimiento de la autoridad competente, verbalmente o por escrito, lo que se sabe respecto a la comisión de hechos que son o pueden ser constitutivos de un delito.”⁴¹

También nos dice que para los objetivos y fines perseguidos a través de esta disciplina, es importante distinguir la denuncia, como medio informativo y como requisito de procedibilidad. La primera es utilizada para hacer del conocimiento al Agente del Ministerio Público, lo que se sabe acerca del delito; ya sea que, el propio portador de la noticia haya sido el afectado, o bien que el ofendido sea otra persona, por lo que la denuncia puede presentarla cualquier persona, en cumplimiento a un deber impuesto por la ley. En el derecho mexicano, atendiendo al artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, instituyeron la denuncia como un requisito de procedibilidad a cargo del Agente del Ministerio Público, haciendo referencia con ello a la instancia para que el juez pueda avocarse al conocimiento e instrucción del

⁴⁰ OSORIO Y NIETO, César Augusto, op cit., p. 9.

⁴¹ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, op cit., p. 315.

proceso; no se olvide que, el órgano jurisdiccional, no puede proceder de oficio, motivo por el cual al ejercitarse la acción penal se están al juez la conducta o hecho.

Jorge Alberto Silva Silva, dice que “la denuncia es dar a conocer o informar, acerca de un hecho que supuestamente es delictuoso o de quien es su autor.”⁴²

Rivera Silva, la define como es la relación de actos, que se suponen delictuosos, hecha ante la autoridad investigadora con el fin de que éste tenga conocimiento de ellos. La denuncia es definida en forma que antecede, de lo que se desprenden los siguientes elementos: Relación de actos que se estiman delictuosos, los cuales consisten en una simple exposición de que ha acaecido en forma oral o escrita; hecha ante el órgano investigador, en efecto la denuncia tiene por objeto que el representante social se entere del quebranto sufrido por la sociedad, con la comisión del delito; hecha por cualquier persona, esto alude a que cualquier persona la puede presentar inclusive cualquier autoridad misma, cualquier persona puede denunciar los hechos delictuosos.

“Igualmente el jurista Carlos Barragán Salvatierra, hace referencia a varias definiciones de distintos autores entre la cuales se encuentran la del doctrinario González Blanco, el cual manifiesta que la denuncia, es el medio legal por el cual se pone en conocimiento del órgano competente la noticia de haberse cometido o que se pretenda cometer un hecho que la ley castiga como delito, siempre que sean de aquellos que por disposición de la ley se persigan de oficio.”⁴³

En términos de Froilan, es la exposición de la noticia de la comisión del delito hecha por el lesionado o por un tercero a los órganos competentes.

⁴² SILVA SILVA, Jorge Alberto, op cit., p.236.

⁴³ BARRAGAN SALVATIERRA, Carlos, op cit., p. 330.

Manzini la define como, el acto formal de un sujeto determinado no obligado a cumplirlo, con el que se lleva al conocimiento de la autoridad competente la noticia de un delito perseguible de oficio, lesivo o no de intereses del denunciante, con o sin indicación de pruebas y de personas de quien se sospeche que haya cometido ese mismo delito o haya formado parte de él.

Para algunos autores la denuncia no es un requisito de procedibilidad para que el Ministerio Público se avoque a una averiguación, basta que éste tenga conocimiento de la probable comisión de un delito para que de inmediato esté obligado a practicar las investigaciones necesarias a efecto de determinar si de lo que se tiene conocimiento es o no una infracción penal, siendo así, que es el probable autor.

Pero como ya se dijo en términos del artículo 16 constitucional, para que el Ministerio Público pueda ejercitar la acción penal se requiere la existencia de una denuncia o querrela, esto resulta ser una contradicción por que el representante social debe de oficio iniciar una averiguación previa en delitos que se persiguen de oficio, pero no puede ejercitar la acción penal si falta la denuncia por lo que de alguna forma se establece como requisito de procedibilidad, únicamente para la consignación, no para iniciar la averiguación previa o la preparación del ejercicio de la acción penal o procesal penal.

Desde mi punto de vista, se puede decir entonces que la denuncia es el acto donde una persona física pone en conocimiento del órgano investigador en forma oral o escrita, la realización de un probable hecho delictuoso, ya sea que se haya cometido en su perjuicio o de un tercero, a fin de que el Ministerio Público tome conocimiento de los hechos narrados, y con ello se inicie la averiguación previa y la preparación del ejercicio de la acción penal o procesal penal.

Denunciar los delitos es una obligación, una facultad potestativa que constituye un deber. Sin embargo algunos autores opinan que la obligatoriedad de presentar una denuncia es parcial no absoluta, ya que para que se hable de obligatoriedad debe haber una sanción. Ninguno de los códigos adjetivos establece una sanción en caso de no presentar denuncia, en caso de que se tenga conocimiento de un posible hecho delictuoso, excepto el Código Penal Federal, establece que se aplicará sanción para quien no denuncie un delito y se aplicará de tres meses a tres años de prisión con multa a quien no procure por medio de ilícitos impedirlo, salvo que tenga obligación de afrontar un riesgo.

La forma y efecto de la denuncia; ésta debe hacerse por escrito o verbalmente ante el Ministerio Público, a cualquier funcionario o agente de la policía judicial, situación que obliga a proceder de oficio a la investigación de los delitos, siempre y cuando no se trate de infracciones que requieran para su ejecución, el cumplimiento de algún requisito de procedibilidad o exista un obstáculo procesal que impida el inicio del procedimiento o la persecución del mismo.

2.4.2. QUERELLA.

El requisito de procedibilidad más común en el procedimiento penal es la querella, "constituye la petición que hace el ofendido al Ministerio Público, para que se proceda penalmente contra una o varias personas;"⁴⁴ de hecho del estudio de los requisitos que debe observar el representante social para iniciar una averiguación, nos percatamos que en la denuncia y la querella, no hay una diferencia muy grande, de hecho pueden a veces, coincidir entre sí.

La denuncia puede formularla cualquier persona que tenga conocimiento de un delito, aunque no sea el ofendido. La querella únicamente la puede formular el titular del bien jurídicamente protegido por la norma penal, es decir, el ofendido. Los códigos adjetivos establecen cuales son los delitos perseguibles por querella de parte; luego entonces, un delito de esta naturaleza no puede investigarse, aunque exista la denuncia de un tercero, si no lo solicita expresamente el sujeto pasivo (ofendido).

La querella se hará en los mismos términos exigidos para la formulación de la denuncia, con la única salvedad, como ya se dijo, se formulará por la persona ofendida del delito o su legítimo representante la cual se podrá hacer por escrito o verbalmente ante el Ministerio Público, los hechos supuestamente delictivos.

Desde el punto de vista Osorio y Nieto, "la querella puede definirse como una manifestación de voluntad, de ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo o el ofendido. Con el fin de que el Ministerio Público, tome conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que se inicie e integre la averiguación previa correspondiente, en su caso ejercite la acción penal."⁴⁵

⁴⁴ MONARQUE UREÑA, Rodolfo, op cit., p. 27.

⁴⁵ OSORIO Y NIETO, César Augusto, op cit., p. 9.

Rivera Silva, define este elemento de la averiguación previa como la relación de hechos, expuesta por el ofendido ante el órgano investigador, con el deseo manifiesto de que se persiga al autor del delito. De esta definición se desprenden los siguientes elementos; una relación de hecho; que esta relación sea por parte ofendida y que se manifieste la queja, el deseo de que se persiga al autor del delito.

El concepto de querrela, para Colín Sánchez, es “el derecho o facultad que tiene una persona a la que se designa querellante, víctima de un hecho ilícito penal, para hacerlo del conocimiento del Procurador de Justicia o del agente del Ministerio Público, con ello dar anuencia para que se investigue la conducta o hecho, una vez satisfechos los requisitos previstos en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se lleve a cabo el proceso correspondiente.”⁴⁶

Es decir, que en todo delito, que requiera la solicitud del ofendido (querrela), para su investigación, lo harán del conocimiento al Ministerio Público, para que se avoque a la investigación, por lo que, ésta autoridad está impedida para proceder sin que medie la manifestación de voluntad del que tiene ese derecho.

Así pues, la querrela es la manifestación de voluntad, derecho potestativo que tiene el sujeto pasivo o el ofendido para hacer del conocimiento al Ministerio Público, este a su vez, tenga el conocimiento de un hecho que puede ser constitutivo de un delito, el cual se avocara a la persecución del mismo una vez que tenga conocimiento de él, para que dé inicio e integre la averiguación previa.

Estos dos requisitos de procedibilidad deben de cumplirse legalmente, en contra de quien ha cometido un hecho delictuoso, ya que sin estos requisitos o condiciones, el Ministerio Público al haber realizado e integrado la averiguación

⁴⁶ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, op cit., p. 321.

previa y ejercitado la acción penal, no podrá llevar a cabo el desarrollo normal del procedimiento.

La denuncia y la querrela son requisitos de procedibilidad, porque en términos del artículo 16, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para que el Ministerio Público pueda ejercitar la acción penal es necesario que existan estos, como ya advertimos en el estudio de esta dos figuras jurídicas, cualquier persona puede formular la denuncia, ya sea la víctima, el ofendido o cualquier tercero como agente de la policía judicial de otra corporación o hasta el Ministerio Público. El órgano investigador está impedido para realizar pesquisas tal como lo establece el artículo citado, actúa en desempeño de su función persecutoria únicamente cuando tiene conocimiento de una conducta posiblemente delictuosa, mediante la denuncia o querrela o cualquier otro requisito de procedibilidad.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 16, párrafo segundo establece:

“No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.”

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece estas dos figuras jurídicas en los siguientes artículos:

“ARTÍCULO 9. Las víctimas o los ofendidos por la comisión de un delito tendrán derecho, en la

averiguación previa o en el proceso, según corresponda:

“I...

“II...

“III...

“IV. A presentar cualquier denuncia o querrela por hechos probablemente constitutivos de delito y a que el Ministerio Público las reciba...”

“**ARTÍCULO 9 bis.** Desde el inicio de la averiguación el Ministerio Público tendrá la obligación de:

“I...

“II...

“III...

“IV...

“V...

“VI...

“VII...

“VIII. Asegurar que los denunciante, querellantes u ofendidos precisen en sus declaraciones los hechos motivo de la denuncia o querrela y las circunstancias de lugar, tiempo y modo en que ocurrieron;

“IX...

“X. Solicitar al denunciante o querellante que aporte los datos necesarios para precisar la identidad del probable responsable y dar de inmediato intervención a peritos para la elaboración de la media filiación y el retrato hablado.”

“ARTÍCULO 262. Los agentes del Ministerio Público y sus auxiliares, de acuerdo a las órdenes que reciban de aquéllos, están obligados a proceder de oficio a la averiguación de los delitos del orden común de que tengan noticia. La averiguación previa no podrá iniciarse de oficio en los casos siguientes:

“I. Cuando se trate de delitos en los que sólo se puede proceder por querrela necesaria, si no se ha presentado ésta, y

“II. Cuando la ley exija algún requisito previo, si éste no se ha llenado.”

“ARTÍCULO 264. Cuando para la persecución de los delitos sea necesaria la querrela de parte ofendida, bastará que ésta, aunque sea menor de edad, manifieste verbalmente su queja, para que se proceda en los términos de los artículos 275 y 276 de este código. Se reputará parte ofendida para tener por satisfecho el requisito de la querrela necesaria, a la víctima o titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la conducta imputada al indiciado, y tratándose de incapaces, a los ascendientes y a falta de éstos, a los hermanos o a los que representen a aquéllos legalmente; cuando la víctima por cualquier motivo no se pueda expresar, el legitimado para presentar la querrela serán las personas previstas por el artículo 30 bis del Código Penal.

“Las querellas presentadas por las personas morales, podrán ser formuladas por apoderado que tenga poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial, sin que sea necesario acuerdo previo o ratificación del Consejo de Administración o de la Asamblea de Socios o Accionistas ni poder especial para el caso concreto.

“Para las querellas presentadas por personas físicas, será suficiente un poder semejante, salvo en los casos de raptó, estupro o adulterio en los que sólo se tendrá por formulada directamente por alguna de las personas a que se refiere la parte final del párrafo primero de este artículo.”

“ARTÍCULO 276. Las denuncias y las querellas pueden formularse verbalmente o por escrito, se concretarán en todo caso, a describir los hechos supuestamente delictivos, sin calificarlos jurídicamente y se harán en los términos previstos para el ejercicio del derecho de petición. Cuando la denuncia o querella no reúna los requisitos citados, el funcionario que la reciba prevendrá al denunciante o querellante para que la modifique, ajustándose a ellos, asimismo, se informará al denunciante o querellante dejando constancia en el acta, acerca de la trascendencia jurídica del acto que realiza, sobre las penas en que incurrirán los que declaran falsamente ante las autoridades, y sobre las modalidades del procedimiento según se trate de delito perseguible de oficio o por querella.

“En el caso de que la denuncia o la querella se presenten verbalmente, se harán constar en el acta que levantará el funcionario que la reciba, recabando la firma o huella digital del denunciante o querellante. Cuando se hagan por escrito, deberán contener la firma o huella digital del que la presenta y su domicilio.

“Cuando el denunciante o querellante haga publicar la denuncia o la querella, están obligados a publicar también a su costa y en la misma forma utilizada para esa publicación, el acuerdo que recaiga al concluir la averiguación previa, si así lo solicita la persona en contra de la cual se hubiere formulado dicha denuncia o querella y sin perjuicio de las responsabilidades en que aquéllos incurran, en su caso, conforme a otras leyes aplicables.”

“ARTÍCULO 286 Bis. Cuando aparezca de la averiguación previa que existe denuncia o querella, que se han reunido los requisitos previos que en su caso exijan la ley y que se han acreditado la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, el Ministerio Público ejercitará la acción penal ante el órgano jurisdiccional que corresponda.”

El Código Federal de Procedimientos Penales, establece a la querrela y denuncia, en los siguientes artículos:

“ARTICULO 113. El Ministerio Público y sus auxiliares, de acuerdo con las órdenes que reciban de aquéllos, están obligados a proceder de oficio a la investigación de los delitos de que tengan noticia. La averiguación previa no podrá iniciarse de oficio en los casos siguientes:

“I.- Cuando se trate de delitos en los que solamente se pueda proceder por querrela necesaria, si ésta no se ha presentado.

“II.- Cuando la ley exija algún requisito previo, si éste no se ha llenado.

“Si el que inicia una investigación no tiene a su cargo la función de proseguirla, dará inmediata cuenta al que corresponda legalmente practicarla.

“Cuando para la persecución de un delito se requiera querrela u otro acto equivalente, a título de requisito de procedibilidad, el Ministerio Público Federal actuará según lo previsto en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, para conocer si la autoridad formula querrela o satisface el requisito de procedibilidad equivalente.”

“ARTICULO 114. Es necesaria la querrela del ofendido, solamente en los casos en que así lo determinen el Código Penal u otra ley. “

“ARTICULO 115. Cuando el ofendido sea menor de edad, pero mayor de dieciséis años, podrá querrellarse por sí mismo o por quien esté legitimado para ello. Tratándose de menores de esta edad o de otros incapaces, la querrela se presentará por quienes ejerzan la patria potestad o la tutela. “

“ARTICULO 118. Las denuncias y las querellas pueden formularse verbalmente o por escrito. Se contraerán, en todo caso, a describir los hechos supuestamente delictivos, sin calificarlos jurídicamente, y se harán en los términos previstos

para el ejercicio del derecho de petición. Cuando una denuncia o querrela no reúna estos requisitos, el funcionario que la reciba prevendrá al denunciante o querellante para que la modifique, ajustándose a ellos. Asimismo, se informará al denunciante o querellante, dejando constancia en el acta, acerca de la trascendencia jurídica del acto que realizan, sobre las penas en que incurre quien se produce falsamente ante las autoridades, y sobre las modalidades del procedimiento según se trate de delito perseguible de oficio o por querrela.

“En el caso de que la denuncia o la querrela se presenten verbalmente, se harán constar en acta que levantará el funcionario que las reciba. Tanto en este caso como cuando se hagan por escrito, deberán contener la firma o huella digital del que las presente y su domicilio.”

2.4.3. EXCITATIVA Y LA AUTORIZACIÓN.

Entre los requisitos de procedibilidad mencioné la excitativa y autorización, por lo cual trataré de precisar en este punto.

“La excitativa es la petición que hace un Estado extranjero por conducto de su representante, acreditado ante los Estados Unidos Mexicanos, para que se proceda penalmente, en su caso, en contra de la persona que se haya proferido injurias al Estado extranjero peticionario, o a sus agentes diplomáticos o consulares.”⁴⁷

Se ha establecido, para estos casos, que sean los agentes diplomáticos quienes manifiesten su voluntad para que se persiga al probable autor del delito, el procedimiento de esta figura jurídica no se encuentra previsto en el Código Federal de Procedimientos Penales; en la práctica, el embajador o el Agente del Estado ofendido, puede solicitar al Agente del Ministerio Público, se avoque a la investigación de los hechos. Es factible que a solicitud del Estado ofendido, sea el funcionario competente de los Estados Unidos Mexicanos en su Secretaría de Relaciones Exteriores, quien formule la excitativa ante el Procurador General de la República.

La excitativa, se justifica en los principios del Derecho Consuetudinario Internacional; fue previsto en el artículo 29 de la Convención de Viena, respecto a las relaciones diplomáticas, de fecha 18 de abril del 1961, mismo que entró en vigor el 24 de abril de 1964, que a la letra dice:

“ARTÍCULO 29. La persona del agente diplomático es inviolable. No puede ser objeto de ninguna forma de detención o arresto. El Estado receptor le tratará con el debido respeto y adoptará todas las medidas

⁴⁷ *Íbidem.*, p. 336

adecuadas para impedir cualquier atentado contra su persona, su libertad o su dignidad.”

