

7/8
Lef



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA
DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

SEMINARIO DE DERECHO PENAL

"ALCANCES Y LIMITES JURIDICOS DEL
AUTO DE RATIFICACION DE LA
RETENCION"

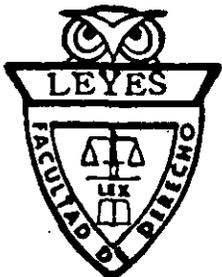
T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE

LICENCIADO EN DERECHO

P R E S E N T A :

L U I S P I Ñ A L O P E Z



MEXICO, D. F.

1999.

TESIS CON
FALTA DE ORIGEN

0270758



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:

A mis Padres, lamparas votivas de Dios, por todo su apoyo y comprensión durante toda mi vida como estudiante e hijo.

A la Universidad Nacional Autónoma de México, por haberme brindado la oportunidad de recibirme en sus instalaciones como alumno y superarme académicamente.

A mi asesor de Tesis, por su paciencia, comprensión y orientación en la realización de éste trabajo de investigación, gracias licenciado ROBERTO AVILA ÓRNELAS.

A todas las demás personas, que me apoyaron de alguna u otra manera y que sin ellas nunca hubiera sido posible la terminación de este trabajo recepcional, por tanto hago el agradecimiento en forma general, para no omitir a ninguna de ellas, lo cual sería injusto, para todas, mil gracias.

México, Distrito Federal, Enero de 1969.

Tema de Tesis

**“ALCANCES Y LIMITES JURIDICOS DEL
AUTO DE RATIFICACION DE LA
RETENCIÓN”**

Asesor: Licenciado ROBERTO AVILA ÓRNELAS.

Exponente: LUIS PIÑA LOPEZ.

Seminario de Derecho Penal

Facultad de Derecho.

Ciudad Universitaria.

"ALCANCES Y LIMITES JURIDICOS DEL AUTO DE RATIFICACION DE LA RETENCION"

INTRODUCCION.

CAPITULO 1. - EVOLUCION HISTORICA DE LA INSTITUCION DEL MINISTERIO PUBLICO.

- 1.1. - En la época antigua
- 1.2. - En España.
- 1.3. - En México.
- 1.3.1. - A finales del siglo pasado.
- 1.3.2. - En la Constitución de 1917.
- 1.4. - La razón histórica de la existencia de la institución.

CAPITULO 2. - MARCO JURIDICO DE LAS FACULTADES DEL MINISTERIO PUBLICO.

- 2.1. - El artículo 21 Constitucional.
- 2.2. - El monopolio de la acción penal.
- 2.3. - Fines de la acción penal.
- 2.4. - Facultades del Ministerio Público en averiguación previa.
- 2.5. - Facultades del Ministerio público en el proceso.

CAPITULO 3. - LA REFORMA SOBRE LA PRIVACION LEGAL DE LA LIBERTAD POR PARTE DEL MINISTERIO PUBLICO.

- 3.1. - La nueva orden de detención por parte del Ministerio Público.
- 3.2. - En caso de urgencia.
- 3.2.1. - El delito grave.
- 3.2.2. - Las horas para ocurrir al poder Judicial.
- 3.2.3. - El temor de que se pueda sustraer a la acción de la justicia.
- 3.3. - El caso del Crimen Organizado.

CAPITULO 4. - DEL AUTO DE RATIFICACION DE LA RETENCION.

- 4.1. - La detención por flagrante delito.
- 4.2. - Como se decreta la retención.
- 4.3. - Requisitos legales para ratificarla.
- 4.4. - La ratificación frente a la garantía de libertad personal.
- 4.5. - Criticas y Propuestas.

CONCLUSIONES.

BIBLIOGRAFIA.

EXPOSICION DE MOTIVOS

Con las reformas establecidas tanto a la constitución, como al Código Penal, y el Código de Procedimientos Penales, se ha abierto una posibilidad concreta por parte del Agente del Ministerio Público, para que este pueda ordenar incluso alguna detención, cuando la propia legislación así lo disponga y si posteriormente ante la autoridad judicial, a criterio de la misma, esta detención no reúne los requisitos necesarios que ordena Nuestra Carta Magna y ordenamientos legales respectivos, entonces tal sujeto quedara en libertad; Con dicha resolución no se le sigue juicio al presunto responsable. En cambio algunos jueces optan por la opción de que al momento en que es dejada en libertad la persona, este es aprehendido nuevamente, ya que se obsequia la Orden de Aprehensión que es solicitada por el Agente del Ministerio Público y así podersele instaurar el debido proceso legal. Una experiencia de un servidor y que menciono como segundo ejemplo es la de OSVALDO ZAMBRANO SANCHEZ alias "El Guapo", sujeto que tenia sus operaciones en la colonia Doctores atemorizando a la gente que vive en la colonia.

Por consiguiente creemos que *el auto de ratificación de la retención* debe de estar bien contemplado por nuestros códigos de la materia y así poder evitar decisiones que causen un perjuicio a la sociedad entera.

OBJETO DE CONOCIMIENTO

El objeto de conocimiento, va a consistir en analizar en la etapa de averiguación previa y ante la autoridad jurisdiccional, el alcance y límite jurídico procesal del auto de ratificación de la retención, teniendo la necesidad de establecer diversos requisitos para confirmar y ratificar dicho auto y así quedar bien detenido el presunto responsable, de acuerdo con los lineamientos que la ley establece, cumpliendo con lo ordenado por la Constitución Política que nos rige.

INTRODUCCION.

En el presente trabajo de investigación, el problema que se va a analizar es el "AUTO DE RATIFICACIÓN DE LA RETENCIÓN", donde trataremos de encontrar una solución a los problemas que lleva consigo el decreto de dicho auto en la fase de averiguación previa.

El tema se eligió en virtud, de que en la actualidad, nuestro órgano investigador en materia penal del Distrito Federal, la mayoría de las veces, recurre a fallas u omisiones que perjudican seriamente la administración e impartición de justicia.

En virtud de esto, el creciente índice de delincuencia, permite que las diligencias del Ministerio Público, en algunas ocasiones sean mal realizadas y por

consiguiente el decreto de auto de ratificación de la retención sea mal utilizado, y debemos recordar que juega un papel muy importante dentro de todo el proceso penal.

Ya que ejemplos concretos y reales son los de OSWALDO ZAMBRANO SANCHEZ, que se dedicaba al robo de autopartes y autos, teniendo sus operaciones en la Colonia Doctores y más recientemente "EL CHUKI", quien asaltaba taxis y es acusado del homicidio de un empresario norteamericano, que trajo fricciones al gobierno mexicano con el país vecino del norte.

Tienen relación estos delincuentes, ya que sus consignaciones fueron mal hechas sobre todo a lo referente al auto de ratificación de la retención y trajo como resultado que en el primero, se le dejara en libertad por el órgano judicial, pero inmediatamente que salía del reclusorio era detenido con una orden de aprehensión girada por el mismo juez por encontrarse satisfechos los requisitos de las mismas; en el caso del segundo, se le dejó en libertad y se le absolvió del delito de homicidio contra el empresario estadounidense.

Nuestro estudio parte de lo general a lo particular, primero se realiza la investigación de los orígenes del Ministerio Público; En segundo lugar, el marco jurídico constitucional donde se desenvuelve y sus leyes reglamentarias; En tercera posición, se analiza la reforma a la Carta Magna en materia penal, que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de septiembre de 1993, sobre todo por lo que respecta al artículo 16; Y por último analizamos, los artículos reglamentarios referentes, que son el 266, 267, y 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, éstos se modificaron por decreto publicado el 10 de enero de 1994, 22 de julio del mismo año y 13 de mayo de 1996.

Con el análisis de los mencionados artículos reglamentarios del 16 Constitucional, se verá las deficiencias que tienen y las modificaciones que se tienen que hacer al respecto para una mayor seguridad jurídica de los participantes del drama penal y la sociedad en general.

La propuesta que se plantea, es de que quede bien contemplado en la ley adjetiva de la materia, el decreto del auto de ratificación de la retención, por consiguiente nos atrevemos a dar algunas sugerencias que un servidor consideró, mínimas necesarias para poder hacer uso de esta y en la practica se eviten mal interpretaciones por los servidores públicos que están íntimamente relacionados con ella.

La investigación realizada por el hoy declarante, se da en virtud, de que los funcionarios encargados de las Agencias del Ministerio Público investigadoras, en algunas ocasiones realizan una mala interpretación de dicho precepto, trayendo como consecuencia el incumplimiento a lo ordenado por la Constitución vigente y que el órgano judicial, tenga que comunicarse con su superior vía telefónica sobre la forma en que va a resolver tal anomalía.

CAPITULO 1-

EVOLUCION HISTORICA DE LA INSTITUCION DEL MINISTERIO PUBLICO.

Nos preguntamos porque analizaremos a la institución del Ministerio Público en nuestro tema de tesis, bueno, resulta, que lo haremos, en virtud de que el tema de investigación se refiere a los "Alcances y límites jurídicos del auto de ratificación de la retención". Por consiguiente la actuación de dicha institución es de notoria importancia para poder decretar este auto, es por eso que analizaremos a la institución del Ministerio Público, ya que sin la cual no podría existir esta propuesta de trabajo.

Para poder ubicarnos que importancia tiene la función del Ministerio Público, debemos remontarnos hasta sus orígenes, pero cuales son estos; He aquí, un punto de discrepancia, ya que algunos autores consideran que el Ministerio Público efectivamente tiene sus orígenes en Francia y España; otros lo van a ubicar en la época antigua;

“Entre los estudiosos de la materia, algunos pretenden encontrar sus antecedentes en la organización jurídica de Grecia y Roma. Otros le otorgan al Derecho Francés la paternidad de la institución”.¹

En lo personal considero que el Ministerio Público va a tener sus antecedentes desde la época antigua, por lo tanto nos abocáremos a hacer su estudio desde esta etapa de la historia.

Por consiguiente analizaremos históricamente lo que sucedió en Grecia para poder entrar después al estudio del tema durante la época de Roma, ya que como sabemos éste pueblo recibió mucha influencia de la antigua Grecia, continuaremos con España,

¹ Colín Sánchez, Guillermo: “Derecho Mexicano de Procedimientos Penales”, México, Editorial Porrúa, décima Tercera Edición, 1992, Pag. 87.

llegaremos a México y sus diversas etapas históricas, desde la colonia, pasando por la independencia y llegando hasta la Constitución del 17.

1.1. - EN LA EPOCA ANTIGUA

“La aparición de la escritura y la constitución de los imperios orientales marca el fin de la época prehistórica y el nacimiento de la que se conoce como época antigua”²

Por tanto tenemos entonces que la época antigua nace con la aparición de la escritura y la formación de los imperios orientales; Y la cual va a comprender a los pueblos de Grecia Roma, entre otros más, pero para efecto de nuestro estudio solo analizaremos a estos.

En tales civilizaciones se encuentran vestigios ancestrales de lo que hoy conocemos como Ministerio Público y no como es en la actualidad, sino como simple antecedente y que después toma una evolución como cualquier otra institución que ha existido en derecho, perfeccionándose poco a poco, hasta llegar a lo que es en el presente.

Por tanto pasaremos pues a comentar lo sucedido durante esta etapa de la historia.

a) GRECIA

“La historia del pueblo griego se inicia en la prehistoria pero nos resulta de mayor interés la época antigua”

3

² Silva Silva, Jorge Alberto: “Teoría del Derecho Procesal Penal”, México, Editorial Harla, Tercera Edición, 1990, Pag. 43.

³ Ibid Pag. 44.

Nos limitaremos únicamente a buscar los antecedentes de la institución del Ministerio Público, por tanto, en este periodo, vamos a encontrar que el ejercicio de la acción penal era **“una facultad de la víctima y sus familiares”**⁴, o del mismo ofendido cuando fuere posible.

Posteriormente esta función recaerá en una persona de la sociedad, la cual ya no tenía ningún interés en el asunto; Por consiguiente se da un gran avance en este aspecto, ya que no surge el apasionamiento que conlleva cuando vemos afectados nuestros intereses y más cuando son de índole penal.

Con esto tenemos que se van a concebir varias figuras entre ellos los Temosteti los que se encargaban **“de denunciar los delitos ante el senado o ante la asamblea del pueblo para que se designara a un representante que llevara la voz de la acusación”** ⁵

⁴ Briseño Sierra, Humberto: “El enjuiciamiento penal Mexicano”, México, Editorial Trillas, Segunda Reimpresión, 1985

⁵ González Bustamante, Juan José: “Principios de derecho Procesal Penal Mexicano”, México, Editorial Porrúa, Octava Edición, 1985.

Después surge otra figura llamada Arconte, en ella se van a presentar las acusaciones y convocaban al Tribunal del Areópago;

Guillermo Colín Sánchez, "... dice que el antecedente más remoto del Ministerio Público está en las instituciones del derecho griego, especialmente en el "Arconte", magistrado que en representación del ofendido y de sus familiares o por incapacidad o negligencia de éstos, intervenía en los juicios; sin embargo, tales atribuciones son dudosas y aunque se ha insistido que entre los atenienses la persecución de los delitos era una facultad otorgada a las víctimas y a sus familiares, los datos que obran al respecto no son suficientes para emitir un juicio preciso".⁶

Como podemos observar, existen algunos indicios del Ministerio Público, aunque existen dudas al respecto.

"El Areópago correspondía al consejo de ciudadanos (eupátridas) que administraban justicia criminal, en tanto que el arconte poseía entre otras facultades: las políticas y las militares. Era ante el Arconte, ante el cual se

⁶ Loco citato. Colín Sánchez, Guillermo: "Derecho Mexicano...", Págs. 87-88

presentaba la acusación, para después convocar al tribunal de Areópago.” ⁷

Aquí también vemos que recaía en la figura del arconte la acusación criminal, y que era una institución de derecho importante para la justicia penal.

Durante la etapa clásica de la historia de Grecia se promulga una ley llamada de Efiates, la cual le “restó facultades al Areópago, y más tarde el arcontado dejó de ser un privilegio de los ricos y se estableció que las funciones públicas debían ser remuneradas.” ⁸

Posteriormente surge el tribunal de la Eliae, cuyos “... miembros se elegían democráticamente. No había acusador o actor y el procedimiento tenía dos fases: instructora, donde los magistrados instruían; y resolutoria, en la que los jurados resolvían. Cualquier persona podía denunciar...”, ⁹

⁷ Loc. Cit. Silva Silva, Jorge Alberto: “Teoría del derecho...”, pag. 44

⁸ Id.

b) ROMA

“Políticamente la historia de Roma atravesó tres periodos: la monarquía (753 aC hasta 510 aC), la república y el imperio. Como veremos, cada uno de estos tres tipos de organización llevo a influir en la administración de justicia.”¹⁰

En Roma vamos a tener que para su estudio y de acuerdo a la historia universal podemos dividirla en tres periodos, los cuales serian: la monarquía, la República y el imperio; Por consiguiente en cada una de estas etapas nos encontramos con diversas formas de instituciones parecidas a las del Ministerio Público, así como de aplicar el procedimiento penal.

Pero empezaremos por observar lo que sucedió durante la primera etapa la cual se le ha denominado Monarquía.

En la época de la monarquía, todavía era desconocida la forma de llevar a cabo un procedimiento de carácter penal, las

⁹ Idem.

¹⁰ Ibid. Pag. 45

funciones de lo que pudiéramos llamar Ministerio Público de aquel entonces era mas bien pues, las de cuidar los intereses del Estado Romano, como por ejemplo: defendían al fisco, o a las ciudades, por consiguiente tenían funciones diversas de las que le conocemos al Ministerio Público;

Tenemos que se va a dar una gran influencia religiosa durante los juicios, **“La influencia religiosa establecía ciertas acciones que habían de realizarse para poder satisfacer la pretensión, especialmente en la de los delitos privados. Dichas “acciones” consistían en rituales, movimientos y frases sacramentales que debían de pronunciarse para someter la pretensión ajena a la propia”** ¹¹

Se crearon órganos especializados para los delitos públicos como los comicios por Centurias, **“eran las únicas organizaciones que podían imponer la pena de muerte, el destierro o las multas. Más que realizar función jurisdiccional, estos comicios que representaban al pueblo se encargaron de la represión política.”** ¹²

¹¹ Ibidem pag. 46

¹² Id.

“Los hombres más insignes de Roma, como Catón y Cicerón tuvieron a su cargo el ejercicio de la acción penal en representación de los ciudadanos.”¹³

Vemos que la función de la acción penal, era encargada no a cualquier ciudadano sino a aquel que tuviera reconocimiento y renombre en esa sociedad.

Con el tiempo se le delego al rey la función de juzgar las cuestiones penales.

Durante la República, surgen funcionarios especializados que apoyaban al Rey en las cuestiones de carácter penal llamados *Quaestores*, **“Originalmente éstos quaestores, sólo conocían del caso que se les planteaba y luego desaparecían(eran juzgadores por comisión); pero después se empezó a dictar una serie de leyes que permitieron a los quaestores profesionalizarse; es decir, tener mayor permanencia en sus puestos.”¹⁴**

Aparecen también leyes especializadas llamadas *Questiones perpetua*, **“Las quaestiones perpetuae, especie de leyes especializadas, dieron esta permanencia, pero no para**

¹³ Loco citato. González Bustamante, Juan José: “Principios de Derecho Procesal...” pag. 54

todos los delitos, sino para cada tipo de delito. Aparecieron entonces los quaestores de clandestinis conjunctionibus (para conjuraciones), majestate (para la seguridad de la nación), veneficiis (de envenenamiento), homicidiis (de homicidio), peculatus (peculado), pecuniae respetundae (exacciones ilegales)”¹⁵

Notamos que se da una especie de clasificación y especialización para cada delito y por consiguiente personal especializado para atenderlo, dando un gran avance en materia penal, con estas innovaciones.

“Se tuvo, de este modo, un tribunal para cada delito, donde un magistrado conocía quaestio, y otro grupo de personas (jurado) resolvía. Para entonces ya se permitió a todo ciudadano acusar, y se le exigía tan solo el juramento de no acusar calumniosamente (juramentum calumniae).”¹⁶

Vemos que se crean tribunales especializados para atender los delitos y que cualquier ciudadano podía acusar,

¹⁴ Loc. Cit. Silva Silva. Jorge Alberto: “Teoría del derecho...”, pag. 46

¹⁵ Idem.

¹⁶ Id.

entonces ahora si ya vemos un poco más de forma a la actual institución investigadora.

Había una persona que conocía del asunto al que se le llamaba magistrado y un grupo de personas que constituían un jurado eran los que resolvía el problema, pudiendo emitir tres tipos de resoluciones: La primera en la que se condenaba al individuo, la segunda en la que lo absolvía y la tercera en la que lo absolvía de la instancia; todos los ciudadanos podían acusar exigiéndoseles prestar el juramento respectivo.

Ya en el Imperio, vamos a encontrar que el emperador alcanzaba poder absoluto para decidir en cuestiones de índole penal, por consiguiente los magistrados conocían del caso y los resolvían, "**los *praesides*, y *procónsules*, los *advocati fisci* y los *procuratores Caesaris* de la época imperial, que si al principio fueron una especie de administradores de los bienes del príncipe (*rationales*), adquirieron después suma importancia en los ordenes administrativo y judicial, al grado de que gozaban del derecho de juzgar acerca de las cuestiones en que estaba interesado el fisco". ¹⁷**

¹⁷ Loco citato. González Bustamante; Juan José: "Principios de derecho...", pag. 54

Colín Sánchez manifiesta que en las...
"postrimerías del Imperio Romano se instituyeron funcionarios
cuya actividad estaba relacionada con la justicia penal
(*Curiosi, Stationari* o *Irenarcas*). Estos eran autoridades
dependientes directamente del pretor y sus funciones estaban
circunscritas al aspecto policiaco".¹⁸

Tenemos entonces que el imperio se caracteriza
por la concentración del poder en una sola persona, primero en
el emperador y luego en la figura de los magistrados.

1.2. - EN ESPAÑA.

Se menciona según los autores que en España
vamos a encontrar los orígenes modernos de la institución del
Ministerio Público, lo que ya habíamos comentado al principio de

¹⁸ Loc. Cit. Colín Sánchez, Guillermo: "Derecho Mexicano de..." pag. 88

éste capítulo y que un servidor, estaba en desacuerdo sobre esta afirmación.

“En la región peninsular, asiento de la actual España y entonces provincia romana, impero el derecho romano hasta la llegada de los visigodos, pueblo de origen germano (siglo V), los cuales implantaron su derecho (el código de Eurico o de Tolosa, por ejemplo, año 475) y un derecho romano (Breviario de Alarico o de Aniano, año 506)”

19

Por consiguiente, el derecho español, va tener una gran influencia de Roma.