En nuestra legislación, la excitativa se encontraba prevista en el artículo 360, fracción II del Código Penal Federal, mismo que decía:

“**ARTÍCULO 360.** No se podrá proceder contra el autor de una injuria, difamación o calumnia, sino por queja de la persona ofendida, excepto en los casos siguientes:

“I...

“II. cuando la ofensa sea contra la Nación Mexicana, o contra la nación o gobierno extranjero, o contra sus agentes diplomáticos en éste país. En el primer caso corresponderá hacer la acusación al Ministerio Público, pero será necesaria la excitativa en los demás casos.”

Dicho requisito de procedibilidad, fue derogado el 13 de abril del año 2007, publicado en el Diario Oficial de la Federación; motivo por el cual no abundaremos más en el presente punto de investigación.

Por su parte la autorización, nos dice Monarque Ureña, que es un requisito de procedibilidad que tiene por objeto remover las inmunidades de ciertos servidores públicos.

La autorización dice Colín Sánchez, que es la anuencia otorgada por los representantes o autoridades competentes, en los casos, expresamente previstos en la ley, para la prosecución de la acción penal. Atendiendo a la cualidad o especial situación del supuesto activo del delito, es necesario que se inicie la preparación de la acción penal, aunque sí para proseguirla; tal es el caso del desafuero de los diputados del permiso del superior para proceder en contra de un juez, de un agente del Ministerio Público, de un tesorero, etc.

En el caso del desafuero o de juicio político para altos funcionarios de la Federación, se debe de reunir como autorización la declaración de procedencia que otorga el Legislativo.

Existe un principio de igualdad de todos los sujetos ante la ley, sin embargo, se han reconocido algunas excepciones a éste principio derivadas de distintas razones como son la importancia del cargo que se desempeña, compromisos de carácter internacional, etc. “En la doctrina las excepciones se pueden determinar en inmunidades e inviolabilidades, como en el caso del artículo 61 constitucional, donde se señalan algunos de los cargos públicos son inviolables de las opiniones que se manifiesten en sus cargos y jamás podrán ser reconvencido por ello.”⁴⁸ Por lo que respecta a la inmunidad de acuerdo con el autor Hernández Pliego, nos dice que “implica un privilegio procesal, porque impide temporalmente la aplicación de la ley, por el tiempo en que subsista el impedimento a diferencia de la inviolabilidad, en que se cancela la aplicación de la ley.”⁴⁹

Se puede afirmar, que la autorización es el acto procesal por el que pueden removerse legalmente las inmunidades.

⁴⁸ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, el Proceso Penal Mexicano, primera edición, Porrúa S.A. de C.V., México 2002. p. 198.

⁴⁹ Véase, el capítulo correspondiente a los Procedimientos de Responsabilidad de los Servidores Públicos.

2.4.4. DECLARATORIA DE PERJUICIO Y DECLARATORIA DE PROCEDENCIA.

En delitos derivados del Código Fiscal de la Federación, como es el contrabando, lavado de dinero, etcétera, este código, señala como requisito para se perseguible, además de la querrela, la declaración que habrá de formular la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, en el sentido de que el fisco federal, con la conducta del infractor ha sufrido o bien ha podido sufrir un perjuicio, lo que de alguna forma no deja de ser un requisito de procedibilidad, o bien un condición objetiva de punibilidad, ya que por la falta de ésta declaratoria el Ministerio Público no puede dar inicio a la averiguación previa, o en su caso debe de suspenderla o bien queda impedido hasta que se cumpla con éste requisito, para poder ejercitar la acción penal correspondiente.

En término del artículo 113, del Código Federal de Procedimientos Penales, al señalar que “para la persecución de un delito se requiere querrela u otro acto equivalente”, entonces, se considera a la declaratoria de perjuicio como un requisito de procedibilidad, ya que sin ella no puede actuar el Ministerio Público o bien se suspenda la averiguación previa hasta que se cumpla con este requisito.

Por su parte la declaratoria de procedencia, no deja de ser una especie dentro del requisito de procedibilidad de la autorización y consiste específicamente en el acto donde se le quitan los privilegios o inmunidades a los altos funcionarios públicos, a que alude el artículo 111 Constitucional, en su caso, se pone al mismo a disposición de la autoridad correspondiente. Esta declaratoria no tiene por objeto el determinar si un servidor público es o no responsable de la comisión de un ilícito, sino exclusivamente, si procede o no retirarle los privilegios o inmunidades a un funcionario, esta autorización, que se encuentra dentro del llamado fuero constitucional, queda en manos del Poder Legislativo, donde actúa la Cámara de Diputados como órgano de acusación y el Senado como gran jurado.

La jurisprudencia señala que el Ministerio Público, no puede ejercitar la acción penal a un servidor público o de quien goce de fuero constitucional, hasta que no se conceda la declaración de procedencia por el Legislativo, lo que desde mi punto de vista es incorrecto, ya que el funcionario probable autor en la comisión de un delito, puede huir o ampararse.

Como podemos ver son dos requisitos de procedibilidad por los cuales no se puede iniciar la averiguación previa, si no se encuentra satisfechos dichos requisitos.

2.5. FLAGRANCIA.

Según la Enciclopedia Jurídica Mexicana del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, “la flagrancia se da propiamente cuando el autor del delito es sorprendido en el acto de cometerlo. Su presencia en el lugar del hecho, en el instante de su comisión es lo que hace la flagrancia.”⁵⁰

“Flagrante delito, considerase que el delito es flagrante cuando es descubierto en el momento de su ejecución, o en aquel que el autor es sorprendido cuando lo acaba de cometer.”⁵¹

La flagrancia tiene su fundamento en el artículo 16, constitucional párrafo cuarto, que a la letra dice:

“En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.”

Asimismo, el Código Federal de Procedimientos Penales, contempla a la flagrancia en su artículo 193, el cual establece

“ARTÍCULO 193. Se entiende la existencia de la flagrancia cuando:

“I. El inculpado es detenido en el momento de estar cometiendo el delito;

“II. Inmediatamente después de ejecutado el delito, el inculpado es perseguido materialmente, o

“III. El inculpado es señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o

⁵⁰ ENCICLOPEDIA JURÍDICA MEXICANA, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, Tomo IV, op cit., p. 87.

⁵¹ DE PINA VARA, Rafael, Diccionario de Derecho, op cit., p. 292.

quien hubiera participado con él en la comisión de delito, o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito, o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito; siempre y cuando se trate de un delito grave, así calificado por la ley, no haya transcurrido un término de cuarenta y ocho horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se haya iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiera interrumpido la persecución del delito.

“En esos casos el Ministerio público decretará la retención del indiciado si están satisfechos los requisitos del procedibilidad y el ofendido merece pena privativa de libertad, o bien ordenará la libertad del detenido, cuando la sanción sea no privativa de la libertad o alternativa.”

De conformidad con el artículo 113 del código federal citado, el Ministerio Público y sus auxiliares tiene el deber de proceder de oficio a la investigación de los delitos del orden federal, cuando éste tenga noticia, con mayo razón como lo indica el artículo transcrito, en caso de flagrancia (del latín *Flagrantir*, que significa que se está ejecutando actualmente) que en la materia procesal se alude a la conducta delictiva que se está realizando, y donde se permite a cualquier persona, incluyendo a la policía, detener sin más al ejecutor de la misma, como lo señala el artículo 16 constitucional.

En su tercer párrafo, este precepto autoriza expresamente al Ministerio Público para decretar la retención del inculpado; en cambio, como a continuación lo estudiaremos, el artículo 193-bis, no otorga esta facultad al representante social tratándose de caso urgente.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece a la flagrancia en su artículo 267, mismo que determina:

“ARTÍCULO 267.- Se entiende que existe delito flagrante cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo, o bien cuando el inculpado es perseguido material e inmediatamente después de ejecutado el delito.

“Se equiparará la existencia de delito flagrante cuando la persona es señalada como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiera participado con ella en la comisión del delito; o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito; o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito; siempre y cuando se trate de un delito grave así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de setenta y dos horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se hubiera iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiese interrumpido la persecución del delito.

“En esos casos el Ministerio Público iniciará desde luego la averiguación previa y bajo su responsabilidad según proceda, decretará la retención del indiciado si están satisfechos los requisitos de procedibilidad y el delito merezca pena privativa de libertad, o bien, ordenará la libertad del detenido, cuando la sanción sea no privativa de libertad, o bien alternativa.

“La violación de esta disposición hará penalmente responsable a quien decrete la indebida retención, y el indiciado deberá ser puesto en inmediata libertad.”

Como podemos observar los artículos antes transcritos 16, 193 y 267 respectivamente, señalan y describen literalmente que la flagrancia se da cuando el inculpado es detenido al momento de estar cometiendo el delito, o bien, cuando el inculpado es perseguido material mente después de ejecutar el delito.

La flagrancia no es un requisito de procedibilidad propiamente, sin embargo, es una figura por la cual al igual que cualquier requisito de procedibilidad, da inicio a la averiguación previa.

2.6. CASO URGENTE.

Igualmente el caso urgente, tiene su fundamento en el artículo 16, constitucional párrafo quinto, que dice:

“solo en caso urgente, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancias, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.”

El Código Federal de Procedimientos Penales establece en su artículo 193 Bis, lo siguiente:

“ARTICULO 193 bis. En casos urgentes el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar por escrito la detención de una persona, fundando y expresando los indicios que acrediten:

“a) Que el indiciado haya intervenido en la comisión de alguno de los delitos señalados como graves en el artículo siguiente;

“b) Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y

“c) Que por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda ocurrir ante autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión.

“La violación de esta disposición hará penalmente responsable al Ministerio Público o funcionario que decrete indebidamente la detención y el sujeto será puesto en inmediata libertad.”

Este artículo precisa que en casos urgentes el Ministerio Público puede ordenar por escrito al detención de una persona de manera fundada y motivada,

es decir, expresando los indicios que acrediten los requisitos de procedibilidad que se señalan para ello; el precepto no autoriza la retención del indiciado (como lo es con la flagrancia), sólo alude a la detención; dichos indicios deben indicar que el inculpado hubiere intervenido en algunos de los delitos señalados como graves; además debe de probarse que existe el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la justicia, y que por razones de horas, lugar o cualquier otra circunstancia no se pueda acudir ante la autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión; esto implica que cuando en el lugar de la detención existan oficinas de juzgados, no procede que el representante social ordena la detención de una persona, dado que en este supuesto puede acudir ante el juez penal a solicitar la orden de aprehensión como lo señala el artículo en comento.

Este artículo reproduce la norma constitucional, agregando sólo la obligación del Ministerio Público a fundar la resolución correspondiente expresando los indicios que acrediten los requisitos establecidos en la constitución, para el caso de urgencia, añadiendo también que la violación a la disposición legal hará responsable penalmente al Ministerio Público o funcionario que decreta indebidamente la detención, por lo que el detenido será puesto en inmediata libertad.

Por su parte el Código de Procedimiento Penales para el Distrito Federal prevé esta figura en su artículo 268, redacta lo siguiente:

“ARTÍCULO 268.- Habrá caso urgente cuando concurren las siguientes circunstancias:

“I.- Se trate de delito grave así calificado por la ley;
y

“II.- Exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y

“III.- El Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar u otras circunstancias.

“Existirá el riesgo fundado a que se refiere la fracción II anterior, en atención a las circunstancias personales del inculpado, a sus antecedentes penales, a sus posibilidades de ocultarse, a ser sorprendido al tratar de abandonar el ámbito territorial de jurisdicción de la autoridad que estuviera conociendo del hecho o, en general, a cualquier indicio que haga presumir fundadamente que puede sustraerse de la acción de la justicia.

“El Ministerio Público ordenará la detención en caso urgente, por escrito, fundando y expresando los indicios que acrediten los requisitos mencionados en las fracciones anteriores....”

Este artículo establece exactamente, los mismos requisitos constitucionales que se exigen para la detención por caso urgente, pero deja en claro que para apreciar el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la justicia, deberán tomarse en cuenta las circunstancias personales del inculpado, sus antecedentes personales, sus posibilidades de ocultarse, el ser sorprendido tratando de abandonar el ámbito territorial de jurisdicción de la autoridad que conozca del hecho, ó en general, cualquier indicio que haga presumir fundadamente que se puede dar a la fuga.

Es necesario apuntar que en materia federal, técnicamente no puede darse la urgencia, ya que los Juzgados de Distrito de Procesos Penales Federales, se encuentran en turno las veinticuatro horas del día, todo el año, por lo que siempre habrá juez en el lugar para solicitar la orden de aprehensión de un probable responsable.

2.7. EL CUERPO DEL DELITO Y LA PROBABLE RESPONSABILIDAD.

El cuerpo del delito y la probable responsabilidad son requisitos exigidos en tres eventos procedimentales: la consignación, la orden de aprehensión o comparecencia, el auto de formal prisión. La mayoría de los doctrinarios tratan este tema en los requisitos para el dictado de la orden de aprehensión o del auto de formal prisión; sin embargo, es oportuno desarrollar tales conceptos en este apartado, en virtud de que en la consignación, como primer momento procedimental, es donde se aplican tales preceptos.

A fin de que el Ministerio Público no pueda de manera indiscriminada, señalar con el dedo a quien deba de consignarse, aprehenderse ó procesarse, el legislador ha establecido en la ley una serie de requisitos para garantizar que dichos actos de molestia en contra del ciudadano, no queden al arbitrio de la autoridad.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé estas dos figuras en sus artículos 16 y 19, mismos que dicen:

“ARTÍCULO 16...

“No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.”

“ARTICULO 19.- Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que

arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.”

Por lo que hace al cuerpo del delito y la probable responsabilidad, según el artículo 168, del Código Federal de Procedimientos Penales, establece que:

“ARTICULO 168. El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

“Por cuerpo del delito se entiende, el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

“La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.

“El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley.”

En relación al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal establece en su artículo 122, lo siguiente:

“Artículo 122.- El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del inculpado, como base del ejercicio de la acción; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

“El cuerpo del delito se tendrá por comprobado cuando se acredite el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito.

“En los casos en que la ley incorpore en la descripción de la conducta prevista como delito un elemento subjetivo o normativo, como elemento constitutivo esencial, será necesaria la acreditación del mismo para la comprobación del cuerpo del delito.

“La probable responsabilidad del indiciado, se tendrá por acreditada cuando de los medios probatorios existentes se deduzca su obrar doloso o culposo en el delito que se le imputa, y no exista acreditada en su favor alguna causa de exclusión del delito.

“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 atribuibilidad 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.”

“*Corpus delicti* o cuerpo del delito, es un concepto de importancia capital en el Derecho de Procedimientos Penales, debido a que la comprobación de la conducta o hecho punible, descrito por el legislador y entendido como un todo unitario en los elementos que lo integran, es la base en que se sustenta; sin ello no habrá posibilidad ninguna de dictar auto de formal prisión o, en su caso, una sentencia en donde se declare a una persona culpable o que se le imponga alguna pena.”⁵²

El elemento objetivo o material está referido al sujeto activo que realiza una acción u omisión, así como también, complementariamente, al sujeto pasivo, persona física, la cosa objeto del delito; por ende, lo objetivo material, corresponde a estados ó procesos externos, susceptibles de ser determinados, espacial y temporalmente, perceptibles por los sentidos objetivos, fijados en la ley descriptiva también, estados ó procesos anímicos en otras personas que no sean precisamente el autor, por ejemplo: privar de la vida a una persona, causar una lesión, apoderarse de una cosa, la realización de la cópula, etc., asimismo, tomando en consideración que en cada tipo se describe un ilícito, en éste se incluyen circunstancias, elementos condiciones, señalamientos de los medios y el resultado.

Los elementos normativos, “son aquellos a los que se llega mediante una valoración jurídica: cosa mueble, perjuicio, documento público; o cultural: apropiación, vida, erótico-sexual, perjuicio. Al referirme a lo material u objetivo de la antijuridicidad, indico que así la considero en cuanto afecta intereses fundamentales protegidos jurídicamente en una organización social.”⁵³

⁵² COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, op cit. p.373.

⁵³ Íbidem. 376.

De lo establecido en este precepto es necesario colegir, que el legislador consideró como cuerpo del delito, a los elementos materiales de la propia infracción, criterio que se adecua a lo sostenido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que en su momento estableció lo siguiente:

Tesis, de la Primera Sala de la suprema Corte de Justicia de la Nación, que se consulta en la página 27, del Semanario Judicial de la Federación 58 Segunda Parte, página 27, Séptima Época, que dice:

“CUERPO DEL DELITO, CONCEPTO DE. Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la Ley Penal, y la determinación que tiene por acreditado el cuerpo del delito debe apoyarse en la demostración de la existencia de un hecho, con todos sus elementos constitutivos, tal como lo define la ley al considerarlo como delictivo y señalar la pena correspondiente.”

Sirve de apoyo la jurisprudencia VI.2o. J/93, emitida por el Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, visible en la página trescientos cuarenta y uno, del Semanario Judicial de la Federación, Octava Época, tomo VI, segunda parte-1, julio a diciembre de 1990, cuyo rubro y texto dicen:

“CUERPO DEL DELITO Y PRESUNTA RESPONSABILIDAD. PRUEBA POR LOS MISMOS ELEMENTOS. Si bien es cierto que el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad resultan ser conceptos diferentes, en virtud de que el primero se refiere a cuestiones impersonales relativas a la verificación de un hecho tipificado por la ley como delito, independientemente de la autoría de la conducta, y la segunda radica en la atribución de la causación del resultado a una persona; también lo es que, puede suceder que un medio de

convicción sirva para acreditar ambos extremos, ya que en ese caso, por un lado puede revelar la existencia de un hecho determinado como delito y por el otro atribuir la comisión del suceso a un sujeto específico; por tanto, tener por justificadas ambas premisas con los mismos datos probatorios no trae como consecuencia una violación de garantías.”