“Poco después los musulmanes arribaron a la península donde permanecieron casi por espacio de un milenio (la última reconquista fue en 1492). Al lado de los musulmanes conviven además moros, los judíos y otras culturas.” ²⁰

Por tanto al legar los diversos pueblos que se establecieron en lo que ahora es España, van a influir en la justicia española.

¹⁹ Op. cit. Silva Silva, Jorge Alberto: “Teoría del Derecho...”, pag. 53

²⁰ Idem.

Como primer ordenamiento se va a tener al fuero juzgo y surge por **“la fusión de los derechos visigodo y romano dio lugar al fuero juzgo (663),...”** ²¹

En este fuero juzgo ya existía una persona facultada para que en nombre del Rey y si no había parte acusadora este pudiera intervenir durante el juicio que se le siguiera a la persona que hubiera cometido algún delito.

Durante este tiempo cada ciudad tuvo su forma de administrar justicia mediante documentos que recibieron el nombre de fueros;

“Las diversas influencias romanas, musulmanas, cristianas, moras e inclusive las antiguas germanas, con el transcurso del tiempo originaron gran cantidad de leyes, que se trataron de compilar, pero sin resultado inmediato. El agotador trabajo dio finalmente por resultado, lo que se conoce como las Siete Partidas, obra de Alfonso X “el sabio”.” ²²

La cual entró en vigor y con el tiempo se fue haciendo obsoleta, teniéndose que complementarse con diversas

²¹ Id.

²² Idem.

leyes como: las Ordenanzas de Medina, las leyes del Toro, entre otras, dejando de tener vigencia el derecho Romano.

Se tuvo que volver a hacer una recopilación de las leyes dando lugar a la obra llamada la Nueva Recopilación de ésta aparece otra, una nueva recopilación, dándosele el nombre de Novísima Recopilación de las Leyes de España;

“La novísima recopilación, libro V, título XVII, reglamento las funciones del Ministerio Fiscal. Durante el reinado de Felipe II establece dos fiscales; uno para actuar en los juicios civiles y otro en los de carácter penal.” ²³

Se establecen entonces, dos fiscales especializados para cada materia, dándose una especialización.

“En un principio los fiscales se encargaban de perseguir a quienes cometían infracciones relacionadas con el pago de la contribución fiscal, y posteriormente fueron facultados para defender la jurisdicción y el patrimonio de la hacienda Real.” ²⁴

²³ Garduño Garmendía, Jorge: “El Ministerio Público en la investigación de los delitos”, México, Editorial Limusa, Primera Edición, 1988, Pag. 13

²⁴ Id.

Se tiene que las primeras funciones de los fiscales son de carácter estatal, es decir, de cuidar los intereses del Estado.

“Mas tarde el Procurador fiscal formo parte de la Real Audiencia, interviniendo a favor de las causas públicas y en aquellos negocios en los que tenia interés la Corona, integrando además el Tribunal de la Inquisición.”²⁵

Aquí hacemos un paréntesis ya que podemos observar como en España poco a poco se va dando una idea más clara de lo que es el Ministerio Público, igual pasa por las etapas de los pueblos que ya hemos visto y que posteriormente empieza a actuar un funcionario en nombre del Rey, siendo lo que hoy sería en nombre del Estado y que inclusive como lo señalamos anteriormente también en nombre de las personas que se veían involucradas en algún hecho delictuoso.

En este Tribunal dicho personaje figuró con el nombre de Procurador Fiscal, llevando la voz acusatoria en los juicios.

²⁵ Id.

Posteriormente en España, surge una Constitución, en Cádiz en el año de 1812 en donde establece al Tribunal Superior y deslinda las audiencias, sin embargo vamos a encontrar en: ... **“La ley 22 Titulo 1, Partida VII, autorizó al acusado para transgredir con el acusador, quedando liberado de la pena. Solo mas tarde, al fortalecerse el poder real se dejó expedita la acusación a toda persona en el goce de sus derechos, aunque no se tratara de la ofendida, pero siempre que el delito fuera público, y se prescribió que el perdón del ofendido no impediría el castigo del delincuente, si lo era por delito que hubiera producido alarma social”... ²⁶**

Resulta pues que va a existir una promotora fiscal, desde el siglo XV y en la que los promotores obraban en representación del Rey siguiendo sus indicaciones vigilaban lo que se realizaba dentro de los Tribunales y obrar en nombre del pueblo, interviniendo hasta la iniciación del plenario

Lo que menciona Juan José González Bustamante en su libro es que... **“Por decreto de 21 de Junio de 1926, el Ministerio Fiscal funciona bajo la dependencia del Ministerio**

²⁶ Opere Citato. Briseño Sierra, Humberto: “El enjuiciamiento...”, pag. 100

de Justicia. Es una magistratura independiente de la judicial y sus funcionarios son amovibles. Se compone de un Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Madrid, auxiliado por un Abogado general y otro asistente. Existen, además, los Procuradores Generales en cada Corte de Apelación o audiencia provincial asistidos de un abogado general y de otros ayudantes"...²⁷

De todo lo anterior podemos concluir, que cada civilización en la medida que van teniendo problemas en el seno de su sociedad, crea instituciones para solucionar sus problemas, las figuras que descubrimos y que pudiéramos decir realiza una función como la del Ministerio Público, se van a ir adaptando a cada etapa de desarrollo de los pueblos, por consiguiente van a responder a una función que tiene encomendada en cada momento y lugar específico.

Observamos también que poco a poco se va dando un desarrollo en la forma de castigar algún delito, ya que la función investigadora en un primer momento esta encomendada a los particulares y después el rey asume dicho ejercicio.

²⁷ Op. Cit. González Bustamante, Juan José: "Principios de...", pag. 59.

1.3. - EN MEXICO.

Ahora analizaremos si hay antecedentes del Ministerio Público en México. El estudio partirá de las culturas más importantes surgidas en la época precortesiana hasta llegar a la conquista, pasando por la independencia y concluyendo en la Constitución de 1917.

“Se ha dicho que, en lo penal, la historia de México comienza con la conquista, pues todo lo anterior, protohistoria y prehistoria, esta por descubrir todavía. O los pueblos indígenas nada tenían en materia penal, lo que parece imposible, o si lo tenían nada les quedo después de la conquista; fue borrado y suplantado por la legislación colonial tan rica.”²⁸

²⁸ Carranca y Trujillo, Raúl: “Derecho Penal Mexicano, Parte General”, México, Editorial Porrúa, Decimoctava Edición, 1995, Pag. 112.

Por lo anterior, entraremos pues al estudio de las culturas prehispanicas como la Olmeca, Maya y Azteca.

“La cultura olmeca parece ser la más antigua (desde el siglo IX aC), pero poco se sabe acerca de su administración de justicia. De ellos solo se tiene noticia de la influencia teocrática que había en sus decisiones.” ²⁹

Entonces tenemos a los Olmecas, que al parecer no hubo propiamente algún indicio del Ministerio Público.

“Los mayas florecieron en nuestra era (325-925), y su sociedad tenía también una marcada influencia religiosa y aristocrática. De estos últimos, su derecho penal es mas conocido, que su enjuiciamiento. No obstante, podemos afirmar que había cierta disponibilidad de la acción por parte del ofendido.” ³⁰

Observamos que casi no existe una figura que nos hable del Ministerio Público.

“En México, entre los aztecas, imperaba un sistema de normas para regular el orden y sancionar toda conducta hostil hacia las costumbres y normas sociales.

²⁹ Opere Citato. Silva Silva, Jorge Alberto: “Teoría del...”, pag. 57

³⁰ Ibid. Pag. 57-58

El derecho no era escrito sino más bien de carácter consuetudinario, ajustándose en todo al régimen absolutista a que en materia política había legado el pueblo azteca.” ³¹

Tampoco observamos una figura que pudiera parecerse al Ministerio Público en sus orígenes.

“El poder del monarca se delegaba, en sus distintas atribuciones, a funcionarios especiales y, en materia de justicia el Cihuacoatl es fiel reflejo de tal afirmación. Este funcionario auxiliaba al Hueytlatoani, vigilaba la recaudación de los tributos y presidía el Tribunal de Apelación; además, era una especie del consejero del monarca, a quien representaba en algunas actividades tales como la preservación del orden social y militar.” ³²

Hay dos funcionarios, pero ninguno con carácter de perseguidor de los delitos sino más bien su función era política y de seguridad del Estado.

“Otro funcionario de gran relevancia fue el Tlatoani, quién representaba a la divinidad y gozaba de

³¹ Op cit. Garduño Garmendía, Jorge: “El Ministerio Público...”, pag. 14.

³² Id.

libertad para disponer de la vida humana a su arbitrio; acusaba y perseguía a los delincuentes, aunque generalmente delegaba esta facultad en los jueces, quienes auxiliados por los alguaciles y otros funcionarios, se encargaba de aprehender a los infractores.”³³

Vemos que al parecer este funcionario pudiera tener alguna relación con el Ministerio Público.

Transcurre el tiempo y se da la conquista de México, con las consecuencias que ya conocemos. Las instituciones jurídicas de España son implantadas en México, destruyendo toda actividad jurídica que tenían los pueblos conquistados, los cuales tuvieron que adaptarse a las nuevas normas imperantes y como ya sabemos, siempre fueron más severas para las clases dominadas que para las dominantes.

Luego entonces estudiaremos lo ocurrido durante la conquista.

“La llegada del conquistador a América provocó en los primeros momentos una dualidad de sistemas jurídicos bajo una misma corona: el sistema jurídico indígena y el español. El indígena, fundado en la legislación precolombina,

³³ Idem.

continuo funcionando hasta que se consolido la conquista y mientras no se opuso a los lineamientos básicos de la legislación española.” ³⁴

Como consecuencia de la conquista, se mezclaron los dos sistemas juridicos, prevaleciendo el español sobre el indígena.

“Una vez consolidada la conquista, fueron las leyes peninsulares las que siguieron aplicándose, entre otras las siete partidas y su legislación complementaria, así como la Nueva recopilación.” ³⁵

Tenemos entonces que va a nacer una legislación de la fusión de las normas españolas y de las indígenas conocida como la legislación indiana.