Como se ha venido enunciando, el Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado como base de la acción penal, la autoridad judicial a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados.

Una vez que se ha comprobado o integrado el cuerpo del delito, es decir, que se han reunido los elementos materiales, subjetivos, normativos del ilícito en cuestión, se debe atender sobre la probable responsabilidad del indiciado; siendo esta probable, por que la responsabilidad penal como tal, surge en el momento mismo de la sentencia, que es cuando se determina si el hecho imputado al procesado constituye o no un delito a efecto de que el juzgador dicte la resolución que corresponda; por tanto, “en esta etapa del procedimiento basta con que el juez de la causa establezca una relación lógica-jurídica entre el resultado y la conducta desarrollada por el procesado o acusado; si ésta fue capaz de producir el resultado delictivo, se ha establecido con ello la probable responsabilidad.”⁵⁴

La probable responsabilidad, es otro de los requisitos de fondo, señalados en las constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para que proceda, el ejercicio de la acción penal, la orden de aprehensión o el auto de formal prisión.

⁵⁴ ORONÓZ SANTANA, Carlos, Manual de Derecho Procesal Penal, cuarta edición, Limusa S.A. de C.V., México 2005, p. 115.

Tanto en la doctrina, como en la práctica, se hace referencia indistintamente a la presunta ó probable responsabilidad de una persona, ambos calificativos sinónimos que significan: lo fundado en razón prudente o, de lo que se sospecha, por tener indicios. En consecuencia, “existe probable responsabilidad, cuando haya elementos suficientes para suponer que una persona pudo haber tomado parte, de alguna manera en la concepción, preparación o ejecución de un acto típico, antijurídico y culpable.”⁵⁵

Es indudable que, durante la averiguación previa, para estar en posibilidad de resolver, si procede la consignación o la libertad del sujeto, se lleve a cabo una valoración de los hechos, de todas las pruebas recabadas, porque, aún integrado el cuerpo del delito, si no hay presunta responsabilidad, no se podrá ejercitar la acción penal.

Una vez practicadas todas y cada una de las diligencias tendientes a comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, como lo establecen los artículos anteriormente transcritos, el Ministerio Público, tomando en consideración todo lo actuado, resolverá la situación jurídica del probable responsable, como ya se había mencionado, ejercitando acción penal, ante el órgano jurisdiccional (juez, ya sea con o sin detenido), el no ejercicio de la acción penal.

Sirve de apoyo a lo anterior, tesis XXV.1 P, Tribunales Colegiados de Circuito, que se consulta en la página 933, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, XI, abril de 200, Novena Época, misma que a la letra dice:

“AUTO DE FORMAL PRISIÓN, EL ARTÍCULO 204 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE DURANGO TIENE APLICACIÓN PREFERENTE AL ARTÍCULO 19 CONSTITUCIONAL POR OTORGAR MAYORES

⁵⁵ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, op cit. p.386

PRERROGATIVAS AL INCULPADO EN EL DICTADO DEL.

De acuerdo con la reforma del artículo 19 constitucional del ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, para dictar un auto de formal prisión se exige que los datos que arroje la averiguación previa deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito penal y hacer probable la responsabilidad del indiciado; es decir, que en autos se encuentren constancias que acrediten los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva. Sin embargo, el artículo 204 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Durango, aun exige como requisito para emitir un auto de formal prisión, la demostración de los elementos del tipo penal, cuyo concepto jurídicamente incluye no sólo los elementos objetivos, sino también los normativos y los subjetivos que contenga la figura típica de que se trate. De lo anterior se desprende que la legislación local en cita exige mayores requisitos que el precepto constitucional para dictar un auto de formal prisión, otorgando mayores prerrogativas al inculpado, toda vez que, en esa medida, se extiende la garantía constitucional que es el mínimo de derechos de que disponen los gobernados, por lo que resulta preferente su aplicación.”

2.8. EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.

Una vez que se hayan realizado las diligencias conducentes para la integración de la averiguación previa, el Ministerio Público dictará una resolución en donde determine el trámite que corresponda a la indagatoria. Esto es, una vez que se han practicado todas las diligencias conducentes a la integración de la averiguación previa, el representante social dictará una resolución mediante la cual, va a determinar si ejercita o no la acción penal, o de abstenerse de hacerlo.

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

“El ejercicio de la acción penal, tiene su principio mediante la consignación, esta es el arranque, el punto en el cual el Ministerio Público ocurre ante el órgano jurisdiccional con el que provoca la función correspondiente; la consignación es el primer acto del ejercicio de la acción penal.”⁵⁶

El artículo 21 de la Carta Magna, faculta al Ministerio Público como órgano persecutor de los delitos, establece un aparente monopolio del ejercicio de la acción penal.

Por su parte el artículo 2 del Código Federal del Procedimientos Penales dice:

“Compete al Ministerio Público Federal llevar a cabo la averiguación previa y ejercer, en su caso, la acción penal ante los tribunales...”

Por otro lado el artículo 136 del código previamente citado establece que:

⁵⁶ OSORIO Y NIETO, César Augusto, op cit., p.28.

“En ejercicio de la acción penal, corresponde al Ministerio Público:

“I.- Promover la incoación del proceso penal;

“II.- Solicitar las órdenes de comparecencia para preparatoria y las de aprehensión, que sean procedentes;

“III.- Pedir el aseguramiento precautorio de bienes para los efectos de la reparación del daño;

“IV.- Rendir las pruebas de la existencia de los delitos y de la responsabilidad de los inculpados;

“V.- Pedir la aplicación de las sanciones respectivas; y

“VI.- En general, hacer todas las promociones que sean conducentes a la tramitación regular de los procesos.”

Así también el artículo 2 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal señala:

“Al Ministerio Público corresponde el ejercicio exclusivo de la acción penal, la cual tiene por objeto:

“I. Pedir la aplicación de las sanciones establecidas en las leyes penales;

“II. Pedir la libertad de procesados, en la forma y términos que previene la ley;

“III. Pedir la reparación del daño, en los términos especificados en el Código Penal.”

En el mismo sentido, el artículo 286 bis, del código penal en cita, establece:

“Cuando aparezca de la averiguación previa que existe denuncia o querrela, que se han reunido los

requisitos previos que en su caso exijan la ley y que se han acreditado la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, el Ministerio Público ejercerá la acción penal ante el órgano jurisdiccional que corresponda”

Como podemos observar de los artículos previamente citados, el Ministerio Público es el órgano estatal a quien se encomienda el ejercicio de la acción penal, es por eso que se señala que éste tiene el monopolio de la acción penal.

Sin embargo, existen excepciones respecto a la actuación del Ministerio Público, en cuanto al ejercicio de la acción penal, la primera se encuentra contemplada en los artículos 108 párrafo segundo, 110 y 111 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, cuando se autoriza a la Cámara de Diputados para acusar al Presidente de la República, por traición a la patria o algún delito grave del orden común, ante la de Senadores, la cual resolverá aplicando las sanciones con base a la legislación penal aplicable y la segunda se contempla en los artículos 107 Constitucional, 105 y 108 de la Ley de Amparo; en la que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, consigna ante el juez de Distrito a la autoridad responsable, cuando esta se resiste a dar cumplimiento a la ejecutoria de amparo.

No obstante tratándose de delitos cometidos por servidores públicos, indicados en el artículo de nuestra Carta Magna, el presidente de la Cámara de Diputados, previa observancia de las formalidades legales, para el caso previsto, la ejercita ante los integrantes del Senado de la República, según lo establece el artículo 112 Constitucional.

Como podemos observar, que salvo en casos excepcionales, como los antes señalados, el único titular de la acción penal, lo es el Ministerio Público, quien la ejercerá a través de sus agentes.

El Ministerio Público, cumple con la función de perseguir los delitos, a través del ejercicio de la acción penal, facultad que se le otorga constitucionalmente, pero también como una facultad que se establece a su cargo, esto es, no constituye sólo un derecho potestativo ingresando a su esfera jurídica, sino al propio tiempo es un deber jurídico el que tiene, por eso, la acción penal es un deber encomendado al Ministerio Público, con cuya sustentación realiza la función persecutoria del delito, la cual es una de sus funciones, misma que se observará en los siguientes puntos. El objeto de la acción penal es obtener la aplicación de la ley a un caso concreto, en donde se lesionó o se puso en peligro algún bien jurídico fundamental.

Por lo que una vez que el Ministerio Público, habiéndose realizado las diligencias correspondientes, como ya se mencionó, considera que se encuentran reunidos los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, procederá a determinar el ejercicio de la acción penal, tal como lo establece el artículo 286 bis previamente citado, como se desprende del mismo; que dice:

“El Ministerio Público investigador, propondrá el ejercicio de la acción penal, a las unidades de consignaciones, una vez que se hayan realizado las diligencias pertinentes y se compruebe el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.”

En esta etapa, se pone a disposición del juez todas las diligencias practicadas durante la averiguación previa, así como los objetos que se encuentren relacionados con la indagatoria, para que de esta manera el juzgador, esté en condiciones de corroborar y determinar o no, el ejercicio de la acción que se está ejercitando en contra de alguna persona, el cual ratificará o no la legal detención, dictará orden de aprehensión o cual sea el caso en concreto; lo anterior tomando en cuenta las diligencias practicada en la averiguación previa.

Por lo anteriormente dicho, es preciso dejar en claro lo que nuestros doctrinarios en sus distintas obras establecen que la acción penal sólo tiene lugar mediante el acto denominado consignación, en el cual el Ministerio Público concurre ante el órgano jurisdiccional provocando el desarrollo de su función; en consecuencia, la consignación es el primer acto del ejercicio de la acción penal.

2.9. LAS PARTES EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

Nos referimos ahora a los actores, de lo que los clásicos denominan el drama penal. En este punto vamos a ver a los integrantes que forman parte en el inicio del procedimiento penal, como lo son el Ministerio Público, el inculpado o probable responsable y al defensor. Figuras jurídicas las cuales interviene desde el inicio e integración de la averiguación previa, los cuales vamos a desarrollar uno a uno, para saber en que momento interviene, quienes son, cual es la función que tienen como sujetos del procedimiento penal y posteriormente del proceso penal en sí.

2.9.1. MINISTERIO PÚBLICO.

Jorge Alberto Silva Silva, citando a Fix Zamudio, dice que el Ministerio Público, es “la institución unitaria y jerárquica dependiente del organismo ejecutivo que posee funciones esenciales de la persecución de los delitos y el ejercicio de la acción penal; intervenciones en otros procedimiento judiciales para la defensa de intereses sociales, de ausentes, menores incapaces.”⁵⁷

Colín Sánchez, define al Ministerio Público como “una función del Estado, que ejerce por conducto del Procurador de Justicia, busca la aplicación de las normas jurídicas emitidas por el propio Estado para la persecución de los presuntos delincuentes y los demás previstos en aquéllas en las que expresamente se determina su intervención a los casos concretos”.⁵⁸

El artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece la atribución del Ministerio Público de investigar y perseguir delitos. Esta atribución se refiere a dos momentos procedimentales: el preproceso, como algunos autores lo llaman, y el procesal; el preprocesal

⁵⁷ SILVA SILVA, Jorge Alberto, op cit. p.155.

⁵⁸ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, op cit., p. 103.

abarca precisamente la averiguación previa, constituida por la actividad investigadora del Ministerio Público, como ya se mencionó en el capítulo correspondiente, tendiente a decidir sobre el ejercicio o abstención de la acción penal. El mencionado artículo constitucional, otorga por una parte, una atribución al Ministerio Público: la función investigadora, auxiliado por la policía; por otra parte, una garantía para los individuos, pues sólo el Ministerio Público puede investigar delitos, de manera que “la investigación se inicia a partir del momento de que el representante social tiene conocimiento de un hecho posiblemente delictivo, a través de la denuncia, querrela o cualquier otro requisito de procedibilidad que de inicio a la primera etapa del procedimiento penal.”⁵⁹

De lo anterior se advierte que, el Ministerio Público es el órgano del Estado, encargado de perseguir e investigar los delitos, una vez acreditados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, ejercitar o no, cual sea el caso, la acción penal ante la autoridad judicial. Dicha figura jurídica tiene su fundamento en el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al establecer que “la investigación como la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con la policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato.” Asimismo el artículo 102 apartado A, determina “incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución, ante los Tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las ordenes de aprehensión contra los inculcados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan con toda la regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine.”

Luego así, la función persecutoria, encomendada al Ministerio Público, como su nombre lo dice, consiste en perseguir los delitos, a lo que es lo mismo, en buscar y reunir los elementos necesarios para hacer las gestiones

⁵⁹ OSORIO Y NIETO, César Augusto, op cit., p. 3.

pertinentes para procurar que a los autores de ellos se les apliquen las consecuencias establecidas en la ley. De esta manera, “en la función persecutoria se vislumbra un contenido y una finalidad íntimamente entrelazados: el contenido, realiza las actividades necesarias para que el autor de un delito no evada la acción de la justicia; la finalidad, que se aplique a los delincuentes las consecuencias fijadas en la ley, es decir las sanciones.”⁶⁰

Para el maestro Oronoz Santana, refiere que “la función persecutoria de los delitos es exclusiva del Ministerio Público, por mandato expreso del citado artículo 21 Constitucional, consiste en perseguir los delitos, significando con ello el hecho de buscar, de reunir todos los datos necesarios para la correcta integración de los elementos del ilícito a efecto de que, una vez reunidos estos, pueda el Ministerio Público, mediante un juicio lógico jurídico, concluir que son bastantes los ahí reunidos, para presumir que se encuentra acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal de la persona a quien se le imputa el delito, para que pueda pedir ante el órgano jurisdiccional la aplicación de la pena correspondiente.”⁶¹

Para los juristas citados con antelación, de la función persecutoria se desprende, la función investigadora y el ejercicio de la acción penal, las cuales se estudian a continuación.

Luego así, la función investigadora del Ministerio Público que le concede la Constitución Federal; “es el conjunto de actividades que desarrolla el representante social, para comprobar la existencia de los delitos, llegar a saber quien o quienes lo realizaron y si está en posibilidad jurídica de solicitar la intervención del órgano jurisdiccional para efecto de que éste, mediante un proceso, imponga las penas.”⁶²

⁶⁰ RIVERA SILVA, Manuel, op cit., p. 55.

⁶¹ ORONoz SANTANA, Carlos, op cit., p. 60

⁶² BARRAGAN SALVATIERRA, Carlos, op cit., p. 310.

La actividad ministerial investigadora, tiende a comprobar los delitos, descubrir quienes lo cometieron, se recoge en actas, con las cuales se integra un expediente denominado averiguación previa, el cual se le dará un numero para su reconocimiento.

Para el jurista Manuel Rivera Silva, indica que la función investigadora, entraña una labor autentica de averiguación; de búsqueda constante de las pruebas que acreditan la existencia de los delitos, la responsabilidad de quienes en ellos participan. Durante ésta actividad, el órgano que la realiza trata de proveerse de las pruebas necesarias para comprobar la existencia de los delitos para poder estar en aptitud de comparecer ante los tribunales y pedir la aplicación de la ley. La actividad investigadora “es el presupuesto forzoso y necesario del ejercicio de la acción penal, es decir, del excitar a los tribunales a la aplicación de la ley al caso concreto, pues es obvio, que para pedir la aplicación de la ley a una situación histórica, es menester dar a conocer la propia situación y, por ende, previamente estar enterado de la misma.”⁶³

Además de que la constitución establece tajantemente la función o atribución que tiene al Ministerio Público, el artículo 2 del Código Federal de Procedimientos Penales, establece respecto a las facultades lo siguiente:

“ARTICULO 2. Compete al Ministerio Público Federal llevar a cabo la averiguación previa y ejercer, en su caso, la acción penal ante los tribunales.

“En la averiguación previa corresponderá al Ministerio Público:

“I.- Recibir las denuncias o querellas que le presenten en forma oral o por escrito sobre hechos que puedan constituir delito;

⁶³ RIVERA SILVA, Manuel, op cit., p. 56.

“II.- Practicar y ordenar la realización de todos los actos conducentes a la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, así como a la reparación del daño;

“III.- Solicitar a la autoridad jurisdiccional las medidas precautorias de arraigo, aseguramiento o embargo que resulten indispensables para la averiguación previa, así como las órdenes de cateo que procedan;

“IV.- Acordar la detención o retención de los indiciados cuando así proceda;

“V.- Dictar todas las medidas y providencias necesarias para proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas;

“VI.- Asegurar o restituir al ofendido en sus derechos en los términos del artículo 38;

“VII.- Determinar la reserva o el ejercicio de la acción penal;

“VIII.- Acordar y notificar personalmente al ofendido o víctima el no ejercicio de la acción penal y, en su caso, resolver sobre la inconformidad que aquéllos formulen;

“IX.- Conceder o revocar, cuando proceda, la libertad provisional del indiciado;

“X.- En caso procedente promover la conciliación de las partes; y

“XI.- Las demás que señalen las leyes.”

Igualmente el artículo 273 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, también establece que “La policía judicial estará bajo la autoridad y mando inmediato del Ministerio Público, lo mismo que la policía preventiva, cuando actúe en averiguación o persecución de los delitos. Tanto el Ministerio Público como la policía se sujetarán a los reglamentos y leyes

orgánicas respectivas, en lo que concierne a las diligencias que hayan de practicar antes de iniciarse el procedimiento judicial”.

La Ley Orgánica del la Procuraduría General de la República en su artículo 11, que dice “para el desarrollo de las funciones de la Procuraduría General de la República y del Ministerio Público de la Federación, se contará con un sistema de especialización, desconcentración territorial y funcional, sujeto a las siguientes bases generales:

“I...

“a) La Procuraduría General de la República contará con unidades administrativas especializadas en la investigación y persecución de géneros de delitos, atendiendo a las formas de manifestación de la delincuencia organizada, así como a la naturaleza, complejidad e incidencia de los delitos federales”.

“La segunda actividad que abraza a la función persecutoria, consiste en el llamado ejercicio de la acción penal,”⁶⁴ de la cual no abundaremos, ya que dicho tema se trató en el punto correspondiente, pero es importante mencionarlo ya que es otra de las facultades o atribuciones que el Ministerio Público tiene en el ejercicio de sus funciones, corroborado por los artículos que se citaron en el capítulo correspondiente al ejercicio de la acción penal.

⁶⁴ Íbidem., p. 58.

2.9.2. INDICIADO Ó INCULPADO.

El inculpado, no sólo es un sujeto indispensable en la relación procesal, sino a no dudarlos, es el principal actor de ella. Surge en el momento mismo en el que alguien le atribuye, en la denuncia o querrela, participación en la realización de algún delito. No requiere para obtener esa calidad, ninguna declaración judicial expresa, siendo bastante con que se le haga la imputación o el señalamiento.

Para referirse al inculpado, la Constitución Federal, la legislación procesal, inclusive la jurisprudencia misma de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, utiliza diferentes denominaciones, como indiciado, probable responsable, procesado, acusado, etc.

Los autores en materia penal, utilizan la denominación que corresponda a este sujeto indispensable, “según la etapa procesal por la que vaya transitando: indiciado, durante la averiguación previa, por existir apenas indicios de responsabilidad a su cargo; procesado, una vez que se encuentra a disposición del juez, es ahí cuando comienza el proceso, acusado, desde que el Ministerio Público formula conclusiones acusatorias en el proceso, inculpado, encausado, incriminado o imputado, es una denominación común que puede ser usada indistintamente, hasta este momento procesal; sentenciado, al dictarse sentencia definitiva, condenado o reo, si esa resolución es condenatoria y compurgado, si éste ha cumplido la condena impuesta.”⁶⁵

Según para Colín Sánchez, “en la comisión de los hechos delictuosos siempre interviene un sujeto que mediante un hacer o no hacer, legalmente tipificado, da lugar a la relación jurídico-material del derecho penal y posteriormente a la relación procesal. Esto no implica que sea el sujeto activo del delito, ya que para tener esta calidad, se requiere que se dicte una

⁶⁵ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, op cit. p. 110.

resolución judicial condenatoria. No obstante, habrá sido objeto de los actos y formas del procedimiento, razón por la cual se le calificará como sujeto activo, nombre aplicable, en términos generales, sin desconocer otras denominaciones que le correspondan, atento al momento de la secuela procesal.”⁶⁶

En la búsqueda de una terminología más precisa, se toma como referencia las definiciones que señala nuestro jurista citado:

Indiciado; “es el sujeto en contra de quien existen sospechas de que cometió algún delito. Persona respecto a la cual existen indicios para creer que es responsable de un delito. Se le denomina así en la etapa de la Averiguación Previa.”⁶⁷

Presunto responsable; es en contra de quien existen datos suficientes para presumir que ha sido autor de los hechos que se le atribuyen.

Imputado; es aquel a quien se le atribuye un delito.

Inculpado; es aquel que se le atribuye la comisión o participación de un hecho delictuoso.

Encausado; es el sometido a una causa o proceso.

Procesado; es aquel que está sujeto a un proceso.

Incriminado; es lo mismo que el término imputado o inculpado.

⁶⁶ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, op cit. p. 223.

⁶⁷ NUEVO DICCIONARIO DE DERECHO PENAL. op. cit., p. 540.

Presunto culpable; es contra quienes existen elementos suficientes para suponer que en el momento procesal oportuno será objeto de una declaración jurídica que lo considere culpable.

Enjuiciado; al que se le sigue un juicio.

Condenado: es aquel que está sometido a una penal o condena.

Reo; es aquel sobre el que la sentencia ha causado ejecutoria, está obligado a someterse a la ejecución de la penal por la autoridad correspondiente.

Desde mi punto de vista, no se justifica otorgar un solo nombre durante todo el procedimiento debido a que su situación jurídica es variable, por tanto, lo correcto es indiciado, inculpado o presunto responsable, tanto en la averiguación previa como al ejercitarse la acción penal, durante el término constitucional, hasta en tanto no se haya resuelto su situación jurídica, al dictársele auto de formal prisión o sujeción a proceso. Una vez que el órgano jurisdiccional dicta auto de formal prisión o de sujeción a proceso, se le denominará procesado, encausado o enjuiciado. Posteriormente al formularse las conclusiones acusatorias recibirá el nombre de acusado. Una vez dictada la sentencia definitiva se le denominará sentenciado, una vez que ésta cause ejecutoria se le denominará reo o condenado.

Durante la averiguación previa como en el proceso el sujeto activo del delito, goza de garantías y obligaciones, al respecto hablaremos solamente de la averiguación previa, ya que es ahí donde se desarrolla el punto medular de nuestro tema de tesis.

El artículo 20, apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece todas las garantía individuales que goza el

inculpado durante el procedimiento penal desde la averiguación previa hasta la terminación del mismo.

Ahora bien, del artículo anteriormente citado, entre otras tantas garantías que tiene el indiciado, goza del derecho de defensa, figura jurídica que prevé en la fracción IX y X, último párrafo; tema del cual no se abundará al respecto ya que en nuestro capítulo tercero se desarrollará de una manera más precisa. Sin embargo, no sobra decir que es una garantía que el inculpado o indiciado goza desde la primera etapa del procedimiento penal, es decir, desde la averiguación previa. Asimismo los códigos adjetivos de la materia, establecen las garantías y obligaciones que tiene el indiciado, desde la averiguación previa, durante el proceso y hasta la culminación de éste.

De esta manera el artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales establece:

“ARTICULO 128.- Cuando el inculpado fuese detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público Federal, se procederá de inmediato en la siguiente forma:

“I.- Se hará constar por quien haya realizado la detención o ante quien aquél haya comparecido, el día, hora y lugar de la detención o de la comparecencia, así como, en su caso, el nombre y cargo de quien la haya ordenado. Cuando la detención se hubiese practicado por una autoridad no dependiente del Ministerio Público, se asentará o se agregará, en su caso, la información circunstanciada suscrita por quien la haya realizado o haya recibido al detenido;

“II.- Se le hará saber la imputación que existe en su contra y el nombre del denunciante o querellante;

“III.- Se le harán saber los derechos que le otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, particularmente en la averiguación previa, de los siguientes:

“a) No declarar si así lo desea, o en caso contrario, a declarar asistido por su defensor;

“b) Tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiere designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio;

“c) Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación;

“d) Que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en la averiguación, para lo cual se permitirá a él y su defensor consultar en la oficina del Ministerio Público y en presencia del personal, el expediente de la averiguación previa;

“e) Que se le reciban los testigos y demás pruebas que ofrezca y que se tomarán en cuenta para dictar la resolución que corresponda, concediéndosele el tiempo necesario para ello, siempre que no se traduzca en entorpecimiento de la averiguación y las personas cuyos testimonios ofrezca se encuentren en el lugar donde aquélla se lleva a cabo. Cuando no sea posible el desahogo de pruebas, ofrecidas por el inculpado o su defensor, el juzgador resolverá sobre la admisión y práctica de las mismas; y

“f) Que se le conceda, inmediatamente que lo solicite, su libertad provisional bajo caución, conforme a lo dispuesto por la fracción I del artículo 20 de la Constitución y en los términos del párrafo segundo del artículo 135 de este Código.

“Para efectos de los incisos b) y c) se le permitirá al indiciado comunicarse con las personas que él solicite, utilizando el teléfono o cualquier otro medio de comunicación del que se pueda disponer, o personalmente, si ellas se hallaren presentes.

“De la información al inculpado sobre los derechos antes mencionados, se dejará constancia en las actuaciones;

“IV. Cuando el detenido perteneciere a un pueblo o comunidad indígena o fuere extranjero, que no hable o no entienda suficientemente el español, se le designará un traductor que le hará saber los derechos a que se refiere la fracción anterior. Tratándose de indígenas, el traductor y el defensor que deberán asistirle, deberán tener además conocimiento de su lengua y cultura. Si se tratare de un extranjero, la detención se comunicará de inmediato a la representación diplomática o consular que corresponda, y

“V.- En todo caso se mantendrán separados a los hombres y a las mujeres en los lugares de detención o reclusión.”

En el mismo orden de ideas el artículo 269 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal determina:

“ARTÍCULO 269.- Cuando el inculpado fuere detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público, se procederá de inmediato en la siguiente forma:

“I.- Se hará constar la hora, fecha y lugar de la detención así como, en su caso el nombre y cargo de quien la haya ordenado y ejecutado. Cuando la detención se hubiese practicado por una autoridad diversa al Ministerio Público, se asentará o se agregará en su caso, información circunstanciada suscrita por quien la haya realizado o recibido al detenido;

“II.- Se le hará saber de la imputación que exista en su contra y el nombre del denunciante, acusador o querellante;

“III.- Será informado de los derechos que en averiguación previa consigna en su favor la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Dichos derechos, son:

“a) No declarar si así lo desea;

“b) Que debe tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiere designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio;

“c) Ser asistido por su defensor cuando declare;

“d) Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación previa, y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera;

“e) Que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en la averiguación previa, para lo cual se permitirá a él y su defensor consultar en la oficina del Ministerio Público y en presencia del personal, el acta de averiguación previa;

“f) Que se le reciban los testigos y las demás pruebas que ofrezca, las cuales se tomarán en cuenta para dictar la resolución que corresponda, concediendo el tiempo necesario para su desahogo, siempre que no se traduzca en dilación de la averiguación previa y las personas cuyos testimonios ofrezcan se encuentren presentes en la oficina del Ministerio Público.

“Cuando no sea posible el desahogo de pruebas, ofrecidas por el inculpado y su defensor, el juzgador resolverá en su oportunidad, sobre la admisión y práctica de las mismas; y

“g) Que se le conceda, inmediatamente que lo solicite, su libertad provisional bajo caución conforme a lo dispuesto por la fracción I del artículo 20 de la Constitución Federal, y en los términos del artículo 556 de este Código.

“Para los efectos de los incisos b), c) y d) se le permitirá al indiciado comunicarse con las personas que solicite, utilizando el teléfono o cualquier otro medio de que se disponga, o personalmente si se hallaren presentes; y

“IV. Cuando el indiciado fuere un indígena o extranjero, que no hable o no entienda suficientemente el castellano, se le designará un traductor que le hará saber los derechos a que se refiere este artículo. Si se tratare de un extranjero la detención se comunicará de inmediato a la representación diplomática o consular que corresponda.

“De la información al indiciado sobre los derechos antes mencionados, se dejará constancia en el acta de averiguación previa.

“En todo caso se mantendrán separados a los hombres y a las mujeres en los lugares de detención.”

Como podemos observar uno de los derechos fundamentales que goza el indiciado o inculcado, durante la averiguación previa, específicamente a lo que es nuestro tema de tesis, es decir en el arraigo, está previsto en la nuestra Carta Magna, en los códigos adjetivos de la materia, que entre otros tantos derechos que le otorgan, es el de contar con una defensa, supuesto que se encuentra corroborado con los artículos anteriormente transcritos, por lo que, el defensor es una figura jurídica indispensable durante la integración de la averiguación previa, como consecuencia en una medida precautoria como lo es el arraigo.

2.9.3. DEFENSOR.

Nos ocuparemos, a continuación, del órgano de la defensa, el cual se integra por el inculpado y su defensor. Cuya presencia del defensor constituye una garantía constitucional para el probable sujeto activo del delito, desde la averiguación previa.

El defensor es la persona, en el cual, el indiciado ha depositado su confianza para que lo defienda, la mano amiga que buscará en todo momento quitar aquél obstáculo que pueda encontrar en su camino.

Los antecedentes del defensor se encuentran desde la antigüedad, González Bustamante, señala que “en el Antiguo Testamento, se expresa que Isaías y Job, dieron normas a los defensores para que por su intervención tuvieran éxito las gestiones a favor de los mentecatos, de los ignorantes, de los menores, viudas y pobres, cuando sus derechos hubieren sido quebrantados.”⁶⁸

En Grecia se le permitió al acusado defenderse por sí mismo o por un tercero, se dice que aquí ya existía la noción del defensor.

En Roma existió el patrono, siendo esta institución de gran importancia ya que se considera como el primer antecedente del defensor, señala Colín Sánchez, “el patrono ejercía algunos actos de defensa a favor de los procesados.”⁶⁹

Más tarde el defensor se transforma en consultor, en un verdadero *advocatus* por sus conocimientos de jurisprudencia, conjugando la técnica y la oratoria.

⁶⁸ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano, novena edición, Porrúa, México, 1988. p. 86.

⁶⁹ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, op cit., p. 178.

En México, la Constitución de 1917 que actualmente rige, establece las garantías que goza todo individuo, siguiendo sus antecedentes el artículo 20, detalla las garantías del acusado en todo juicio de orden criminal con mayor amplitud.

Como lo hemos observado a lo largo de la investigación, el artículo 20, en sus fracciones IX y X, apartado A, de la Constitución Federal, establece que en todo proceso penal, en la averiguación previa, tendrá el inculpado, desde el inicio del proceso y en la averiguación previa, el derecho a una defensa adecuada.

En sentido etimológico, “la palabra defensor proviene del latín, *defensoris* que significa el que defiende, o protege; a su vez el vocablo *defender* significa amparar, proteger, abogar a favor de uno. El defensor representa la institución de la defensa, integrada como ya lo dijimos, por dos sujetos el autor del delito y el abogado defensor.”⁷⁰

En términos de Manzini, defensor es el que interviene en el proceso penal para desplegar en él, una función de asistencia en favor de los derechos e demás intereses públicos, no sólo para el patrocinio de un interés particular .

Por su parte, Fench señala que el abogado defensor es la persona que, teniendo la habilitación legal exigida para ello, se dedica profesionalmente a la defensa técnico-jurídica de las partes que intervienen en el proceso.

El defensor, cuando interviene durante la averiguación previa, tiene una función primordial: la de estar presente en todo interrogatorio que se haga al indiciado a fin de cerciorarse de que se respeta su derecho a guardar silencio, o bien, que sus declaraciones son libremente emitidas. Así el respeto de la garantía de defensa sirve de protección a la garantía de no autoincriminarse. En

⁷⁰ BARRAGAN SALVATIERRA, Carlos, op cit., p. 248.

caso contrario, si no se protege la libertad del indiciado en el momento de rendir su declaración durante la averiguación previa, el proceso judicial puede iniciarse sobre la base de una confesión coaccionada. A partir de ese momento, dada la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación conforme a la cual, debe darse valor probatorio pleno a esa declaración inicial, el proceso se convierte en un rito vacío, de resultado prefijado. Al impedir la intervención del defensor durante la averiguación previa, por lo que se hace inútil su actuación posterior durante el proceso.

Por ello, la sección III del XIV Congreso Internacional de Derecho Penal, reunido en Viena, Australia, en octubre de 1989 adoptó la conclusión de que: “Toda persona tiene derecho a la asistencia efectiva de un defensor en todas las fases de los procedimientos penales, desde el principio mismo de la investigación.”

“En México el antecedente más remoto, sobre el derecho de defensa durante la averiguación previa, es el acuerdo del presidente de la República Mexicana, Lic. Carlos Salinas de Gortari, publicado en el Diario Oficial de 31 de enero de 1989, en el que se inició un foro general de participación y consulta para la integración y ejecución del Plan Nacional de Desarrollo 1989-1994. El cual se le denominó Foro de Consulta Popular sobre Seguridad Pública y Administración de Justicia. En el cual se llega a la conclusión, de que en todos los procedimientos penales se inician, frecuentemente, con la detención de un ciudadano sin que medie orden de aprehensión, ni flagrancia, con su incomunicación, con su posterior consignación ante el Poder Judicial... en calidad de confeso. Tan pronto como se encuentran ante el juez, los procesados se niegan a ratificar la declaración rendida durante la averiguación previa, afirmando que fueron coaccionados a declararse culpables. Los Tribunales le otorgan valor de prueba plena a esa confesión inicial rendida por el indiciado ilegalmente detenido, incomunicado, que no contaba con la asistencia de un abogado defensor. En esas condiciones, el posterior proceso judicial es inútil,

inútil la intervención del defensor en el juzgado, inútil la formal observancia de todas y cada una de las normas aplicables ante el Poder Judicial, inútil el proceso acusatorio judicial que debe ceder ante los procedimientos inquisitorios de la averiguación previa. Numerosos ponentes, en forma reiterativa, propusieron ante este foro: Que se reconozca al indiciado el derecho de ser asistido por un abogado defensor siempre que rinda declaración durante la averiguación previa. Que si se niega a designar abogado defensor se le nombre en ese momento uno de oficio, que si no se encuentra presente el defensor, la declaración inicial no tenga valor probatorio. En estas condiciones el defensor, con su presencia garantizará que el indiciado rinda su declaración en forma espontánea.”⁷¹

En esas condiciones “en los años de 1987 y 1988, el Instituto Nacional de Ciencias Penales, crea una comisión, que se ocupó de redactar un anteproyecto, que consagra el derecho del indiciado a tener defensor durante la averiguación previa. Los Estados de Hidalgo, Querétaro y Baja California, pusieron ya en vigor, códigos ya redactados conforme al anteproyecto. Los artículos 3 y 4 del Código de Procedimientos para el Estado de Querétaro tiene el siguiente texto: “Artículo 3. (defensa). El derecho de defensa es inviolable en todo grado ó estado de los procedimientos penales. El imputado tendrá derecho a la asistencia de un defensor, desde que se inicien las diligencias de preparación del ejercicio de la acción penal, hasta la terminación del proceso; a ser informado, en el momento de su detención, de las razones de las mismas, a que se le reciban dentro del plazo legal, las pruebas que ofrezca en relación con los hechos imputados”. Artículo 4 (confesión). El imputado no podrá ser compelido, por medio de alguno, a declarar en su contra. La confesión coaccionada será nula. No tendrá ninguna validez la confesión de una persona a quien no se le haya dado oportunidad de designar defensor.”⁷²

⁷¹ “Memoria del Foro de Consulta Popular sobre Seguridad Pública y Administración de Justicia”, Revista Mexicana de Justicia, volumen VII, número 1, noviembre de 1989, p. 484 y 485.