Se empieza a hablar de una figura parecida a la del Ministerio Público en estos momentos. “Durante la colonia en México, los fiscales asumían el carácter de promotores de la justicia, y como tales realizaban una función impersonal, desinteresada y publica, obrando a nombre de la sociedad; Pero no se presentaban con los caracteres precisos de la

³⁴ Opere citato. Silva Silva, Jorge Alberto: “Teoría del...”, pag. 59

³⁵ Id.

institución, porque no había una unidad de armonía e inspección, ofreciéndose todos los defectos contemporáneos y grandes lagunas en cuanto a las atribuciones de los agentes.”³⁶

Pero en general, la administración de la justicia colonial va a depender del monarca español; “Como la vida jurídica se desenvolvía teniendo como jefes en todas las esferas de la administración pública a personas designadas por los Reyes de España o por los Virreyes, corregidores, etc., los nombramientos siempre recaían en sujetos que los obtenían mediante influencias políticas, no dándose ninguna injerencia a los indios para actuar en ese ramo.”³⁷

Debido a los grandes problemas sociales que surgieron, el pueblo se levanta en armas el 15 de septiembre de 1810 concluyendo el movimiento el 6 de noviembre de 1813 con la proclamación de la independencia de México, en opinión muy particular se da solamente un distanciamiento, ya que como veremos más adelante sobre el ámbito jurídico, México sigue con muchas instituciones jurídicas traídas de España, hasta que poco

³⁶ Op. Cit. Briseño Sierra, Humberto: “El enjuiciamiento...”, pag. 100

³⁷ Opere Citato. Colín Sánchez, Guillermo: “Derecho Mexicano...”, pag. 95.

a poco se va dando una evolución en el derecho y también respecto al Ministerio Público, con características muy propias.

“La independencia política de España, no implica la correlativa independencia de la legislación española. Tal parece que a los gobernantes les interesó más consolidar la autonomía política y militar del país respecto al exterior y asegurar el puesto personal dentro del interior, que la organización de la administración de justicia.” ³⁸

En efecto, se ocuparon más de asuntos exteriores, que de ver la problemática por la que se levanto en arma el país.

“Las leyes de los primeros años independientes se caracterizaron por su provisionalidad, es decir, leyes que regían mientras se expedían las definitivas.” ³⁹

Por tanto, había confusión en la manera de impartir justicia dentro del país por leyes que fueron provisionales.

“En gran parte, la legislación habida en estos primeros tiempos se adopto de las extranjeras (ni siquiera

³⁸ Op. Cit. Silva Silva, Jorge Alberto: “Teoría del...”, pag. 61

³⁹ Id.

adoptó), especialmente de las leyes de Partida y de la Novísima Recopilación.”⁴⁰

Como ya lo habíamos apuntado antes, se copia la legislación que había antes de la independencia, no hubo un verdadero cambio en cuestión de justicia con la proclamación de la independencia.

“En la vida jurídica del México independiente siguieron en funciones los Procuradores fiscales, mismos que se establecieron en la producción legislativa constitucional”;⁴¹

Las figuras que contemplaba la legislación española siguen operando, aún después de la independencia.

Así, tenemos que en la Constitución de Apatzingán de 22 de octubre de 1814 se **“... reconoció la existencia de los fiscales auxiliares de la administración de justicia: uno para el ramo civil y otro para lo criminal; su designación estaría a cargo del Poder legislativo, a propuesta del ejecutivo, durando en su encargo cuatro años.”**⁴²

⁴⁰ Idem.

⁴¹ Op Cit. Garduño Garmendía, Jorge: “El Ministerio Público en...”, Pag. 14.

⁴² Opere Citato. Briseño Sierra, Humberto: “El enjuiciamiento...”, Pag. 100.

En la Constitución de 1814, siguen prevaleciendo las figuras de los fiscales, especializándose uno para el ramo civil y otro para el penal.

Por decreto de 22 de febrero de 1822 emitido por el Congreso, la Suprema corte de Justicia, queda reducida a dos magistrados propietarios y a un fiscal.

“Del centralismo existente en la colonia se paso al federalismo, lo que significó tener que abrir un poder judicial local para cada entidad federativa. Ante la falta de experiencia de éstos menesteres en los estados creados o inventados, el congreso federal incita a individuos a elegirse para el Tribunal superior de cada entidad federativa (decreto de 27 de agosto de 1824).” ⁴³

De lo anterior, cada estado va a tener su propio sistema judicial, trayendo grandes beneficios a la sociedad dicho decreto.

En la Constitución federal de 4 de octubre de 1824 sé **“... mencionaba al fiscal formando parte de la Suprema Corte de Justicia...”** ⁴⁴

⁴³ Op. Cit. Silva Silva, Jorge Alberto: “Teoría del...”, pag. 61

⁴⁴ Opere Citato. Garduño Garmendía, Jorge: “El Ministerio Público en...” Pag. 14

Como lo había mencionado, en el ámbito jurídico México siguió adoptando muchas instituciones del derecho español, como por ejemplo en febrero de 1826 se aplica el Reglamento del Suprema Tribunal de Justicia de España para que le diera una reglamentación a la recién creada Suprema Corte de Justicia.

El 16 de diciembre de 1848 se va a dar la organización del Ministerio Fiscal teniendo asignadas diversas facultades.

La ley de 23 de noviembre de 1855, expedida por el Presidente Comonfort, federalizó la función del promotor fiscal.

Comonfort, el 5 de enero de 1857 promulga un decreto al que se le llamo Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, señalando: **"...que todas las causas criminales debían ser públicas con excepción de los casos que contravinieran la moral."** ⁴⁵

Por primera vez vamos a encontrar la palabra Ministerio Público en el artículo 27 del Proyecto de Constitución de 1857, en la que se establece: **"que a todo procedimiento de orden criminal, debe proceder querrela o acusación de la**

⁴⁵ García Ramírez, Sergio: "Curso de Derecho Procesal Penal", México, Editorial Porrúa, Cuarta Edición, 1983. Pág. 234

parte ofendida o instancia del Ministerio Público que sostuviese los derechos de la sociedad. Así, se equiparó a ambos en el ejercicio de la acción. En el debate congresional, donde triunfó el criterio adverso al M.P., por una parte estuvo la posición que reprobaba sustraer a los individuos, antidemocráticamente, el derecho de acusar, y por otra, el criterio de quienes observaron lo indebido de que el juez fuese parte al mismo tiempo. Finalmente, zozobró el artículo 27.”⁴⁶

También el susodicho proyecto contempla que es requisito para el procedimiento penal la acusación y la querrela.

En la Constitución de 1857, “... continúan los fiscales con la misma categoría de los ministros de la Corte; pero entonces aparece, por primera vez en el derecho mexicano, la designación del Procurador General. Las funciones de este y las del Fiscal fueron precisadas en el Reglamento de la Suprema Corte de 29 de julio de 1862, según el cual el fiscal adscrito al alto Tribunal era oído en todas las causas criminales o de responsabilidad, en los

⁴⁶ Id.

negocios relativos a la jurisdicción y competencia de los tribunales, en las consultas sobre dudas de la ley y siempre que lo pidiera o la corte lo estimara oportuno.” ⁴⁷

Según la ley de 11 de octubre de 1861 los fiscales que se encontraban en los juzgados de circuito y distrito estaban subordinados al Procurador General.

La ley de jurado Criminales para el Distrito Federal, promulgada por el Presidente Juárez el 15 de junio de 1869, en sus artículos 4º y 8º establecían: que iba a ver tres promotores fiscales a los que se les llamaba representantes del Ministerio Público, tenían la función de: indagar sobre la verdad de los hechos, en los procesos criminales intervendrían desde el Auto de formal Prisión, representaban a la parte acusadora queriendo o no esta, los ofendidos por algún delito lo podían suplir aportando pruebas al proceso ante el juez, o lo podían hacer también por medio del promotor fiscal;

“Los promotores fiscales a que se refiere la Ley de Jurados de 1869, no pueden reputarse como verdaderos representantes del Ministerio Público, su

⁴⁷ Op. Cit. Briseño Sierra, Humberto: “El enjuiciamiento...”, pag. 100.

intervención es nula en el sumario porque el ofendido por el delito puede suplirlos y su independencia es muy discutible.”⁴⁸

En el Jurado Popular su participación era la de fundar la acusación que hacían.

Para ser promotor Fiscal en ese tiempo bastaba con que se fuese buen orador.

⁴⁸ Opere Citato. González Bustamante, Juan José: “Principios de...”, pag. 69.

1.3.1. -A FINALES DEL SIGLO PASADO.

“En realidad, leyes procesales penales propias y organizadas para el México del siglo XIX, no las hubo sino hasta fines de ese siglo, en la época de la codificación, bajo el gobierno del Presidente Díaz. Mientras tanto, siguió aplicándose la Novísima Recopilación.”⁴⁹

Por tanto, con el Presidente Díaz, se van a dar las primeras codificaciones que realmente van a ver por la nación, tratándose de ajustar a su realidad sin copiar modelos como el español, aún sabiendo que dejó mucha influencia para nuestra legislación.

⁴⁹ Opere Citato. Silva Silva, Jorge Alberto: “Teoría del...”, Pag. 61.

Tenemos pues que a finales del siglo encontramos la figura del Ministerio Público como auxiliar de la judicatura, sus funciones solamente son de carácter intrascendente, por lo que en las leyes que aparece no hay gran novedad hasta en la Constitución de 1917 en los artículos que la van a regular.

En el Código de Procedimientos Penales de 15 septiembre de 1880, para el Distrito Federal expedido por el presidente Díaz, menciona al Ministerio Público como:

“una magistratura instituida para pedir y auxiliar la pronta administración de justicia, en nombre de la sociedad y para defender ante los Tribunales los intereses de ésta.” ⁵⁰

Deducimos de lo anterior, que el Ministerio Público, se le empieza a ver como una institución que velara por los intereses de la sociedad y que además va tener funciones diversas en los procesos judiciales.

En el artículo 12 de esta ley **“se incluye al Ministerio Público dentro de la policía judicial, quedando impedido para practicar las primeras diligencias de**

⁵⁰ Opere Citato. González Bustamante, Juan José: “Principios de...”, pag. 69.

averiguación previa en la investigación de los delitos de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 16 de este ordenamiento penal.” ⁵¹

Por tanto, estaba sujeto al arbitrio de la policía judicial, teniendo mayor peso ésta que el Ministerio Público.

En el Código de Procedimientos penales para el Distrito y Territorios Federales de 1894, segundo que se promulga en su tipo, expedido por el Presidente Díaz, **“conservó la estructura de su antecesor corrigiendo los vicios advertidos en la práctica; pero con tendencia a mejorar y fortificar la institución del Ministerio Público y a reconocerle autonomía e influencia propias en el proceso penal.”** ⁵²

Observamos, que poco a poco la institución del Ministerio Público va tomando forma, evoluciona y se le dan más facultades, además de contar con características propias.

Fue hasta 1900 cuando el fiscal y el Procurador General dejaron de ser partes componentes de la corte,

⁵¹ Op. Cit. Garduño Garmendía, Jorge: “El Ministerio Público...”, Pag. 16

⁵² Opere Citato. González Bustamante, Juan José: “Principios de...”, pag. 71.

previniéndose que una ley especial organizaría al Ministerio Público federal.

“En la ley orgánica del Ministerio Público expedida el año de 1903, se pretende dar una relevancia fundamental al Ministerio Público e inspirándose para ello en la organización de la institución francesa, se le otorga la personalidad de parte en el juicio. De los preceptos de esta ley se desprende el intento de imprimirle un carácter institucional y unitario, en tal forma que el Procurador de justicia, representa a la institución” ⁵³

Se trata de dar al Ministerio público un carácter más digno y con autonomía, además de diversas funciones.

La primera ley orgánica de la institución del Ministerio Público para el Distrito y territorios federales fue el 12 de diciembre de 1903, en materia federal fue promulgada el 16 de diciembre de 1908.

Se ha dicho que hasta 1910 los jueces tenían competencia para instruir la averiguación previa, y por supuesto

⁵³ Op. Cit. Colín Sánchez, Guillermo: “Derecho Mexicano...”, Pag. 101.

llevar el proceso criminal de ahí el nombre de que eran juez y parte en los procesos criminales, y decimos esto en virtud de que al momento de ocurrir un hecho criminal el cual era perseguible de oficio, el Ministerio Público, sin pérdida de tiempo, requerirá la intervención del juez competente del ramo penal, para que iniciara el procedimiento, solamente cuando hubiese peligro de que mientras se presenta el juez, el inculpado se fugue y se destruyan o desaparezcan los vestigios del delito, intervendrá el Ministerio Público realizando todas las pesquisas correspondientes, el jefe de la policía judicial lo era también el juez de la instrucción; el ofendido por el delito o cualquier persona que hubiese tenido conocimiento de la comisión del delito, tenía él deber de ponerlo en conocimiento del juez competente, del representante del Ministerio Público o de alguno de los funcionarios que, conforme a la ley, tenían atribuciones de policía judicial;

El juez tenía la facultad de iniciar de oficio el procedimiento sin esperar a que lo requiriese el Ministerio Público que, en todo caso, debería ser citado; pero sin su presencia, la autoridad judicial podía practicar las diligencias necesarias, recogiendo todos los medios de prueba que estimase

convenientes y haciendo todas las investigaciones tendientes al descubrimiento de la verdad.

Estos y otros muchos elementos mas fueron base para que en la Constitución de 1917, se hicieran cambios radicales en cuanto a las funciones del Ministerio público.

1.3.2. - EN LA CONSTITUCION DE 1917.

Entraremos al estudio del Ministerio Público en la Constitución de 1917,

Aquí en la Constitución de 1917, el Ministerio Público quién era auxiliar de la judicatura, va a ser la institución encargada de recabar toda la información necesaria para ejercitar acción penal, así como tendrá a su mando a la policía judicial.

Esta reforma es de trascendencia, en el proceso penal mexicano, ya que siempre se abuso por parte de las personas que se encargaban de impartir justicia en materia penal del poder que tenían, cometiendo todo tipo de atropellos, por lo tanto con estas modificaciones hechas a la constitución, se iba a

tener asegurada la libertad del individuo, la cual es una de las garantías más preciadas por el ser humano.

Con esto, la función del juez será únicamente la decir el derecho, la de juzgar.

Conviertiendose el Ministerio Público en autoridad durante la fase de averiguación previa y en parte durante el proceso penal; entre las diversas funciones que tiene, hay una que es primordial y consiste en que se respete el orden jurídico establecido.

Su actuación va encontrar sustento jurídico en los artículos 21 y 102 de la Constitución de 1917, en donde observamos que el estado será el único que castigara a los infractores en materia penal, delegando la función del ejercicio de la acción penal al Ministerio Público.

Por consiguiente al consagrarse en la Constitución dicha figura jurídica y puesto que esta es de carácter federal por tanto tenemos que fue instaurada en toda la República Mexicana.

Los particulares necesariamente tendrán que acudir ante el Ministerio Público, ya no podrán hacerlo directamente ante el Juez de lo Criminal.

El Ministerio Público tendrá que reunir todos los elementos necesarios para poder ejercitar acción penal. Los artículos rectores del Ministerio Público y que marcan su función son el 21º y 102º Constitucionales. El Estado va a asumir la responsabilidad de impartir justicia y en materia criminal delega el ejercicio de la acción penal en el Ministerio Público, el cual actúa de manera independiente, tiene funciones propias, controla y vigila las investigaciones de la Policía Judicial, diferenciándola de otras instituciones que hay en el mundo.

Pero para que se pudiera consagrar en el texto constitucional la institución del Ministerio Público se tuvo que enfrentar a acalorados debates, pasaremos pues a dar una narración de lo que fue la discusión en el Congreso Constituyente:

“El diputado Villalobos manifestó su inconformidad con que se le quitase al ciudadano el derecho de acusar y se le substituyese por un acusador público; expresó que el pueblo no puede delegar los derechos que debe ejercer por sí mismo y que todo crimen, que es un ataque para la sociedad, reclama para el ciudadano el derecho de acusar; que de llegarse a establecer en México el Ministerio Público, se privaría a los ciudadanos de ese

derecho: El Diputado Díaz González no compartió las ideas de Villalobos, aduciendo que debe evitarse que el Juez sea al mismo tiempo Juez y parte; que independizado el Ministerio Público de los jueces, habrá mas seguridad de que sea imparcial la administración de justicia. El diputado Moreno opinó que el derecho de acusar no debe vedarse a los ciudadanos, y Castañeda hizo notar que si se estableciese el Ministerio Público daría lugar a grandes dificultades en la práctica, originando embrollos y demoras en la administración de justicia, porque obligar al juez a esperar la acusación formal para poder proceder, es tanto como maniarlo y reducirlo a un estado pasivo, facilitando la impunidad de los delitos. Mostró su inconformidad con el establecimiento del Ministerio Público, pero propuso que solo interviniese hasta que la causa se eleve al estado plenario. Díaz González insistió en que el artículo propuesto no significa que se quite a los ciudadanos el derecho de acusar; que las funciones reservadas en la doctrina al Ministerio Público, en la práctica han estado a cargo de los jueces, lo que disminuye las garantías que debe de tener todo acusado. La opinión general fue contraria al establecimiento del Ministerio Público; la idea de reconocer al ciudadano el derecho de acusar estaba profundamente arraigada en el ánimo del pueblo, pero despertó entre los constituyentes grandes inquietudes por lo monstruoso que resulta que el juez sea al mismo tiempo Juez y parte y dirija, a su arbitrio, la marcha del proceso.

La discusión en el seno del constituyente, partió de una idea fundamental que influenció vigorosamente el pensamiento de los legisladores. El diputado veracruzano José María Mata, sostuvo fogosamente que “la sociedad es para el individuo y no el individuo para la sociedad”, cuando alguien habló de que el Ministerio Público representaba los intereses de la sociedad. El diputado potosino don Ponciano Arriaga, que tuvo tan destacada intervención en las discusiones, propuso que el artículo quedase redactado en la siguiente forma: “En todo procedimiento del orden criminal, debe intervenir querrela o acusación de la parte ofendida o instancia del Ministerio Público que sostenga los derechos de la sociedad.” El ofendido por el delito, podía ir directamente ante el Juez, como denunciante o querellante; podía también hacerlo el Ministerio Público, sin que significase que la institución tuviese el monopolio exclusivo de la acción penal que se concedía al ciudadano. La proposición de Arriaga fue rechazada porque los miembros del Congreso palparon los graves inconvenientes que ocasionaría quitar al ciudadano el derecho de ocurrir directamente ante el Juez, quebrantando los principios filosóficos sustentados por el individualismo, según se dijo al final, y él artículo fue declarado sin lugar a votar y se rechazó no volviendo a mencionarse al Ministerio público en el curso de las discusiones. En cambio, se consagró la institución de la Fiscalía en los tribunales de la Federación.” ⁵⁴

⁵⁴ Opere Citato. González Bustamante, Juan José. “Principios de...”, pág. 67-68.

Como observamos de lo antes transcrito, para que al Ministerio público se le dieran las facultades que ahora tiene tuvo que pasar tiempo, las causas que dieron origen al actual Ministerio Público entre otras fue, que el juez instructor ya se formaba juicios parciales al momento de recabar los datos necesarios para la instrucción.

Con la implantación del Ministerio Público se desterrarían muchos vicios que se venían cometiendo, así en las discusiones del constituyente de Querétaro encontramos que hay un punto de vista diferente al que se venían manejando para la institución del Ministerio Público, como lo dice González Bustamante en su obra que:

“Para poder apreciar con claridad cual fue el espíritu de la reforma constitucional de 1917 y la transformación que desde entonces sufrió la institución del Ministerio Público, es conveniente exponer las razones que tuvo la Primera Jefatura del ejército Constitucionalista, contenidas en la exposición de motivos del proyecto de Querétaro. Decía el Primer Jefe: “Pero la reforma no se detiene allí, sino que propone una innovación que de seguro revolucionara completamente el sistema procesal que durante tanto tiempo ha regido en el país, no obstante todas sus imperfecciones y deficiencias. Las leyes vigentes, tanto en el

orden federal como en el común, han adoptado la institución del Ministerio Público, pero ésta adopción ha sido nominal, porque la función asignada a los representantes de aquel, tiene un carácter meramente decorativo para la recta y pronta administración de justicia. Los jueces mexicanos han sido, durante el periodo corrido desde la consumación de la independencia hasta hoy, iguales a los jueces de la época colonial; ellos son los encargados de averiguar los delitos y buscar las pruebas, a cuyo efecto siempre se han considerado autorizados para emprender verdaderos asaltos contra los reos, para obligarlos a confesar, lo que sin duda alguna, desnaturaliza las funciones de la judicatura. La sociedad entera recuerda horrorizada, los atentados cometidos por jueces ansiosos de renombre, veían con positiva fruición que llegase a sus manos un proceso que les permitiera desplegar un sistema completo de opresión, en muchos casos contra personas inocentes, y en otros contra la tranquilidad y el honor de las familias, no respetando en sus inquisiciones, ni las barreras mismas que terminantemente establecía la ley. La misma organización del Ministerio Público, a la vez que evitaría esa técnica procesal tan viciosa, restituyendo a los jueces toda la dignidad y toda la respetabilidad de la magistratura, daría al Ministerio Público toda la importancia que le corresponde, dejando exclusivamente a su cargo la persecución de los delitos, la busca de los elementos de convicción, que ya no se haría por procedimientos atentatorios y reprobables en la aprehensión de los

delincuentes. Por otra parte, el Ministerio Público, con la policía judicial represiva a su disposición quitaría a los presidentes municipales y a la policía común la posibilidad que aun hoy día han tenido de aprehender a cuantas personas juzgan sospechosas, sin mas mérito que su criterio particular. Con la institución del Ministerio Público, tal como se proponía, la libertad individual quedaría asegurada, porque según él artículo 16 constitucional, nadie podrá ser detenido sino por orden de la autoridad judicial, la que no podrá expedirse sino en los términos y con los requisitos que el mismo artículo exige. " ⁵⁵

Entre otras cosas el Ministerio Público ahora entonces va a tener esencialmente la alta misión de velar siempre que se respete el orden jurídico establecido, quedando como un organismo de control y vigilancia de las funciones investigadoras de la policía judicial, se le va a reconocer un grado mínimo de actividades instructorias porque de otra manera no estaría en aptitud de resolver si se han satisfecho las condiciones legales para el ejercicio o falta de ejercicio de la acción penal.