⁷² Ídem.

El decreto de tres de septiembre de 1993, viene a consagrar, a nivel Constitucional, el derecho del indiciado a nombrar defensor durante la averiguación previa, en el artículo 20 previamente citado. El cual dispone que, si el procesado no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. Esta garantía al ser aplicable dentro de la averiguación previa, debe entenderse en el sentido de imponer al Ministerio Público el deber de hacer tal designación supletoria de defensor.

En renglones anteriores, quedó anotado que el defensor así como el indiciado integran la institución de defensa, quienes constituye un binomio indispensable tanto en la averiguación previa como en el proceso.

En la relación jurídico procesal, el procesado (defenso), es sujeto fundamental o básico de la misma, por lo que el defensor, en concreto, tiene a su cargo la asistencia técnica, sin detrimento de su intervención directa de acuerdo con la naturaleza del acto procesal de que se trate.

El derecho de defensa para el inculpado, nace desde la averiguación previa, pero desafortunadamente el Ministerio Público, trata de que quien ejerza esa defensa sea una persona de confianza o el de oficio (mismo que nunca está), como consecuencia, la persona designada de confianza es un familiar o amigo, ignorante del derecho, quien difícilmente puede realizar una defensa adecuada, o por lo menos conocer qué derechos tiene el indiciado, por lo que debería de seguirse el ejemplo del Código de Procedimientos del Estado de Hidalgo, el cual señala que podrá realizar actos de defensa una persona de confianza, pero asistido de un defensor con título, sea particular o de oficio, quien deberá estar cuando rinda su declaración ministerial.

Luego entonces, podemos decir que el defensor, es asesor desde el inicio del procedimiento penal, puesto que lo aconseja, con base en sus conocimientos

técnicos, en su experiencia como sabedor del derecho, informándolo sobre las normas sustanciales en relación con el hecho y las peculiaridades de su caso. Asimismo esta asistencia implica la vigilancia del abogado que interviene en los diversos actos, verificando el cumplimiento de los términos, el diligenciamiento correcto de las incidencias, manifestando una atención constante desde el inicio de la averiguación previa y posteriormente en el proceso.

Los códigos adjetivos de la materia, determinan también esta garantía de defensa, la cual se observa en cada uno de ellos a continuación.

Por su parte el Código Federal de Procedimientos Penales, establece, respecto a la garantía de defensa:

“ARTÍCULO 16. párrafo tercero...*“A las actuaciones de averiguación previa sólo podrán tener acceso el inculpado, su defensor y la víctima u ofendido y/o su representante legal, si los hubiere. Al servidor público que indebidamente quebrante la reserva de las actuaciones o proporcione copia de ellas o de los documentos que obren en la averiguación, se le sujetará al procedimiento de responsabilidad administrativa o penal, según corresponda.”*

“ARTÍCULO 86. párrafo tercero...*“Si el acusado tuviere varios defensores, no se oirá más que a uno de ellos cada vez que toque hablar a la defensa. Cuando intervinieren varios agentes del Ministerio Público, sólo se oirá a uno de ellos cada vez que corresponda intervenir al Ministerio Público.”*

“ARTÍCULO 128. *“Se le harán saber los derechos que le otorga la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, particularmente en la averiguación previa, de los siguientes:*

“a) No declarar si así lo desea, o en caso contrario, a declarar asistido por su defensor;

“b) Tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiere designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio;

“c) Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación;

“d) Que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en la averiguación, para lo cual se permitirá a él y su defensor consultar en la oficina del Ministerio Público y en presencia del personal, el expediente de la averiguación previa;”

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, determina lo siguiente en sus artículos:

“ARTÍCULO 134 bis. párrafo cuarto...*“Los indiciados, desde la averiguación previa podrán nombrar abogado o persona de su confianza que se encargue de su defensa. A falta de una u otro, el Ministerio Público le nombrará uno de oficio.”*

“ARTÍCULO 269.- Cuando el inculcado fuere detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público, se procederá de inmediato en la siguiente forma:...

“I...

“II...

“III.- Será informado de los derechos que en averiguación previa consigna en su favor la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Dichos derechos, son:

a) No declarar si así lo desea;

b) Que debe tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no

quisiere o no pudiere designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio;

c) Ser asistido por su defensor cuando declare;

d) Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación previa, y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera;

e) Que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en la averiguación previa, para lo cual se permitirá a él y su defensor consultar en la oficina del Ministerio Público y en presencia del personal, el acta de averiguación previa;..”

Como vemos el derecho de defensa es una garantía que la Constitución concede al indiciado desde la averiguación, esto es, que el defensor tiene la obligación de asesorar al indiciado desde la primera etapa del procedimiento penal, mas aún que el defensor desde la investigación de la posible comisión del delito, tiene que asistirlo en todas y cada una de las actuaciones que el Ministerio Público realice, por ende si es una garantía constitucional, como fuere, el indiciado en toda diligencia ya sea en la agencia del Ministerio Público o en audiencia judicial debe de estar asistido por un defensor, que salvaguarde sus derechos, en el caso concreto al posible levantamiento del arraigo.

2.10. EL ARRAIGADO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

Ya dijimos que el arraigo, es la medida precautoria, que tiene por objeto, asegurar al indiciado, durante la integración de la averiguación previa por la posible comisión de un delito; para la debida integración del cuerpo del delito, la probable responsabilidad y el ejercicio de la acción penal, a petición del Ministerio Público, por que existiere el temor fundado, de que se sustraiga de la acción de la justicia. Las características, tiempo del arraigo son determinadas por el juez quien puede ajustarse o no a lo solicitado por el Ministerio Público, esto es, por lo dispuesto en los artículos 2, 205 y 133 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

El arraigo como figura jurídica, para que pueda surgir, es menester que exista un hecho delictuoso, que afecte la esfera jurídica de un individuo, que ese hecho sea grave como tal por la ley; como ya los estudiamos, el artículo 21 Constitucional, establece que la investigación así como la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliara de la Policía Ministerial, peritos, etc., ya sea que ese hecho lo comunique una persona directamente, por flagrancia del delito o bien por denuncia o querrela presentada por los ofendidos o denunciantes, configurándose con ello, los denominados requisitos de procedibilidad, que son aquellos actos jurídicos para iniciar la averiguación previa y echar andar la función investigadora del Ministerio Público.

Una vez que se haya cumplido con cualesquiera de los requisitos de procedibilidad, el Ministerio Público, solicitara al juez, el arraigo en contra de la persona de quien se presume ha cometido hechos delictuosos, la autoridad jurisdiccional tiene el término de veinticuatro horas, para dictar dicha resolución por lo que hace a los delitos previstos en el artículo 194 del Código Federal de

Procedimientos Penales (delitos graves), igualmente para el caso de los delitos previstos en la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada.

Para que el juez determine si es o no procedente la petición del representante social, se deben de observar ciertos elementos para librar dicha medida precautoria, previsto en el artículo 133 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, las cuales son:

- a) Que sea a solicitud del Agente del Ministerio Público;
- b) Que esté integrada una averiguación previa; y
- c) Que de acuerdo a las características del hecho imputado y las circunstancias personales del o los inculpados, exista riesgo fundado de que se sustraiga de la acción de la justicia.

Para resolver si en el caso, se encuentran satisfechos tales requisitos, a la solicitud del arraigo, el Agente del Ministerio Público, debe de adjuntar copia certificada de la averiguación previa en la que debe de observar los siguientes medios probatorios:

- 1.- Acuerdo de inicio de la averiguación;
- 2.- Puesta a disposición del indiciado;
- 3.- Parte informativo
- 4.- Acuerdo y notificación de retención del indiciado;
- 5.- Fe ministerial (dependiendo de la naturaleza del delito, por el que solicita el arraigo, arma, narcótico, objetos varios, etc.);
- 6.- Dictamen (en materia balística, químico, etc.);
- 7.- Inspección ministerial (de arma de fuego, narcótico, etc.);
- 8.- Acuerdo de aseguramiento (de arma de fuego, narcótico, etc.);
- 9.- Declaración ministerial.

Advierto, no siempre son estos requisitos, dependerá de la naturaleza del delito por el que el Ministerio Público solicita el arraigo.

En ese orden de ideas, una vez analizados los elementos aportados por el Agente del Ministerio Público, sí son suficientes y conforman prueba indiciaria, requerida por el artículo 133 bis del código mencionado, para limitar la libertad de tránsito y personal del indiciado, se procede a obsequiar la orden de arraigo solicitada, por el término de 30 o 90 días según sea el caso. Dicha medida precautoria se otorga en el entendido de que dicho Representante Social deberá procurar, que en el cumplimiento de esta disposición no se violenten las garantías de los indiciados.

Una vez que se ha librado el arraigo, las partes son indispensables en ésta etapa, las cuales son el Agente del Ministerio Público, el arraigado y desde luego el defensor.

Por lo que se hace al Ministerio Público, no tiene mayor problema por que actúa como autoridad, y tiene a su disposición todos los medios como autoridad que es, para manejar durante el tiempo que dure la medida precautoria todo lo que su interés legal convenga.

Por lo que hace al arraigado, todas la pruebas que aporte durante el arraigo al que se encuentra sujeto, tiene que ofrecerlas por su propio derecho, persona de confianza o por medio de su defensor, mismas que el Ministerio Público tiene la obligación de admitir, en su caso de desahogar. Hasta aquí no hay ningún problema, en cuanto al tramite ó desarrollo de lo que es el arraigo y su finalidad, el problema es cuando el arraigado o afectado como lo establece el Código Federal de Procedimientos Penales, en el multicitado artículo 133 bis último párrafo, solicita el levantamiento de dicha medida precautoria a la autoridad jurisdiccional.

Es ante el órgano jurisdiccional, donde la ley no es permisiva respecto a la garantía de defensa del arraigado ante la instancias judicial, ya que el juez, al declarar abierta la audiencia de levantamiento del arraigo no permite al defensor hacer uso de la voz, y el Ministerio Público se adhiere a lo manifestado por el juzgado, es ahí entonces, que el juez y el representante social, no le permite actuar a un abogado en calidad de representante del arraigado en dicha diligencia que además es de carácter judicial.

Como lo hemos estudiado a lo largo de la presente investigación, el indiciado, inculcado o probable responsable de un delito, debe de gozar de la garantía de defensa en todo momento, ya que es una garantía de rango Constitucional que no debe ser violada por ninguna autoridad; garantía de la cual hablaré en el capítulo tercero al estudiar a fondo lo que establece el artículo 20, apartado A, de las garantías del inculcado.

En la práctica nos encontramos, que el defensor desde el inicio del procedimiento penal, es decir, desde averiguación previa, tiene la obligación de asistir al inculcado, pero nos encontramos con el criterio de jueces y magistrados, ya que consideran que el defensor no puede asistir al arraigado en la audiencia judicial a la que nos referimos, ya que no es propiamente un proceso sino una medida precautoria, este criterio se prevalece de conformidad a lo que prevé en el artículo 20, apartado A, fracción IX, aplicado a contrario sensu. Por lo que, he ahí el punto medular de la presente tesis de investigación, criterio con el cual no estoy de acuerdo.

2.11. CONCEPTO DE PROCESO.

Para determinar el desacuerdo que se tiene con el criterio de los jueces y magistrados, por el cual no se le permite intervenir al defensor en la audiencia judicial de solicitud de levantamiento de arraigo a petición del afectado, es necesario entender en que consiste el proceso, cuando es que el proceso materialmente se da y quienes son las partes que intervienen en él.

La expresión “proceso” es un vocablo latino derivado de la palabra *processus* que significa “acción de ir adelante”, Carnelutti, menciona que el proceso es un conjunto de todos los actos que se realizan para la solución de un litigio. También afirma que el proceso como procedimiento indica una serie de actos coordinados para el logro de una finalidad; en el proceso jurisdiccional, esta finalidad consiste “en la composición de un litigio”. Por otra parte se habla que el fin normal del proceso es la obtención de la sentencia.

Carlos Barragán Salvatierra, en su obra de Derecho Procesal Penal, nos ilustra con definiciones del concepto de proceso de diversos doctrinarios mismos que se citan a continuación.⁷³

Carrara, señala que el proceso penal es una serie de actos solemnes con los cuales ciertas personas, legítimamente autorizadas, observan cierto orden y formas determinadas por la Ley, conocen de los delitos, sus autores, a fin de que la pena se aparte de los inocentes y se infrinja a los culpables.

Rivera Silva lo define como, el conjunto de actividades debidamente reglamentadas en virtud de las cuales los órganos jurisdiccionales resuelvan sobre la relación jurídica que se les plantea.

⁷³ BARRAGAN SALVATIERRA, Carlos, op cit., p. 89.

García Ramírez, afirma que el proceso es la relación jurídica, autónoma y compleja, de naturaleza variable, que se desarrolla de situación en situación, mediante hechos y actos jurídicos conforme a determinadas reglas del procedimiento, que tiene como finalidad la resolución jurisdiccional del litigio, llevado ante el juzgador por una de las partes.

José Hernández Acero, define al proceso como el conjunto de actividades procedimentales realizada por el juez y las partes, en forma lógica u ordenada, para que el propio juez pueda resolver la pretensión punitiva del Estado, apuntada por el Ministerio Público, en el ejercicio de la acción procesal penal en forma más precisa aplique sus conclusiones acusatorias.

De las anteriores definiciones se advierte entonces, que el proceso en sí, se da materialmente ante la autoridad jurisdiccional, es mediante el ejercicio de la acción penal que el Ministerio Público, hace del conocimiento al juez para que este resuelva sobre la petición punitiva.

Los sujetos procesales son todos los personajes que intervienen en el proceso penal, de acuerdo a las funciones que desempeñan, se clasifican en principales, necesarios y auxiliares:

Principales: el órgano de acusación (Ministerio Público); el órgano jurisdiccional (juez), el sujeto activo del delito (inculpado); el sujeto pasivo del delito (ofendido o víctima); y el órgano de defensa (defensor). Mismos que son indispensables porque si faltare alguno de ellos el proceso no tendría lugar.

Necesarios: testigos, peritos, intérpretes y los órganos de representación, autorización o asistencia de los menores e incapacitados (padres, tutores, etc.)

Auxiliares: la policía, secretarios, secretarios de juzgado, oficiales administrativos, directores y personal de los establecimientos carcelarios.

De lo anterior concluyo, que si bien es cierto que el arraigo no es un proceso y tampoco una averiguación previa, sino una medida precautoria en la cual, una persona denominada arraigado o afectado, se encuentra privado de su libertad (detenido), también lo es, que el arraigado desde la integración de la averiguación previa tiene la garantía de defensa, garantía que está prevista en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y por ende en dicha audiencia de solicitud de levantamiento de arraigo, debe de estar presente su defensor, para que defienda los intereses legales de éste.

CAPITULO 3

LA DEFENSA DEL ARRAIGADO ANTE LA INSTANCIA JUDICIAL. (solicitud de levantamiento a petición del arraigado)

3.1. Garantía de defensa del arraigado, prevista en el artículo 20 apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, **3.2.** Solicitud de levantamiento de arraigo, previsto en el artículo 133 bis, último párrafo, del Código Federal de Procedimientos Penales, **3.3.** Correcta aplicación e interpretación del artículo 133 bis, último párrafo, del Código Federal de Procedimientos Penales.

CAPITULO 3

LA DEFENSA DEL ARRAIGADO ANTE LA INSTANCIA JUDICIAL.

(solicitud de levantamiento a petición del arraigado).

“La defensa agregaba el abogado Huld, no está explícitamente permitida por la ley. La ley simplemente la tolera, y hasta hay discusiones acerca de si el párrafo correspondiente la tolera realmente.”

FRANZ KAFKA.

3.1. GARANTÍA DE DEFENSA DEL ARRAIGADO, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 20 APARTADO A, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

El derecho de defensa es aquel que tiene el inculpado o procesado según sea el caso en concreto, para oponerse a la acusación que se le imputa por la probable responsabilidad en la comisión de un delito. “El concepto de defensa, junto con las nociones de acción y jurisdicción, son los tres pilares básicos sobre los cuales descansa la idea misma del proceso penal, como estructura normativa destinada a armonizar la pretensión punitiva del Estado, la libertad individual, las exigencias de la correcta y válida aplicación de justicia del Estado de Derecho. Ante la pretensión penal, como tesis que sostiene en forma monopólica el Ministerio Público, esto es, de acuerdo a lo que establece el artículo 21 Constitucional, la defensa sostiene la antítesis, quedando reservado al poder jurisdiccional el efectuar la síntesis. Luego entonces, si se concibe al proceso o procedimiento, como la necesaria síntesis de la acusación y defensa,

no es lógicamente posible pensar a la una sin la otra; esto lleva a destacar, por razones de lógica y legalidad, que la defensa, en cuanto concepto contrario a la pretensión penal, es de igual rango y necesidad que ésta.”⁷⁴

El periodo de averiguación previa comprende todas las diligencias necesarias que realiza el Ministerio Público, al tener conocimiento de un hecho considerado como delito, con el objeto de comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, para así, poder ejercer acción penal.