⁵⁵ Ibid. Pág. 74-75.

1.4. - LA RAZON HISTORICA DE LA EXISTENCIA DE LA INSTITUCION.

De la historia que hemos expuesto sobre la génesis del Ministerio Público, nos dimos cuenta que el hombre ha tenido la necesidad de castigar a los individuos que han transgredido las normas establecidas por la sociedad.

En cada momento histórico y en cada pueblo se ha tenido un punto de vista acerca de cómo castigar a los infractores de la ley.

Pero también se ha observado que el ofendido por un hecho delictuoso en su afán por reclamar justicia, la tomaba en sus manos cometiendo muchos errores al tratar de capitalizarla, trayendo como consecuencia más injusticia.

Pudimos constatar que en el peor de los casos la gente que en su momento se le encargó la administración de justicia, al igual, cometió demasiados atropellos, en nombre de la ley, para poder así ganar renombre, dinero y conservar su puesto.

De lo precedente decimos que solamente una institución que fuera ajena a las pasiones del hombre, tanto en él ánimo de venganza privada, como en el de su propia vanidad, podría hacer frente a tales males, es por eso que en la evolución del hombre por impartir una mejor justicia, surge el Ministerio Público, figura que ha sido adoptada en muchos países, con sus diferentes modalidades, al igual que en el nuestro, pero últimamente ha dejado mucho que desear, por esto la institución del Ministerio Público, viene a ser esa especie de catalizador, para evitar tantos abusos, por consiguiente la razón histórica de la institución ha quedado de manifiesto, a través de este primer capítulo.

CAPITULO 2. –

MARCO JURIDICO DE LAS FACULTADES DEL MINISTERIO PÚBLICO.

2.1. – ÉL ARTÍCULO 21 CONSTITUCIONAL.

Para poder entrar al estudio del artículo de referencia, debemos enfocarlo al tema que nos ocupa, que en este caso es sobre el marco jurídico que va a regir las actuaciones del Ministerio Público.

El artículo 21 Constitucional manifiesta lo siguiente:

“La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliara con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato. Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutara esta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas”.¹

De lo anteriormente transcrito, deducimos que el citado párrafo divide claramente las actuaciones de cada una de las instituciones creadas por el Estado para regular la convivencia entre los ciudadanos.

Por una parte señala que la autoridad judicial será la única encargada de imponer penas, que el Ministerio Público únicamente realizara labores de investigación y persecución de los

¹ Diario Oficial de la Federación 3 de julio de 1996.

delitos apoyándose en una policía y que la autoridad administrativa aplicara sanciones quienes infrinjan los reglamentos de policía y gobierno.

“El párrafo inicial de éste artículo podemos dividirlo en tres partes: la primera se refiere a la exclusiva facultad judicial para imponer penas; la segunda regula las funciones del Ministerio Público, y la tercera, señala la competencia de las autoridades administrativas en materia de sanciones.”²

Como lo hemos mencionado, el citado párrafo divide las funciones que realizan la autoridad judicial, el Ministerio Público y la autoridad administrativa.

“I.- Se establece que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. Tal precepto proviene, casi sin modificaciones, de la Constitución de 1857, la cual le otorgo a los jueces la facultad de imponer penas por los delitos previamente reconocidos como tale por

² Rabasa, Emilio O. Y Caballero, Gloria: “Mexicano ésta es tu Constitución”, México, Editorial Miguel Angel Porrúa, Décimo Primera Edición, 1997, Pag. 89.

la ley. En esta forma quedo prohibido que autoridades distintas a la judicial pudieran hacerlo.”³

Vemos que esta facultad concedida a la autoridad judicial viene desde la Constitución de 1857, y que creemos es acertada para su época.

“II.- De modo exacto define las atribuciones del Ministerio Público, institución cuyos orígenes se encuentran en Francia y España, pero que en México adquirió caracteres propios. En efecto, una de las aportaciones del constituyente de 1917, al mundo jurídico, fue la especial estructura que dio a tal organismo...”⁴

Significa, que el Ministerio Público va encontrar sustento jurídico en el mencionado artículo constitucional, pero si nada más le viéramos de esa manera concluiríamos que entonces no hay una clara idea sobre su actuación, pero, para eso existe la ley reglamentaria de dicho artículo y en ella si vamos a encontrar todas las atribuciones que le fueron conferidas, para poder actuar dentro del proceso penal.

³ Id.

⁴ Idem.

Del multicitado artículo constitucional en comento, podemos concluir lo siguiente:

1. - Que la persecución de los delitos va incumbir al Ministerio Público y a la policía judicial.

2. - Que la imposición de las penas va a ser función de la autoridad judicial.

Luego entonces los dos entes jurídicos van a tener atribuciones diversas y esto gracias a la reforma del Constituyente del 17 que ya analizamos en el capítulo pasado.

Por consiguiente: **“...Fue así como cambio radicalmente el sistema que hasta entonces había imperado: en adelante el titular de la función investigadora sería el Ministerio Público. De este modo, cuando el Ministerio Público tenga conocimiento de un hecho que probablemente pueda constituir un delito, le corresponde llevar a cabo la investigación y si procede, ejercer la acción penal ante el juez competente...”**⁵

El Ministerio Público va a ser ese órgano creado para defender la legalidad de las actuaciones, de proteger el

⁵ Id.

interés social y ser una institución de buena fe.

Y es el que va a llevar a cabo las investigaciones pertinentes cuando algún acontecimiento pudiera considerarse como delictuoso y posteriormente ejercitar la acción penal correspondiente.

Al respecto enunciaremos la siguiente tesis:

“Artículo 21 Constitucional.

El texto de dicho precepto forma un todo coherente y preciso: por una parte confiere al Ministerio Público la persecución de los delitos, y por otra, determina que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. Su exégesis demuestra, pues, que el Ministerio Público carece de facultades para juzgar y decidir por sí mismo, y que los tribunales, ante las pruebas que rinda aquella institución en el ejercicio de la acción penal, que le corresponde meramente como depositaria, por mandato del referido artículo, están plenamente capacitados para condenar a un acusado, o para absolverlo si así procede legalmente, aun en el caso de que el agente del Ministerio

Público que haya intervenido en el proceso o el jefe de la propia institución sostengan que se comprobó su responsabilidad en el delito que se le haya imputado. Así, pues, si por el contrario, el Procurador General de Justicia pide que se le ponga en libertad, revocándose al auto de formal prisión respectivo, por estimar que el homicidio que se le atribuya tuvo el carácter de accidental, y por lo tanto, no punible, y el Tribunal a que considera que incurrió en imprudencia el mismo inculpado, puede evidentemente, declararlo así, sin que con ello vulnere en su perjuicio, la garantía establecida en el referido artículo 21 de la constitución General de la República, pues no debe interpretarse esa manifestación de aquel funcionario, como un desistimiento tácito, o como el abandono de la acción penal que se haya ejercitado por el Ministerio Público, dado el carácter eminentemente público de tal acción, que pertenece al Estado, y que por ello, es irrevocable e irreductible, y una vez puesta en movimiento por el órgano público que la ejercita, no puede desistirse de ella, ni interrumpirla ni suspenderla, sino en los casos previstos por la ley, y solo

conduciendo el proceso hasta la sentencia de condena, de absolución, o de sobreseimiento, pues la acción penal, al ponerse en movimiento, provoca el ejercicio de la jurisdicción y da vida al proceso penal que solo concluye con una decisión del juez.-" ⁶

En efecto el Ministerio Público tiene la función más importante en el proceso penal y es el de ejercitar la acción penal cuando a su juicio se tenga los suficientes elementos como para poder hacerlo, por consiguiente tal facultad es irrenunciable.

Él artículo en comento ha sufrido diversas reformas después de su promulgación en 1917, las últimas fueron: en el año de 1996 y 1994:

"...Él artículo 21, que había sido reformado en 1982 por lo que toca al régimen de faltas, lo fue nuevamente en 1994, en lo que atañe al ejercicio de la acción penal y al sistema de seguridad pública. Se promulgó la reforma el 30 de noviembre de 1994 y fue publicada el 31 de diciembre. Forma parte de un cambio muy extenso en preceptos

⁶ Amparo en revisión número 3445-46-1ª., Promovido por Pedro Ríos contra actos del Supremo Tribunal de justicia del Estado de Zacatecas.- Ejecutoria de dieciséis de agosto de mil novecientos cuarenta y seis, pronunciada por mayoría de tres votos de los Ministros De la Fuente, Olea y Leyva y Ortiz Tirado, en contra de los votos de los Ministros Angeles y Rebolledo.

constitucionales relativos al Poder Judicial y, en general, a la procuración y administración de justicia, que se tramito en un brevísimo plazo al final de aquel año. Se trata, sin duda, de las más profunda reforma en este orden de cosas, y por ello hubiera sido conveniente, en concepto de muchos, ampliar el conocimiento y el debate de los proyectos...”⁷

Concluimos que tal artículo ha tenido diversas modificaciones encaminadas a ajustarse a una realidad de inseguridad que se vive en el país.

“...Para conocer el marco de la reforma de 1996 él artículo 21 Constitucional, me remito a lo expresado en el comentario al artículo 16 de esta edición. Las modificaciones al 21 fueron puramente terminológicas y absolutamente innecesarias. En efecto, el texto anterior mencionaba que la persecución de los delitos correspondía al Ministerio Público y a la policía judicial, que se hallaría bajo la autoridad y mando inmediato de éste. En la actualidad no se alude solamente a la persecución, sino también a la investigación de los delitos; sin embargo es ampliamente sabido -y no hubo duda alguna en la legislación, la

⁷ Opere citato. Rabasa, Emilio O. y Caballero Gloria: “Mexicano ésta...”, Pag. 91

jurisprudencia y la doctrina- que aquella abarca a ésta: la investigación es la primera fase de la persecución. Por otra parte, se retiró la calificación de judicial a la policía dependiente del Ministerio Público, aduciendo de que dicha policía no depende del Poder judicial, sino de aquel órgano administrativo, y que designarla como judicial fue apenas una supervivencia inerte de antiguas instituciones procesales, que debió superar en su momento el constituyente de 1917. Estos argumentos son discutibles, y en todo caso están lejos de justificar una reforma constitucional,..."⁸

Algunos tratadistas como ya hemos visto están inconformes con la última modificación hecha al artículo 21 Constitucional ya que la consideran sin ninguna trascendencia e innecesaria.

"...Fue así como cambio radicalmente el sistema que hasta entonces había imperado: en adelante el titular de la función investigadora sería el Ministerio Público. De este modo, cuando el Ministerio Público tenga conocimiento de un hecho que probablemente pueda constituir un delito, le corresponde llevar a cabo la

⁸ Ibid. Pag. 95.

investigación y si procede, ejercer la acción penal ante el juez competente...”⁹

Con tal reforma, se da un avance en la cuestión relativa al proceso penal y averiguación previa, ya que se da a cada autoridad una función específica, significa que uno solamente va a investigar los delitos y reunir las pruebas necesarias para ejercitar la acción penal correspondiente y el otro, solamente de esa averiguación previa, decidirá si existen elementos suficientes para seguirle un proceso y posteriormente en una sentencia condenarlo o absolverlo.

⁹ Ibidem. Pag. 90.

2.2. – EL MONOPOLIO DE ACCIÓN PENAL.

Antes de entrar al estudio del presente tópico, primeramente debemos de hacer algunas reflexiones breves, para después continuar con nuestro tema, entre ellas se encuentran las siguientes:

Como primer punto de reflexión trataremos de conceptualizar a la acción y la acción penal, ya que parece haber un poco de discrepancia entre algunos estudiosos de la materia sobre este tema, amen de que no podemos entrar de lleno a analizar este aspecto tan importante si no dejamos en claro tal situación, al respecto se señala lo siguiente:

“ Acción, de agere obrar, en su acepción gramatical, significa toda actividad o movimiento que se

encamina a determinado fin. En su sentido jurídico, acción es la manera de poner en marcha el ejercicio de un derecho. Por lo mismo, la acción debe entenderse en un sentido esencialmente dinámico; es el derecho de obrar, y esta constituido "por el acto o conjunto de actos por los cuales se recurre al poder jurídico para obtener que le preste fuerza y autoridad al derecho". ¹⁰

Tenemos entonces que acción es ocurrir ante el órgano jurisdiccional para ventilar alguna diferencia de carácter legal y así saber si no asiste o no el derecho.

"...la acción es la posibilidad o facultad de hacer alguna cosa; es decir, la manera de poner en marcha el ejercicio de un derecho. Está constituida por el acto o conjunto de actos por los cuales se recurre al poder jurídico para pedir alguna cosa en juicio." ¹¹

Acción es la posibilidad de ejercer un derecho ante los órganos judiciales.

¹⁰ González Bustamante, Juan José: "Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano", México, Editorial Porrúa, Tercera Edición, 1969, Pag. 36.

¹¹ Castillo Soberanes, Miguel Angel: "El monopolio del ejercicio de la acción penal del Ministerio Público en México", México, Editorial U.N.A.M., Primera Edición, 1992, Pag. 35

“Puede afirmarse, con Sabatini, que el concepto de acción “es uno de los temas más complicados de la teoría general del proceso, porque se le ha definido de diversas maneras en la doctrina y la definición resulta escabrosa” ¹²

Al profundizar un poco más sobre el tópico, efectivamente nos encontramos que hay diversas opiniones sobre lo que acción representa en el campo del derecho.

Pero existen opiniones encontradas sobre la forma en como se va a manejar el concepto de acción, ya que algunos tratadistas señalan que la acción es un principio procesal y que para las diferentes ramas en las que se divide el derecho se le agregara el carácter de civil, mercantil, laboral o agrario y otros por el contrario, indican que hay diferentes tipos de acciones en el derecho, aun dentro de la rama penal, es por eso que mencionamos lo siguiente:

“No existe “la acción penal. La acción, y así lo sostienen todos los procesalistas, sin excepción, al aceptar

¹² Id.

la unidad del concepto de acción, es un concepto procesal puro, desligado de contenido contaminante.”¹³

La acción entonces es una, sin ponerle la materia a la que nos referimos.

“El mismo concepto de acción es empleado por los estudiosos del proceso penal, como por los del civil o los de laboral. Existe la acción en el proceso penal, pero no la acción penal. En todo caso, si al concepto de acción se le suma un contenido -no porque se necesite, sino porque se desee destacar el tipo de litigio que se busque resolver, hablaríamos entonces de una acción tendiente a resolver un conflicto penal. En otras palabras, lo que esta calificado como penal es el conflicto, mas no la acción en sí misma.” ¹⁴

Para los estudiosos resulta más fácil al hablar del tema de acción y dirigirlo sobre la materia que se estudia.

“A sabiendas de este marco conceptual muchos procesalistas utilizan el enunciado “acción penal”, al simplificar un conjunto de palabras (brevitatis causae) que

¹³ Silva Silva, Jorge Alberto: “Teoría del Derecho Procesal Penal”, México, Editorial Harla, Tercera Edición, 1990, Pag. 86

¹⁴ Idem.

significan “acción procesal tendiente o encaminada a resolver un conflicto penal”. Pero que conste que una cosa es simplificar o abreviar las palabras, y otra pensar en que la acción como concepto puro pueda a la vez ser penal, civil o mercantil... O estamos con la unidad y autonomía, o con la diversidad del concepto de acción.”¹⁵

Como conclusión tenemos que nos declaramos partidarios del concepto de que acción, es un principio que encontramos en derecho y que para poder ubicarnos de que rama estamos tratando, pues entonces agregaremos esta, ya sea civil, mercantil, laboral etc.,

Por lo tanto al referirnos a la acción penal, concluimos que se estará aludiendo a la facultad que tiene el individuo que ha sufrido algún delito, a que recurra ante el órgano institucionalizado para tal fin, a efecto de que le sea resarcido su daño. Para Leopoldo de la Cruz, indica que: “...**por Acción Penal debe entenderse como el derecho de las personas a que se les imparta justicia gratuita, pronta y expedita, derecho que esta tutelado por un órgano del Estado denominado Ministerio Público, quién tiene la obligación**

¹⁵ Id.

constitucional de investigar la comisión de los hechos que se reputen como delictuosos y perseguir a los presuntos responsables, actos que integran una fase procesal llamada Averiguación Previa, durante la cual recibirá la denuncia, queja o acusación en contra de presuntos responsables de ilícitos, aportando todas las pruebas necesarias tendientes a comprobar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del autor y ejercitar ese derecho de acción punitiva ante el órgano jurisdiccional competente, solicitando la incoación del procedimiento respectivo y se imponga al culpable la pena correspondiente.”¹⁶

Para Fernando Arilla Acción Penal es: “El poder jurídico del propio Estado de provocar la actividad jurisdiccional con objeto de obtener del órgano de esta una decisión que actualice la punibilidad formulada en la norma respecto de un sujeto ejecutor de conducta descrita en ella,…”¹⁷

¹⁶ De la Cruz Agüero, Leopoldo: “Procedimiento Penal Mexicano”, México, Editorial Porrúa, Segunda Edición, 1996, Pag. 88.

¹⁷ Arilla Bas, Fernando: “El procedimiento penal en México”, Editorial Kratos, Doceava Edición, 1989, Pag. 20

De lo anteriormente expuesto, tenemos una idea más clara de lo que es acción y acción penal, por consiguiente, se abordara otro aspecto.

De importancia resulta saber que deberemos entender por monopolio y según el diccionario Pequeño Larousse dice que monopolio es **“la posesión exclusiva”** ¹⁸

Por lo tanto, ahora sí, se adentrara a un aspecto que es de gran importancia en el ámbito penal, ya que tenemos una idea más precisa de lo que es el tema de estudio y sobre todo que es una función del Ministerio Público y que debemos de tomar muy en cuenta, por consiguiente, nos haremos la siguiente pregunta, esto es, ¿qué significa el “monopolio de la acción penal” por parte del Ministerio Público? ;

Contestando a la pregunta tendremos que para Leopoldo de la Cruz **“... El monopolio de la Acción penal corresponde al Ministerio Público, de acuerdo con lo previsto en el artículo 21 de la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos... significa que el Ministerio Público es el único que puede concurrir ante el órgano jurisdiccional en**

¹⁸ García Pelayo y Gross, Ramón: “Pequeño Larousse en color”, México, Pag. 590

ejercicio de la acción penal, pidiendo se castigue al infractor y solicitando la reparación del daño en favor del afectado, facultad que no esta delegada en ningún particular, salvo la excepción muy provisional contenida en el artículo 16 de la aludida Carta Magna, en su párrafo cuarto, que indica: “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”...”.¹⁹

Tal autor alude que solamente en los casos en que implícitamente señala la Constitución se delega esta facultad que tiene el Ministerio Público sobre la acción penal, a algún particular.

Para González Bustamante “El Principio reconocido en México, es la monopolización de la acción penal por el Estado. Según lo ha sostenido la jurisprudencia, el Ministerio Público es el único órgano del Estado, encargado del ejercicio de la acción penal, porque el artículo 21 de la Carta Fundamental de la República, dispone que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a

¹⁹ Opere Citato. De la Cruz Agüero, Leopoldo: “Procedimiento Penal...”, Pag. 92

la policía judicial que estará bajo su mando inmediato. Sin embargo ya hemos apuntado un caso de excepción previsto en los artículos 108 y 109 de la misma carta fundamental que no es como algunos sostienen un antejudio. La Cámara de diputados substituye en sus funciones al Ministerio Público, como órgano de acusación, cuando se trata de acusar al Presidente de la República por delitos graves del orden común, ante la Cámara de Senadores, que asume el papel de órgano jurisdiccional.”²⁰

Al igual encontramos un caso de excepción, el cual solo operara en el caso del presidente de la República este involucrado en algún delito grave del orden común, y en el cual nunca se ha tenido una precisión de que debemos de entender por delito grave del orden común.