En este sentido, el jurista Jorge Alberto Silva Silva, refiere que “en México, las leyes establecen el sistema de imprescindibilidad u obligatoriedad, a grado tal que en contra de la voluntad del inculcado o procesado se le designa un defensor de oficio o público federal según sea el caso, e inclusive sanciona cualquier acto como nulo en caso de que el defensor no se encontrara presente.”⁷⁵ Menciona también, que este puede ser nombrado desde el momento de la detención del imputado (caso en que nuestra jurisprudencia lo ha visto como facultativo), desde la declaración preparatoria (momento a partir del cual es indispensable su elección), o en cualquier otro momento del proceso, para el caso de sustitución del defensor.”

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 20, del apartado A, fracciones IX y X, señala el momento procedimental en que debe de hacerse la designación del defensor:

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

⁷⁴ ZAMORA-PIERCE , Jesús, Garantías y Proceso Penal, décima edición, Porrúa, México 2000, p. 255.

⁷⁵ SILVA SILVA, Jorge Alberto, Derecho Procesal Penal, decimosegunda reimpresión, Oxford, México, 2006, p. 206.

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

“Fracción X...Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa...”

Originalmente la actuación del defensor se presentaba hasta el periodo procesal, es decir, una vez que el Ministerio Público ejercitaba acción penal, pero en muchas ocasiones no se tomaba en cuenta, que la integración de la averiguación previa se había realizado cometiendo abusos en contra del indiciado, por parte del Representante Social aprovechándose de su calidad de autoridad. Por lo que en las reformas de 1993, ya se considera al defensor; con ello la Constitución consagra ahora, como garantías del indiciado durante la primera etapa del procedimiento penal, su derecho a ofrecer y desahogar pruebas, a ser informado, el derecho a una defensa adecuada, mismo que debe de ejercerse desde el inicio de la averiguación previa. Es por ello, que es importante que desde el inicio de este periodo, esté presente el defensor, porque es él quien va a vigilar el correcto desempeño de las diligencias que lleve a cabo el Ministerio Público en la integración de la investigación previa, ya que va a ser la base del proceso que posteriormente ha de seguirse.

El defensor cuando interviene en la averiguación previa, tiene una función primordial, la de estar presente en todo interrogatorio o diligencia que se haga al indiciado, a fin que se garanticen los derechos que la Constitución le otorga, como lo es el derecho a guardar silencio, o bien que, cualesquiera de sus declaraciones sean libremente emitidas sin ningún tipo de coacción. Así, el respeto a la garantía de defensa sirve de protección a la garantía de no auto incriminarse. En caso contrario, si no se protege la libertad del indiciado en el momento de rendir declaración durante la averiguación previa, el proceso judicial puede iniciarse sobre la base de una declaración coaccionada. A partir

de ese momento, dada la jurisprudencia y criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la cual sustenta que se debe darse valor probatorio pleno a esa declaración inicial, el proceso se convierte en un rito vacío, de resultado prefijado. Al impedir la intervención del defensor durante la averiguación previa, hacemos inútil su posterior actuación durante el proceso.

Lo que se corrobora igualmente, con lo que estableció la sección III del XIV Congreso Internacional del Derecho Penal, reunido en Viena, Australia, en octubre de 1989, el cual llegó a la conclusión de que: “Toda persona tiene derecho a la asistencia efectiva de un defensor en todas las fases de los procedimientos penales, desde el principio mismo de la investigación”.

Por su parte el Código Federal de Procedimientos Penales, también señala que toda persona que rinda su declaración en la averiguación previa, tendrá derecho de ser asistido por un abogado defensor nombrado por él, ya que de no ser así carecerá de valor toda actuación realizada por el Ministerio Público.

“ARTICULO 287.- La confesión ante el Ministerio Público y ante el juez deberá reunir los siguientes requisitos:

“I.- Que sea hecha por persona no menor de dieciocho años, en su contra, con pleno conocimiento, y sin coacción, ni violencia física o moral;

“II.- Que sea hecha ante el Ministerio Público o el tribunal de la causa, con la asistencia de su defensor o persona de su confianza, y que el inculpado esté debidamente informado del procedimiento y del proceso;

“III.- Que sea de hecho propio; y

“IV.- Que no existan datos que, a juicio del juez o tribunal, la hagan inverosímil.

“No podrá consignarse a ninguna persona si existe como única prueba la confesión. La Policía Judicial podrá rendir informes pero no obtener confesiones; si lo hace estas carecerán de todo valor probatorio.

“Las diligencias practicadas por agentes de la Policía Judicial Federal o local, tendrán valor de testimonios que deberán complementarse con otras diligencias de prueba que practique el Ministerio Público, para atenderse en el acto de la consignación, pero en ningún caso se podrán tomar como confesión lo asentado en aquéllas.”

Como podemos ver en el artículo anteriormente transcrito, viene a reforzar, lo que nuestra Constitución Federal determina, por lo que el indiciado ante el órgano judicial tiene derecho a que su defensor se encuentre presente en la diligencia al momento en que solicita el levantamiento de la medida precautoria.

El derecho de defensa “es un síntoma inequívoco de progreso en el orden jurídico procesal, es el resultado de una lucha milenaria para garantizar al inculpado, un procedimiento penal justo en donde se le respeten sus garantías individuales. El derecho de defensa que otorga el legislador al probable responsable autor del delito tiene el propósito de que a través de los elementos idóneos se llegue al conocimiento de la verdad de la conducta que se le imputa, procurando evitar todo acto arbitrario, por lo que le impone al indiciado la garantía de un defensor, reafirmando así las garantías instituidas para un procedimiento penal justo.”⁷⁶

La defensa en su connotación más amplia es considerada “como un derecho natural e indispensable para la conservación de la persona, de sus bienes, de su honor y de su vida; ha sido objeto de una reglamentación especial en los diversos campos en los que puede darse; en el procedimiento

⁷⁶ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, decimonovena edición, Porrúa, México 2006. p 239.

penal, es un derecho indispensable, por medio del cual, no únicamente se cumple parte de las “formalidades esenciales del proceso”, sino los fines específicos de éste.”⁷⁷ Por lo que adquiere dicha institución el “carácter de obligatorio, no podrá imponérsele al inculpado o procesado como una carga, ya que la defensa que le otorga el legislador en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al indiciado ya sea que él mismo lo nombre o que el Estado lo designe, lo consagra, no como un derecho sino como una garantía, cuyas consecuencias son; una obligación para el juez así como para el Ministerio Público, y un deber para el defensor.”⁷⁸

El incumplimiento de la obligación de designar defensor al inculpado, se presume que se deja en estado de indefensión; la omisión del juzgador produce una violación procesal que vicia su garantía de audiencia de tal manera que los actos de autoridad posteriores serán inconstitucionales, por lo que se deberá de reponer el procedimiento desde ese instante, para que se satisfaga la garantía de defensa y se le brinde al inculpado ese derecho Constitucional.

Al respecto, el Código Federal de Procedimientos Penales establece lo siguiente:

“ARTICULO 388.- Habrá lugar a la reposición del proceso por alguna de las causas siguientes:

“I.- Por no haberse hecho saber al procesado durante la instrucción ni al celebrarse el juicio, el motivo del procedimiento, o el nombre de las personas que le imputen la comisión del delito.

“II.- Por no habersele permitido nombrar defensor o no nombrársele el de oficio en los términos que señala la ley; por no habersele facilitado la manera de hacer saber al defensor su nombramiento, y por

⁷⁷ Íbidem., p 240.

⁷⁸ Ídem.

habérsele impedido comunicarse con él o que dicho defensor lo asistiere en alguna de las diligencias del proceso.

“II Bis.- Por haberse omitido la designación del traductor al inculpado que no hable o entienda suficientemente el idioma castellano, en los términos que señale la ley.

“III.- Por no habérsele ministrado los datos que necesitare para su defensa y que constaren en el proceso.

“IV.- Por no habérsele careado con algún testigo que hubiere depuesto en su contra, si el testigo rindió su declaración en el mismo lugar donde se sigue el proceso, estando allí también el procesado.

“V.- Por no haber sido citada alguna de las partes para las diligencias que tuviere derecho a presenciar;

“VI.- Por no haberse recibido a alguna de las partes, injustificadamente, las pruebas que hubiere ofrecido, con arreglo a la ley;

“VII.- Por haberse celebrado el juicio sin asistencia del funcionario que deba fallar, de su secretario o testigos de asistencia y del Ministerio Público;

“VII bis.- Por existir omisiones graves de la defensa en perjuicio del sentenciado; se reputan como omisiones graves de la defensa:

“a) No haber asesorado al inculpado sobre la naturaleza y las consecuencias jurídicas de los hechos imputados en el proceso;

“b) No haber asistido a las diligencias que se practicaren con intervención del inculpado durante la averiguación previa y durante el proceso;

“c) No haber ofrecido y aportado las pruebas necesarias para la defensa del inculpado;

“VIII.- Por haberse hecho la insaculación de jurados en forma distinta de la prevenida por este código.

“IX.- Por no haberse aceptado injustificadamente al acusado o a su defensor, la recusación de alguno o algunos de los jurados hecha en la forma y términos legales.

“X.- Por no haberse integrado el jurado por el número de personas que señale la ley o por carecer alguna de ellas de algún requisito legal.

“XI.- Por haberse sometido a la resolución del jurado cuestiones de distinta índole de las que la ley señale.

“XII.- Por haber sido juzgado el acusado por un tribunal de derecho, debiendo haberlo sido por el Jurado, o viceversa.

“XIII.- Por haberse condenado por hechos distintos de los que fueron considerados en las conclusiones del Ministerio Público.

“XIV.- Por haberse negado a alguna de las partes los recursos procedentes, o por haberse resuelto la revocación en forma contraria a derecho; y

“XV.- Por haberse tenido en cuenta una diligencia que, conforme a la ley, fuese nula.”

Desde mi punto de vista, la defensa es toda conducta orientada a salvaguardar el derecho e intereses del inculpado, es la actividad encomendada a una persona con conocimientos en derecho, que tiene como deber fundamental aportar y estimular, a favor de aquel, todos los elementos que le sean favorables, desde la primera etapa del procedimiento hasta la culminación del mismo.

La defensa adecuada implica, no sólo que el inculpado tenga nombrado algún defensor durante la averiguación previa y en el proceso, sino que éste se halle presente en todos los actos en los que se vea involucrado su defenso, que le sean facilitados todos los datos para que pueda llevar a cabo su

defensa, debe asesorarlo sobre la naturaleza y consecuencias jurídicas de los hechos que se le imputan, debe estar presente en las audiencias ó aquellas diligencias que se practiquen con intervención del inculpado, debe ofrecer, aportar las pruebas necesarias para su defensa e interponer los recursos conducentes; al respecto Hernández Pliego citando a García Ramírez, precisa que “la adecuada defensa, no tiene que ver únicamente con la persona del defensor, sino con el desarrollo mismo de la función, que para ser una adecuada defensa, no necesariamente debe ser exitosa, siendo suficiente con lo que se realice idóneamente, conforme a las reglas ordinarias de su desempeño, las recomendaciones de una práctica forense honesta y razonable.”⁷⁹

Atento a lo anterior, en relación a nuestro tema de investigación, cabe señalar, que el defensor que intervenga en la diligencia que establece el artículo 133 bis, último párrafo, del Código Federal de Procedimientos Penales, deberá hacer todo lo legalmente posible tanto técnica como jurídicamente para el desahogo de dicha diligencia, una vez que el juez escuche los argumentos del defensor para lograr el levantamiento de dicha medida precautoria, se determinará si sigue o no el arraigo en contra del indiciado; con esto el juzgador tiene una visión distinta a la que podría proponer el arraigado.

Por ello es importante resaltar en este capítulo y comparto el punto de vista del jurista Zamora Pierce, al indicar que ¿el defensor debe de ser abogado?, ya que el artículo 20, Constitucional apartado A, fracción IX, precisa: “Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y **tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza**. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio...”

⁷⁹ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, el Proceso Penal Mexicano, primera edición, Porrúa S.A. de C.V., México 2002., p. 124.

Dado los términos amplísimos de la fracción antes citada, “nada impediría que el inculpado o procesado designara como su defensor a un analfabeta, o incluso que decidiera defenderse por sí, un psicópata. Ahora bien, la posibilidad técnica de ser defensor no solamente está abierta a cualquiera, sino que tanto el procedimiento, como el proceso penal es un sistema normativo de alto nivel de especialización en la materia, sus mecanismos de comprensión y aplicación se encuentran estrictamente reservados a un grupo profesional que lo interpreta, realiza y actúa.”⁸⁰ Por lo que, exige una mayor preparación técnica jurídica de los defensores; una razón más para exigir que los defensores sean licenciados en derecho, ya que el Ministerio Público, en nuestro país es siempre letrado, luego entonces, habría una desigualdad del indiciado si el defensor no fuera un profesionista consumado.

En ese orden de ideas, el artículo 160 del Código Federal de Procedimientos Penales determina que:

“ARTICULO 160.- *No pueden ser defensores los que se hallen presos ni los que estén procesados. Tampoco podrán serlo los que hayan sido condenados por alguno de los delitos señalados en el Capítulo II, Título Decimosegundo del Libro II del Código Penal, ni los ausentes que, por el lugar en que se encuentren, no puedan acudir ante el tribunal dentro de las veinticuatro horas en que debe hacerse saber su nombramiento a todo defensor.*

“Fuera de los casos excluidos en el párrafo anterior, el inculpado puede designar a personas de su confianza para que lo defiendan, pero en caso de que la designación no recaiga sobre quien tenga cédula profesional de licenciado en Derecho o autorización de pasante, conforme a la Ley que reglamente el ejercicio de las profesiones, el tribunal dispondrá que intervenga, además del designado,

⁸⁰ ZAMORA-PIERCE , Jesús, op cit. p. 268.

un defensor de oficio que oriente a aquél y directamente al propio inculpado en todo lo que concierne a su adecuada defensa.

“Si el inculpado designare a varios defensores, éstos deberán nombrar en el mismo acto a un representante común, y si no lo hicieren, en su lugar lo determinará el juez.”

En ese sentido, el encargado de salvaguardar los intereses del inculpado ante en Ministerio Público (averiguación previa), y en presencia de las partes (proceso), es un licenciado en derecho.

Al respecto, es aplicable la Jurisprudencia registrada con el número 1a./J. 91/2001, sustentada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible a página 9, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XIV, que sostiene:

“DEFENSOR PÚBLICO EN MATERIA PENAL FEDERAL. DEBE CONTAR CON TÍTULO DE LICENCIADO EN DERECHO. La fracción IX del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé tres formas a través de las cuales el inculpado puede ejercer su defensa, a saber: a) por sí mismo, b) por abogado, y c) por persona de su confianza; y, además, dispone que en caso de que el inculpado no elija una de estas posibilidades, después de que haya sido requerido para ello, el Juez deberá nombrarle un defensor. En concordancia con esa disposición, el numeral 128, fracción III, del Código Federal de Procedimientos Penales, en lo conducente señala que cuando el inculpado fuese detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público Federal, deberán hacérsele saber los derechos que le otorga la Constitución Federal, entre otros, el de: “... Tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiere designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio ...”. Ahora bien, esa designación de defensor en materia penal efectuada por el Estado (órgano jurisdiccional o Ministerio

Público), debe recaer en un defensor público, el cual, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 5o., fracción II, de la Ley Federal de Defensoría Pública, debe contar con título de licenciado en derecho. Lo anterior es así, porque el espíritu del legislador no fue otro que el de otorgar a los gobernados acceso a la justicia, y tal prerrogativa se colma, entre otros muchos aspectos, cuando se da la posibilidad a las personas de escasos recursos económicos, de que durante el desarrollo del proceso al que se encuentran sujetos, estén asesorados por profesionales del derecho, por personas con capacidad en la materia que puedan defender con conocimiento jurídico y suficiente sus intereses, a fin de que su garantía de seguridad jurídica en los procedimientos penales se vea respetada. En contraposición con esa disposición, es claro que la designación que haga el propio inculpado de su defensa puede no satisfacer ese requisito; por tanto, el nombramiento de defensor podrá ejercerlo cualquier persona.”

Así como la tesis número XV.1o.7 P, del Primer Tribunal Colegiado del Décimo Circuito, visible a página 1157, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo VIII, Novena Época, misma que a la letra dice:

“DECLARACIÓN MINISTERIAL INVÁLIDA, SI SE LE ASIGNA AL PROCESADO COMO DEFENSOR A UN ESTUDIANTE DE LEYES.

Una correcta interpretación de la fracción IX del artículo 20 de la Constitución General de la República lleva a la conclusión de que el inculpado tendrá entre otras garantías, el derecho a una defensa adecuada, misma que puede efectuarse, constitucionalmente, en primer lugar por sí mismo, esto es que el inculpado manifieste de manera clara su voluntad de defenderse por sí solo, es decir se nombre su autodefensor, o bien designe como tal a una persona de su confianza, en estas hipótesis es claro que no es requisito que el inculpado o la persona de su confianza sean abogados, es decir peritos en derecho, sin embargo cuando el inculpado no manifiesta su voluntad de defenderse por sí mismo y

además expresa que no tiene persona de su confianza que lo defienda a quien nombrar, deberá ser defendido por un abogado, entendiéndose el término "abogado" como sinónimo de licenciado en derecho, pues de lo contrario la defensa que se le asigna no sería la adecuada por lo que si la persona que el Ministerio Público nombró para su defensa no es abogado, sino sólo estudiante de derecho, es obvio que tal nombramiento no satisface la garantía constitucional otorgada y por lo tanto las declaraciones ministeriales así emitidas carecen de valor probatorio.”

Otra de las circunstancias que observo en ésta fracción IX, del multicitado artículo Constitucional, es que sí el inculpado “no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio...”

En materia federal, existe la Ley Federal de la Defensoría Pública, por consiguiente, las atribuciones y el funcionamiento de los ahora llamados defensores públicos, se regula por la ley antes mencionada. Por lo que hace al Distrito Federal, se les denomina defensores de oficio, y estos tiene al igual que los anteriores, la Ley de la Defensoría de Oficio del Fuero Común y su Reglamento.

Por lo que hace a la primera de las leyes mencionadas establece:

“Artículo 1. La presente Ley tiene por objeto regular la prestación del servicio de defensoría pública en asuntos del fuero federal, a fin de garantizar el derecho a la defensa en materia penal y el acceso a la justicia mediante la orientación, asesoría y representación jurídica en los términos que la misma establece.

“Sus disposiciones son de orden público y de aplicación en todo el territorio nacional.”

“Artículo 10. Los defensores públicos serán asignados inmediatamente por el Instituto Federal de Defensoría Pública, sin más requisitos que la solicitud formulada por el indiciado en la averiguación previa, el inculpado en el proceso penal, el sentenciado y el Agente del Ministerio Público o el órgano jurisdiccional, según sea el caso.”

La defensa se entiende como un todo, en el que el indiciado es parte esencial de una acusación, por lo que, el defensor representa a la institución de la defensa, integrada por dos sujetos fundamentales; el indiciado y el defensor, quienes constituyen un binomio indispensable para el procedimiento penal. El defensor cumplimenta la personalidad jurídica del sujeto activo del delito, integra la relación procesal y tiene a su cargo la asistencia técnica.⁸¹

A manera de conclusión, debo decir que tenemos que admitir indiscutiblemente que la defensa penal, es única y exclusivamente de los abogados con título en derecho, que el inculpado en cualquier etapa del procedimiento, proceso o en cualquier situación en la que se encuentre frente al Estado (llámese juez o Ministerio Público), debe de gozar de la garantía de defensa que nuestra Carta Magna le concede.

Sirve de apoyo a lo anterior la Jurisprudencia formada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, visible en el página 132, Tomo XXIII, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, que al rubro y texto establece:

“DEFENSA ADECUADA. ALCANCE DE DICHA GARANTÍA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA (INTERPRETACIÓN DE LA FRACCIÓN II, EN RELACIÓN CON LAS DIVERSAS IX Y X DEL ARTÍCULO 20, APARTADO A, DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL): Esta Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha

⁸¹ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, op cit., p. 247.

interpretado, en relación a los alcances de la garantía de defensa adecuada en la averiguación previa a que se refieren las fracciones IX y X del artículo 20 apartado A de la Constitución Federal, que aquella se actualiza desde el momento en que el detenido es puesto a disposición del Ministerio Público. Lo anterior implica que ninguna de las garantías del detenido durante el proceso penal puede ser concebida como un mero requisito formal, y para que pueda hacerse efectiva y permitir su instrumentación requiere de la participación efectiva en el procedimiento por parte del imputado desde que es puesto a disposición del representante social. Por tanto, en lo que se refiere a la fracción II del dispositivo citado, que establece que la confesión rendida ante el Ministerio Público o Juez sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio, esta Primera Sala considera que la "asistencia" no sólo debe estar relacionada con la presencia física del defensor ante o en la actuación de la autoridad ministerial, sino que la misma debe interpretarse en el sentido de que la persona que es puesta a disposición de la autoridad ministerial cuente con la ayuda efectiva del asesor legal. En este sentido, el detenido en flagrancia, en caso de que así lo decida, podrá entrevistarse con quien vaya a fungir como su defensor inmediatamente que lo solicite y antes de rendir su declaración ministerial. En consecuencia, la primera declaración rendida ante el Ministerio Público, estará viciada y será ilegal cuando no se haya permitido la entrevista previa y en privado con el defensor.”

Merece citarse también como criterio orientador, la tesis aislada sustentada por el Segundo Tribunal Unitario en Materia Penal del Primer Circuito, consultable en la página 1907, Tomo XXII, Novena Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, que lleva como rubro y texto siguiente:

“GARANTÍA DE DEFENSA. SU CUMPLIMIENTO EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA. De conformidad con lo previsto en el párrafo cuarto de la fracción X,

del artículo 20, apartado A de la Constitución Federal, el Ministerio Público tiene la obligación de observar la garantía de defensa adecuada en la averiguación previa, prevista en la diversa fracción IX de dicho numeral. Ahora bien, para que el representante social esté obligado a respetarla, exige de quien reclame su cumplimiento, que éste tenga el carácter de indiciado, de no ser así no se puede alegar violada dicha garantía.”

Asimismo, la diversa Jurisprudencia 1a./J. 31/2003, sustentada por la Primera Sala, visible a página 49, Tomo XVII, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, cuyo contenido es:

“DEFENSA ADECUADA. DIFERENCIAS ENTRE LOS ALCANCES Y EFECTOS DE LAS GARANTÍAS CONSAGRADAS EN LAS FRACCIONES IX Y X, PÁRRAFO CUARTO, APARTADO A, DEL ARTÍCULO 20 CONSTITUCIONAL. Una recta interpretación de lo dispuesto en las fracciones IX y X, párrafo cuarto, apartado A, del artículo 20 constitucional, permite deducir la existencia de significativas diferencias entre los alcances y efectos de las garantías de defensa adecuada consagradas en dichas fracciones; esto es así, porque jurídica y fácticamente existe imposibilidad para que ambas sean observadas en igualdad de circunstancias, en virtud de que el campo de su aplicación pertenece a fases procedimentales distintas, además de que se rigen por reglamentaciones específicas contenidas en los artículos 128 y 160 del Código Federal de Procedimientos Penales. En efecto, para el ejercicio de esta prerrogativa constitucional en la fase indagatoria de un proceso penal federal, no es factible jurídica ni materialmente que esa garantía pueda ser exigible y existan condicionantes reales para que su otorgamiento pueda hacerse antes del desahogo de la diligencia de declaración inicial a cargo de los inculpados y, por tanto, el mandato constitucional que obliga a la designación de abogado o persona de su confianza que los asista durante el desahogo de todas las diligencias

ministeriales que al respecto sean practicadas en esta fase previa, debe ser interpretado en forma sistemática y lógica, no literal, a fin de que tenga la debida consistencia jurídica, pues es inconcuso que existe imposibilidad real y objetiva para que esta garantía sea observada en aquellas diligencias probatorias que ya hubiesen sido desahogadas con antelación, en razón de que únicamente cuando se llega a ese estado procedimental (toma de declaraciones ministeriales), la autoridad persecutora de delitos se encuentra real y jurídicamente en condiciones de saber si los hechos investigados son constitutivos de delito federal y si el o los detenidos se encuentran en calidad de inculpados o de testigos de esos hechos, pues sólo hasta ese momento ministerial, el representante social federal, con base en los resultados que arrojen las diligencias probatorias aludidas, es factible que cronológicamente se encuentre en posibilidad de cumplir y hacer cumplir la garantía constitucional aludida, lo que no sucede respecto del derecho de defensa ejercido en las diversas etapas que en términos de lo previsto en el artículo 4o. del Código Federal de Procedimientos Penales, conforman el proceso penal federal (preinstrucción, instrucción, primera instancia y segunda instancia) pues en tales casos, el juzgador federal desde el auto de radicación tiene conocimiento de los hechos consignados y de la calidad de las personas puestas a su disposición, por lo que no existe impedimento alguno para que desde ese momento procesal y hasta la total conclusión del juicio pueda ser ejercida y cumplida la garantía constitucional en cita; luego entonces, los indiciados, procesados y sentenciados tienen la atribución legal debida de exigir y ejercer con eficiencia y eficacia esa garantía desde el momento mismo de su puesta a disposición ante el órgano jurisdiccional federal, o bien, durante el transcurso de los diversos periodos que comprende el proceso penal federal.”

Igualmente se invoca la tesis número XXII.4 P, Tribunal Colegiado del Vigésimo Segundo Circuito, visible en la página 611, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo III, Novena Época, que dice:

“DEFENSA, GARANTIA DE, EN LA AVERIGUACION PREVIA. (LEGISLACION DEL ESTADO DE QUERETARO). De conformidad con lo dispuesto por el artículo 33, tercer párrafo, en relación con el 28, fracción I, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Querétaro, es un derecho del indiciado el nombrar desde que se inicien las diligencias de preparación del ejercicio de la acción penal, persona de su confianza que se encargue de su defensa, y que, a falta de ésta, el Ministerio Público le designe un defensor de oficio; por lo que cuando el inculpado asume su propia defensa o designa para que lo defienda a una persona que no tenga cédula profesional de licenciado en derecho o autorización de pasante conforme a la ley que reglamenta el ejercicio de las profesiones, el Ministerio Público o el juzgador, en su caso, dispondrán que intervenga, además del indiciado o de la persona designada, un defensor de oficio que colabore en la defensa; de ahí que cuando ello no acontece, es evidente que se transgrede en perjuicio del inculpado, la garantía de defensa que desde la fase de averiguación previa consagran en su favor los preceptos legales antes invocados.”

3.2. SOLICITUD DE LEVANTAMIENTO DE ARRAIGO, PREVISTO EN EL ARTÍCULO 133 BIS, ÚLTIMO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

Artículo 133 bis, del Código Federal de Procedimientos Penales establece lo siguiente:

“La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario o imponer la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin su autorización, a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia. Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.

“El arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica se prolongarán por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de treinta días naturales, en el caso del arraigo, y de sesenta días naturales, en el de la prohibición de abandonar una demarcación geográfica.

“Cuando el afectado pida que el arraigo o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica queden sin efecto, la autoridad judicial decidirá, escuchando al Ministerio Público y al afectado, si deben o no mantenerse.”

Respecto a lo que determina éste artículo, en el primero y segundo de sus párrafos, no existe duda alguna de lo que establece dicho numeral, como podemos observar, el Representante Social, puede solicitar al juez el arraigo de cualquier persona, pues en el procedimiento penal, las medidas de aseguramiento pueden ser también de carácter personal, para garantizar el desarrollo posterior del proceso, esto es, para que el Ministerio Público integre el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, para luego

ejercitar la acción penal en su contra; ya que nadie ignora que las personas que se encuentran sujetas a una averiguación previa están propensas a eludirla, ocultándose o fugándose. Por lo que el encargado de la investigación de la comisión de un ilícito, solicita esta medida precautoria, el juez determina el tiempo que estime necesario para la integración de la averiguación; siendo éste de treinta días naturales en caso de arraigo, (pero éste término podrá duplicarse, de acuerdo a lo que establece el artículo 12 de la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, siendo de 90 días, tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales del inculpado), por lo que no existe conflicto alguno en estos dos primeros párrafos.

En su párrafo tercero, prevé que la medida cautelar, queden sin efecto, es decir, que se revoque dicha medida de aseguramiento, cuando a petición del arraigado lo solicita; la autoridad judicial no sin antes dar vista al Ministerio Público y aún al afectado, para ver si debe o no mantenerse dicha medida precautoria. Debo hacer notar que ésta implícita revocación que se menciona viola el principio procesal de que los jueces no pueden revocar sus resoluciones una vez dictadas, tal y como lo establecen los artículos 101 y 102 del Código Federal de Procedimientos Penales mismos que a la letra dicen:

“ARTÍCULO 101..- Ningún juez o tribunal unitario puede modificar ni variar sus resoluciones después de formuladas, ni los colegiados después de haberlos votado. Esto se entiende sin perjuicio de la aclaración de sentencia.”

“ARTÍCULO 102.- Las resoluciones judiciales causan estado cuando notificadas las partes de las mismas, éstas manifiesten expresamente su conformidad, no interpongan los recursos que procedan dentro de los plazos señalados por la ley o, también, cuando se resuelvan los recursos planteados contra las mismas.

“Ninguna resolución judicial se ejecutará sin que previamente se haya notificado de la misma al

Ministerio Público y a quien corresponda, conforme a la ley.”

De lo anterior se advierte que para que las partes puedan consentir una resolución, se requiere primero que hayan sido notificadas de la misma legalmente, después, que conozca la argumentación jurídica en que se hubiera apoyado el juez para dictarla. Si una resolución carece de las formalidades que establece el artículo 96 del código en estudio, mismo que dice: “Los autos contendrán una breve exposición del punto de que se trate y la resolución que corresponda, precedida de su motivación y fundamentos legales”, ello origina agravios a las partes, por no saber a ciencia cierta las razones que tuvo el juez para resolver en el sentido que lo hubiere hecho; dicha falta produce indefensión y, por lo mismo, es recurrible en queja. Existiendo la posibilidad, además, de que pudiera originarse alguna nulidad como lo señala el artículo 27 bis del citado código, mismo que determina “Las actuaciones serán nulas cuando carezcan de alguna de las formalidades esenciales que prevenga la ley, de manera que se cause perjuicio a cualquiera de las partes, así como cuando la ley expresamente determine la nulidad. Esta no podrá ser invocada por quien dio lugar a ella. La nulidad de una actuación se reclamará, por la parte que la promueva, en la actuación subsecuente en que ésta deba intervenir, se substanciará conforme al procedimiento previsto para los incidentes no especificados. Cuando se resuelva la nulidad del acto, las actuaciones posteriores que deriven, causaran el mismo efecto, las resoluciones que se resuelvan de la misma serán apelables con efecto devolutivo”

En ese sentido, el arraigado al solicitar el levantamiento de la medida de aseguramiento, el juez decidirá escuchando al Ministerio Público y al afectado, si debe o no mantenerse, ¿el defensor?, es ahí la hipótesis del presente tema de de investigación.

En esta diligencia de carácter judicial, donde se encuentran presentes el Ministerio Público, el indiciado y el juez, el afectado está en estado de indefensión, ante la acusación de la Representante Social en presencia del juzgador; en el estudio del capítulo anterior mencioné que el defensor debe tener título de licenciado en derecho, como lo explicaba debe de tener los conocimientos jurídicos en la materia para llevar a cabo una buena defensa, ya que el arraigado puede ser doctor, arquitecto o simplemente sin instrucción, consecuentemente, no va a tener los conocimientos ni la técnica jurídica, para solicitar el levantamiento de dicha medida precautoria ante el órgano jurisdiccional en cuestión.

Así las cosas, el Código Federal de Procedimientos Penales, éste artículo en su último párrafo, le concede la garantía de audiencia, por lo tanto el arraigado al estar privado de su libertad, porque se está integrando una averiguación previa en su contra debe de gozar de ésta garantía, puesto que nuestra Carta Magna, establece la garantía de defensa, desde el momento mismo de la detención de cualquier persona, durante el inicio de la averiguación previa, la integración de la misma, hasta la culminación de ésta. Durante el proceso, desde el momento en que rinde su declaración preparatoria el inculpado, se le designa al defensor particular o en su caso al público federal, en caso de que no pudiese nombrarlo, durante la instrucción, hasta la sentencia de dicho proceso. Es por ello, desde mi punto de vista, que el arraigado debe gozar de la garantía de defensa en esta diligencia de carácter judicial que le concede éste último párrafo.

3.3. CORRECTA APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 BIS, ÚLTIMO PÁRRAFO, DEL CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.

El derecho regula la vida en sociedad aplicándose a los hechos producidos o derivados de las relaciones íntersubjetivas con trascendencia jurídica. Esta regulación se realiza a través de la aplicación del conjunto de normas jurídicas que constituyen el derecho objetivo y positivo. La aplicación del derecho debe consistir en la culminación de un proceso lógico que se da desde una regla general hasta la adopción de una decisión particular. La aplicación de las normas jurídicas se caracteriza, de este modo, como manifestación de la vigencia del derecho. Pero el supuesto de hecho de la norma es siempre de carácter general en relación a la descripción del hecho al cual habrá de ser aplicado, surge la necesidad de subsumir adecuadamente este último dentro de aquel, lo que se consigue a través de la interpretación.

La argumentación jurídica “atiende al discurso justificativo de los jueces y magistrados de circuito, estos es, de las razones que ofrece con la fundamentación y motivación de sus decisiones.”⁸²

Es decir, que la argumentación jurídica surge para acatar la obligación de fundamentar y motivar las decisiones jurisdiccionales, para legitimar dichas decisiones frente a las partes.

Al realizar la interpretación de una norma, deberá tenerse en cuenta la existencia de tres criterios o pautas a seguir los cuales son:

Criterio gramatical.- El lenguaje empleado por el legislador;

⁸² OLVERA LÓPEZ, Juan José, et al. Apuntes de Argumentación Jurídica, Especialidad en Secretaría de Juzgados de Distrito y Tribunal de Circuito, Curso Básico de Formación y Preparación de Secretario del Poder Judicial de la Federación, Noviembre 2006. p. 11

Criterio sistemático.- El contexto normativo en el que se encuentra inserto el enunciado.

Criterio funcional.- La voluntad del legislador, fines y valores de la norma.

El criterio gramatical surgió durante el estado de derecho en el que los jueces eran meros aplicadores de la Ley; el sistemático corresponde al estado constitucional de derecho en el que la ley se interpreta como un sistema; el funcional surge en un estado social de derecho que tiene como base, ya no sólo la letra de la ley ni su análisis integral, sino además los fines y la intención del legislador.

En ese contexto, aplicando a nuestro tema de tesis desde este punto de vista de la argumentación jurídica, el criterio más adecuado al último párrafo del artículo 133 bis, es el criterio funcional, ya que mientras que los criterios de interpretación gramatical y sistemático, se limitan al texto de la ley o atendiéndola como un sistema normativo, el criterio funcional va más allá de esos parámetros hasta lograr se cumpla con su función primordial en un ámbito de estado social y democrático del derecho.

Este criterio funcional de interpretación tiene como base, ya no la literalidad ni la sistematicidad de la ley, sino sus fines, el contexto histórico en el que se produjo, la intención del legislador, sus consecuencias prácticas o normativas, así como los principios que la rigen.

Ahora bien, el criterio funcional como pauta interpretativa tiene los siguientes argumentos:

“a) Teleológico, si se considera la finalidad de la ley; b) Histórico, tomando como base lo que otros legisladores dispusieron sobre la misma

hipótesis o analizando las leyes previas; c) Psicológico, si se busca la voluntad del legislador histórico concreto de la norma a interpretar; d) Pragmático, por las consecuencias favorables o desfavorables que arrojarían un tipo de interpretación; e) A partir de principios jurídicos, que se obtengan de otras disposiciones o del mismo enunciado a interpretar; f) De autoridad, atendiendo a la doctrina, la jurisprudencia o al derecho comparado.”⁸³

Teleológico.- Consiste en interpretar un enunciado de acuerdo con su finalidad, tiene por fundamento la idea de que el legislador está provisto de fines de los que la norma es un medio, por lo que la norma debe interpretarse atendiendo a esos fines.

Histórico.- Sirve para otorgar a un documento que plantea dudas interpretativas un significado, que sea acorde con la forma en que los distintos legisladores a lo largo de la historia han regulado la institución jurídica que el documento actual regula, tiene como fundamento la existencia de un legislador conservador que conlleva a una continuidad en la legislación.

Psicológico.- Es aquél por el que se atribuye a una regla el significado que se corresponda, con la voluntad del legislador histórico concreto que la redactó, claro está, que dicha voluntad debe buscarse en su manifestación externa o documental, que se identifica con el proceso legislativo de la norma (entiéndase a la exposición de motivos de la iniciativa, así como las discusiones, dictámenes de cada una de las cámaras y la correspondiente minuta).

Pragmático.- Es un argumento que a partir de las consecuencias favorables o desfavorables, deriven de un determinado tipo de interpretación, las cuales pueden ser de cualquier tipo; sociales económicas, morales, entre otras.

⁸³ Íbidem., p. 12.

A partir de principios.- Significa realizar una interpretación tomando como base un principio jurídico, que puede obtenerse de; un artículo de la Constitución que se considera que posee un carácter fundamental; de un artículo de la Constitución se presume o presupone un principio; los rasgos fundamentales de una regulación, de una ley o de un sector de la legislación; y los principios generales del derecho.

De autoridad.- Es aquel por el que a un enunciado normativo se le atribuye un significado que ya le había sido atribuido, es decir se utiliza la opinión de otras personas a favor de una tesis propia, por lo que es relevante a la función del prestigio que se le reconozca a la autoridad invocada sobre ese tema particular. En este ámbito jurídico se recurre a la jurisprudencia, tesis aisladas, a la doctrina o a la comparación de ordenamientos jurídicos de otras latitudes.

En base a los argumentos jurídicos antes señalados, se entrara a un análisis del artículo 133 bis, último párrafo, del Código Federal de Procedimientos Penales.

“Cuando el afectado pida que el arraigo o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica queden sin efecto, la autoridad judicial decidirá, escuchando al Ministerio Público y al afectado, si deben o no mantenerse.”

El argumento teleológico, del criterio de interpretación funcional se encuentra plasmado en el último párrafo del artículo en estudio concretamente, en la posibilidad que tiene el arraigado, de ser escuchado por el juez que ordenó la medida precautoria, para que la misma deje de surtir sus efectos. Esto es relativo a la garantía de audiencia, misma que encuentra su fundamento en el artículo 14, párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La palabra audiencia se puede definir, como la

garantía Constitucional que el artículo 14 del máximo ordenamiento legal, le otorga a toda persona para que previamente o posterior a cualquier acto de autoridad que le prive de sus derechos o posesiones le da una oportunidad razonable a defenderse en un juicio, a probar, alegar ante tribunales independientes imparciales, establecidos con anterioridad a la ley y acto a ejecutar. Igualmente el legislador en éste último párrafo, prevé la posibilidad que tiene el arraigado de defenderse, ante la pretensión del representante social, derecho que el artículo 20 constitucional, apartado A, en las multicitadas fracciones establece; por lo que dicho arraigado debe de gozar de la garantía de defensa, la cual debe de ejercerla un profesional conocedor de la materia, en esa diligencia de carácter judicial.

El legislador, al interpretar la figura jurídica del arraigo desde el punto de vista del argumento histórico, conservó en todo momento la garantía de audiencia (en distintos momentos), desde que surge a la vida jurídica este precepto legal, pero no se menciona la figura jurídica del defensor en la audiencia a la que tiene derecho el arraigado, hasta hoy en día. Por lo que de acuerdo al argumento teleológico e histórico el afectado debe de gozar de la garantía de defensa a partir del criterio de interpretación funcional.

Desde el punto de vista psicológico, el legislador desde 1983, hace referencia al aseguramiento personal del presunto responsable, en el sentido del ejercicio del derecho de tránsito, está subordinado únicamente a las facultades de la autoridad judicial, por lo que aquí, no solo se restringía la libertad personal, sino que tampoco tenía la posibilidad de que el arraigo se levantara, por lo que en la reforma de 1993, se otorga ésta garantía de defensa, antes de dictar la mediada precautoria, y posteriormente, en la última reforma que ha sufrido este reactivo, se le otorga la misma garantía, una vez que ya ha sido dictada, pero en ninguna de estas reformas se hace mención de la figura jurídica del defensor, en la solicitud de levantamiento de arraigo a petición del afectado, por lo que al tener el arraigado la posibilidad de defenderse, es

conveniente que su defensa ante la autoridad jurisdiccional sea un abogado defensor, la voluntad del legislador se encuentra basada en la restricción de la libertad de tránsito de la persona sujeta al arraigo y no a la posibilidad de defensa durante la etapa de la figura jurídica del arraigo.

Por las consecuencias favorables o desfavorables que arrojaría un tipo de interpretación, esto es el argumento pragmático, si aplicamos este argumento a nuestro párrafo tercero, la consecuencia favorable, es que al otorgarse la garantía de defensa al arraigado, tiene la posibilidad de que el arraigo se levante antes del término concedido por la autoridad jurisdiccional, desfavorable que no se le otorgue la garantía de defensa.

A partir de principios, atendiendo que la garantía de defensa encuentra su origen en el principio de garantía de audiencia contemplado en el artículo 14 Constitucional párrafo segundo, es de establecerse que esa defensa adecuada no está limitada por las normas secundarias, es decir lo contenido en el artículo en estudio del Código Federal de Procedimiento Penales, pues ese principio debe ser observado en todas las normas que deriven de la Constitución, por lo que se considera que esa defensa adecuada debe ser extensiva en todas las etapas de un procedimiento penal, inclusive en el arraigo.

Pero es importante precisar, que los criterios de interpretación y sus diversos tipos de argumentos que los complementan, no necesariamente se aplican de manera independiente, sino que incluso, para dar una interpretación más acertada, es necesario tomar como base los tres criterios y aplicar, en lo conducente la mayoría de sus argumentos, para obtener distintos enfoques del texto legal a fin de aplicar en una decisión jurisdiccional el que resulte más acorde a todo el panorama interpretativo, teniendo como fin último satisfacer las exigencias actuales de la situación concreta materia del juicio.

PROPUESTA

En el Código Federal de Procedimientos Penales hay cuestiones que debemos reflexionar, me refiero al artículo 133 bis, último párrafo, considero que hay serios problemas en cuanto al estado de indefensión en que se encuentra el arraigado, en la diligencia que solicita se levante dicha medida precautoria; el texto vigente, establece: "cuando el afectado pida que el arraigo quede sin efecto, la autoridad judicial decidirá, escuchando al Ministerio Público y al afectado, si debe o no mantenerse." Condiciones que han sido excluidas por una redacción totalmente vaga e imprecisa, que da lugar a confusiones y determina violaciones a las garantías individuales, en cuanto a que restringe literalmente la garantía de defensa del arraigado en dicha diligencia.

En ese sentido el legislador salvaguardó la garantía de audiencia en el precepto legal en estudio, y la posibilidad de defenderse ante el juez, lo cierto es que, existe la necesidad de que en esa diligencia el arraigado tenga un defensor (perito en la materia), garantía tan importante y trascendental para el posible levantamiento de la medida de seguridad a la que se encuentra sujeto.

El legislador contempló la figura jurídica del arraigo, ya que nuestro país está pasando por una etapa en la que la delincuencia organizada, la corrupción, el uso indebido de drogas, el tráfico de armas, entre otras cuestiones socava la credibilidad y eficacia de los gobiernos. Es preciso señalar que mi postura no es la constitucionalidad o inconstitucionalidad del multicitado arraigo, esto es, no estoy en contra ó a favor de que se decreten ordenes de arraigo, lo que propongo es que se adicione la figura jurídica de defensa en la audiencia a la que nos hemos referido en el presente estudio. Si bien es cierto que el arraigo, no es un proceso ni una averiguación previa, lo cierto es que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, determina que en cualquier procedimiento penal el indiciado, inculpado o procesado debe de gozar de la garantía de defensa, por lo que el arraigo no debería de ser la

excepción y debe de establecer esta figura jurídica para el posible levantamiento de la medida precautoria, misma que debe de redactarse de la siguiente forma:

Artículo 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales:

“La autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario o imponer la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin su autorización, a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia. Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.

El arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica se prolongarán por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de treinta días naturales, en el caso del arraigo, y de sesenta días naturales, en el de la prohibición de abandonar una demarcación geográfica.

Cuando el afectado pida que el arraigo o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica queden sin efecto, la autoridad judicial decidirá, escuchando al Ministerio Público, al afectado y su defensor, si debe o no mantenerse, la medida precautoria a la que se encuentra sujeto.”

CONCLUSIONES

PRIMERA.- La defensa en materia penal es parte fundamental en nuestro sistema jurídico, tan es así, que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece en su artículo 20 apartado A, fracciones IX y X, la garantía de defensa, tanto en la averiguación previa, como en el proceso.

SEGUNDA.- El derecho de defensa es imprescindible y trascendental en nuestro procedimiento penal, mismo que tiene como finalidad que el indiciado, inculcado o procesado, y como se ha reiterado en el presente trabajo del arraigado, no quede en estado de indefensión, designándole un abogado defensor (perito en la materia), que le proporcione asesoría técnica-jurídica.

TERCERA.- El objetivo primario y fundamental del defensor es salvaguardar el derecho de adecuada defensa del indiciado desde el inicio del procedimiento penal, es decir desde la averiguación previa, durante el proceso y del arraigado desde que tiene conocimiento de que está sujeto a la medida precautoria.

CUARTA.- El artículo 20 en su apartado A, fracción IX, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señala que desde el inicio de su proceso el inculcado, tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado o por persona de su confianza, no obstante considero que una defensa adecuada, se refiere que a la persona que se le designe dicho encargo, debe tener los conocimientos jurídicos indispensables para ejercer

dicha función como lo es un Licenciado en Derecho, ya que la persona que se designe como de confianza no sea un perito en la materia, por lo que no va a tener ni los argumentos jurídicos, ni la técnica para hacer ver al juez el posible levantamiento del arraigo.

QUINTA.- Entre otros derechos de que goza el inculpado desde el inicio del procedimiento penal, es el de asistirse por un defensor, requiriéndole desde la averiguación previa para que lo nombre, en caso de no querer o no poder hacerlo, la autoridad debe designarle a un defensor de oficio, determinándose que la confesión rendida ante el Ministerio Público o ante el Juez, sin la asistencia de un defensor carecerá de todo valor probatorio, esto es porque la libertad personal del inculpado se ve restringida.

SEXTA.- En relación al artículo 133 bis, último párrafo, considero errónea su redacción, ya que de la simple lectura se advierte que lesiona el principio de la garantía de defensa, es decir que no incluye a la figura jurídica del defensor, a pesar de que dicha diligencia es de carácter judicial con intervención del Juez, Ministerio Público y arraigado (afectado).

SÉPTIMA.- Si bien es cierto que el arraigo no es un proceso, tampoco una averiguación previa, también lo es que, se encuentra privado de su libertad personal (detenido), por lo que en esa diligencia que le da la posibilidad de defenderse a fin de que sea levantada la medida precautoria, no debe de ser la excepción de que se le permita actuar a un defensor con título de Licenciado en Derecho.

BIBLIOGRAFÍA

BARRAGAN SALVATIERRA, Carlos, Derecho Procesal Penal, segunda edición, Mc.Graw-Hill Interamericana editores S.A. de C.V., México 2004.

BRISEÑO SIERRA, Humberto, el Juicio Ordinario Civil, 2ª edición, Editorial Trillas, México, 1999.

COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, decimonovena edición, Porrúa, México 2006.

DE PINA VARA, Rafael, Diccionario de Derecho, 32ª edición, Porrúa, México 2003.

Diario de los Debates, del Senado, noviembre 15 de 1983, diario número 11, Primer Periodo Ordinario, Legislatura: LVII.

Diario Oficial de la Federación, Tomo DXLV No. 5, Lunes 8 de febrero de 1999.

Diccionario Jurídico Mexicano, Porrúa, México 1999.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio, Código Federal de Procedimientos Penales Comentado, octava edición, Porrúa, México 2007.

Enciclopedia Jurídica Mexicana, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM , Tomo I, primera edición, Porrúa, México 2002.

ENCICLOPEDIA JURÍDICA OMEBA, Tomo I-A, Argentina, Driskill S.A., Argentina Buenos Aires, 1986.

ESCRICHE, Joaquín, Diccionario Razonado de Legislación y Jurisprudencia Civil, Penal y Forense, 1993-1995.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, Delincuencia Organizada, Antecedentes y Regulación Penal en México, cuarta edición, Porrúa, México 2005.

GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano, novena edición, Porrúa, México, 1988.

HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio, el Proceso Penal Mexicano, primera edición, Porrúa S.A. de C.V., México 2002.

IUS 2007, Jurisprudencias y Tesis Aisladas junio 1917 – junio 2007, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Poder Judicial de la Federación.

LARENZ, Karl, Metodología de la Ciencia del Derecho, 2ª edición, Ariel S.A. de C.V., España 2001.

Ley de Enjuiciamiento Civil Español, segunda edición., Civilistas S.A., España, 1991.

“Memoria del Foro de Consulta Popular sobre Seguridad Pública y Administración de Justicia”, Revista Mexicana de Justicia, volumen VII, número 1, noviembre de 1989.

MONARQUE UREÑA, Rodolfo, Derecho Procesal Penal Esquemático, Porrúa, México 2002.

MORINEAU IDUARTE, Martha e IGLESIAS GONZÁLEZ, Román, Derecho Romano. Harla, S.A. de C.V., México, 1987.

Nuevo Diccionario de Derecho Penal, primera edición, Librería Malej, S.A. de C.V., México 2004.

OLVERA LÓPEZ, Juan José, et al. Apuntes de Argumentación Jurídica, Especialidad en Secretaría de Juzgados de Distrito y Tribunal de Circuito, Curso Básico de Formación y Preparación de Secretario del Poder Judicial de la Federación, Noviembre 2006.

ORONoz SANTANA, Carlos, Manual de Derecho Procesal Penal, cuarta edición, Limusa S.A. de C.V., México 2005.

PALLARES, Eduardo, Diccionario de Derecho Procesal Civil, Porrúa, México 2002.

SILVA SILVA, Jorge Alberto, Derecho Procesal Penal, decimosegunda reimpresión, Oxford, México, 2006.

ZAMORA-PIERCE , Jesús, Garantías y Proceso Penal, décima edición, Porrúa, México 2000.

LEGISLACIÓN

Código Federal de Procedimientos Penales, Raúl Juárez Carro Editorial, S. A. de C.V., edición 10, 000 ejemplares, Compilación de Amparo y Penal Federal, México D.F. 2007.

Código Penal Federal, Raúl Juárez Carro Editorial, S. A. de C.V., edición 10, 000 ejemplares, Compilación de Amparo y Penal Federal, México D.F. 2007.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, editorial SISTA, edición 10, 000 ejemplares, Legislación Penal para el D.F., México D.F., 2008.

Código Penal para el Distrito Federal, editorial SISTA, edición 10, 000 ejemplares, Legislación Penal para el D.F., México D.F., 2008.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Raúl Juárez Carro Editorial, S. A. de C.V., edición 10, 000 ejemplares, Compilación de Amparo y Penal Federal, México D.F. 2007.

Ley de la Defensoría de Oficio del Distrito Federal y su Reglamento, editorial SISTA, edición 10, 000 ejemplares, Legislación Penal para el D.F., México D.F., 2008.

Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, Raúl Juárez Carro Editorial, S. A. de C.V., edición 10, 000 ejemplares, Compilación de Amparo y Penal Federal, México D.F. 2007.

Ley Federal de Defensoría Pública, Raúl Juárez Carro Editorial, S. A. de C.V., edición 10, 000 ejemplares, Compilación de Amparo y Penal Federal, México D.F. 2007.

Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, Raúl Juárez Carro Editorial, S. A. de C.V., edición 10, 000 ejemplares, Compilación de Amparo y Penal Federal, México D.F. 2007.