“...el Ministerio Público abandona -en cualquier estado del proceso- la acción penal desistiendo de ella, equivaliendo ello a disponer a su antojo del proceso, pues su resolución se traduce en el sobreseimiento del proceso, equivalente a una sentencia absolutoria, teniendo así en sus

²⁰ Op. Cit. González Bustamante. Juan José: “Principios de...”, Pag. 48

manos la función decisoria, e invadiendo con ello las funciones propias del órgano jurisdiccional”²¹

Esta inquietud siempre ha causado molestia entre los especialistas en la materia, ya que de acuerdo a la reglamentación sobre la cual actúa el Ministerio Público, existen diversos artículos que prevén tal actitud respecto a un hecho determinado.

Para nosotros monopolio de la acción penal por parte del Ministerio Público es el que le otorga nuestra Carta Magna al Ministerio Público, en virtud de que todas sus actuaciones durante la averiguación previa y ya en el proceso, tiene a su voluntad el ejercicio de la acción penal; En lo primeramente comentado si el Ministerio Público decide no ejercer acción penal, de plano no se integrara la averiguación previa, ya a nivel proceso, en cualquier momento el Ministerio Público puede desistirse de la acción penal y, por consiguiente, traer el sobreseimiento de la causa, dejando en estado de indefensión a la víctima del delito, además de que estas determinaciones de la Representación Social no podrán ser recusables en ninguna vía y por ningún medio legal;

²¹ Opere Citato. Castillo Soberanes, Miguel Angel: “El monopolio del...”, Pag. 60-61

Solo a través de esta institución y por medio de la acción que se le concede al individuo que es afectado en su esfera jurídica recurrirá al Ministerio Público y cuando se reúnan los requisitos exigidos por el artículo 16 de nuestra Carta Magna, se ejercita la acción penal, por cualquier otro medio para ejercitar dicha acción sería nulo, por no reunir los requisitos establecidos en la Constitución.

A mayor abundamiento se señalará algunas jurisprudencias, para poder dar una mejor idea sobre, nuestra exposición.

"Acción Penal. Su naturaleza.

La acción penal pertenece al Estado, y por lo tanto, es de carácter eminentemente público; en consecuencia, el Ministerio Público, que es la institución a la que se ha encomendado su ejercicio por el artículo 21 de la Constitución General de la República, carece de facultades para abandonarla o para desistirse de ella, una vez ejercitada, tanto por que no le pertenece en propiedad y por que no queda a su arbitrio o discreción el hacer uso de ella, como porque corresponde a las autoridades judiciales la decisión del caso relativo, conforme a la alta función de las mismas, que es de orden público y eminentemente jurisdiccional. Pero como los actos del Ministerio Público deben estar

subordinados a la buena fe, y tender siempre a la investigación de la verdad, cuando reconozca que la acción penal carece de fundamento en un caso concreto, puede, en forma indudable, manifestarlo así al juzgador solicitándole la absolución del acusado, o que lo ponga en libertad por haberse desvanecido los datos en que se apoye su prisión preventiva, o el sobreseimiento de la causa, y el propio juzgador deberá acordar de conformidad su petición, si fuere procedente, mediante el ejercicio de su función decisoria y jurisdiccional, por medio de la interlocutoria o de la sentencia definitiva que, en su caso, corresponda.”²²

“ACCION PENAL.

Corresponde su ejercicio al Ministerio Público y a la policía judicial, que debe estar bajo la autoridad de mando de aquel. Una de las más trascendentales innovaciones hechas a la constitución de 1917, a la organización judicial, es la de que los jueces dejen de pertenecer a la policía judicial, para que no tengan el carácter de jueces y partes encargados, como estaban antes de la vigencia de la constitución, de decidir sobre la responsabilidad penal y allegar, de oficio, elementos para fundar el cargo.”²³

²² Amparo en Revisión número 3445-46-1ª. , Promovido por Pedro Ríos contra actos del Supremo Tribunal de Justicia del Estado de Zacatecas. - ejecutoria del dieciséis de agosto de mil novecientos cuarenta y seis, Olea y Leyva y Ortiz Tirado, en contra de los votos de los Ministros Angeles y Rebolledo.

²³ Quinta Epoca: Tomo II, Pag. 83 Harland Eduardo y coags. ; Tomo II, Pag. 1024, Vázquez Juana; Tomo II, Pag. 1550. Grimaldo Buenaventura. Tomo IV, págs. 147. Mantilla y de Haro Ramón. Tomo IV, Pag. 471. López Eduardo.

"ACCION PENAL.

Su ejercicio corresponde exclusivamente al Ministerio Público; de manera que, cuando él no ejerce esa acción, no hay base para el procedimiento; y la sentencia que se dicte sin que tal acción se haya ejercido por el Ministerio Público, importa una violación de las garantías consagradas en el artículo 21 Constitucional." ²⁴

"ACCION PENAL. , NO VIOLATORIA DE GARANTIAS DEL SUPUESTO OFENDIDO. LA NEGATIVA DEL MINISTERIO PÚBLICO PARA EJERCITARLA.-

No viola garantías individuales del que se dice ofendido con hechos delictuosos, la negativa del Ministerio Público para ejercitar la acción penal, porque el particular no es titular de un derecho tendiente a exigir el ejercicio de esta acción. Por ende, no puede hablarse de la privación de sus derechos para ese efecto. Compete al Ministerio Público, exclusivamente, el ejercicio de la acción penal y ello obliga a excluir tal acción del patrimonio privado. No es obstáculo para

²⁴ Quinta Epoca: Tomo VII, pág. 262. Revuelta Rafael; Tomo VII, pág. 1503. Téllez Ricardo; Tomo IX, pág. 187. Hernández Trinidad; Tomo IX, pág. 567. Celia José A; Tomo IX, Pag. 659. Carrillo Daniel y Coags. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, 2ª. Parte. Primera Sala, tesis 6, p.15.

esa conclusión la actitud indebida en que pueda incurrir aquella institución, porque, en todo caso, ello vulneraría derechos sociales entre los que se encuentra el de perseguir los delitos, lo que podría motivar el consiguiente juicio de responsabilidad del funcionario infractor de la ley, pero no un juicio constitucional que podría dar como resultado obligar a ²⁵la autoridad responsable a ejercitar la acción penal, quedando así al arbitrio de los tribunales judiciales de la Federación la persecución de esos delitos, que, según el texto y el espíritu del artículo 21 Constitucional, queda excluido de sus funciones. -” ²⁵

“Ministerio Público.

Quando ejercita la acción penal en un proceso, tiene el carácter de parte y no de autoridad, y, por lo mismo, contra sus actos, en tales casos, es improcedente el juicio de garantías, y por la misma razón, cuando se niega a ejercer la acción penal. Las facultades del ministerio Público no son discrecionales, puesto que debe obrar de modo justificado y

²⁵ A. En R. 2281/1957. Elodia Martínez I. Septiembre 7 de 1971. Pleno, séptima época, volumen 33, Primera Parte, página 13

²⁵

no arbitrario, y el sistema legal que garantice a la sociedad el recto ejercicio de las funciones de esa institución, puede consistir en la organización de la misma, y en los medios de exigirle la responsabilidad consiguiente, y si los vacíos de la legislación lo impiden, esto no es motivo para que se viole lo mandado por el artículo 21 Constitucional.”²⁶

Algunos autores están en desacuerdo con esta facultad ilimitada que tiene el Ministerio Público respecto a la acción penal y el monopolio que en ella ejerce, mencionando, además, que deben existir medios de control realmente efectivos para esta situación que en la actualidad es insostenible.

Se tiene “... al Ministerio público con funciones de investigación, persecución y acusación de los delitos, y estamos convencidos de que estas facultades no debe ejercerlas caprichosamente, en virtud de que la acción no es algo que ha ingresado a su patrimonio y de la cual pueda disponer a su arbitrio, sino que es una atribución que en todo momento debe cumplirse. Lamentablemente, en nuestro

²⁶ Quinta Epoca: Tomo XXV, Pag. 1551. López Revuelta Juan Suc. De; Tomo XXVI, Pag. 1055. Netken Howard; Tomo XVII Pag. 1668. Elizondo Ernesto; Tomo XXXI, Pag. 594. Arciniega Anastasio; Tomo XXXIV, Pag. 594. Cia Mexicana de Garantias. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, 9ª. Parte, jurisprudencia y tesis relacionadas en materias en que cambio el sistema de competencia

sistema la realidad es otra, ya que es la misma institución del Ministerio Público la que decide, en última instancia, si se ejercita o no la acción penal y, de la misma manera, si son de confirmarse conclusiones inacusatorias.”²⁷

Efectivamente, una responsabilidad tan grande como es la impartición de justicia en materia penal, no debe de quedar al arbitrio del Ministerio Público solamente el ejercicio de la acción penal, ya que como sabemos se presta a muchos vicios el que se ejercite o no la acción penal y estas actitudes de dichos servidores públicos dejan como resultado desconfianza y malestar en la sociedad

“Lo que en esencia se busca con disminuirle el monopolio de la acción penal al Ministerio Público no es que se sitúe al afectado como si se tratara de integrante de una parte en una controversia judicial, sino más bien no dejar a su arbitrio y estado de animo, sea por negligencia o intereses bastardos, representar fielmente a quien se considera ofendido. Si la acción penal nace como consecuencia del delito, luego entonces el titular de ese derecho lo es el afectado, quien es representado por la

²⁷ Op. Cit. Castillo Soberanes, Miguel Angel: “El monopolio...”, Pag. 166

institución denominada representante social y amén del recurso de responsabilidad, deben otorgársele al perjudicado determinados derechos más amplios y recursos para materializar sus pretensiones, no considerando al juicio ce amparo uno de ellos, porque sería caer en un vicio aberrante otorgarle al Poder Judicial de la federación el monopolio de la acción penal, convirtiéndolo en juez y parte.”²⁸

Como lo hemos mencionado, el individuo que es lesionado en su bien jurídico tutelado por las normas penales, por lo regular guarda una idea de justicia más alta que cualquier otra rama de la impartición de justicia y si a esto le ahunamos que los servidores públicos que aparentemente representan al Ministerio Público investigador, se prestan a situación de corrupción, tal víctima del delito tratara de hacerse justicia por su propia mano dando como resultado que nazca la ingobernabilidad dentro de la sociedad y se quebrante el Estado de derecho en el que se pretende vivir.

²⁸ Opere Citato. De la Cruz Agüero, Leopoldo: “Procedimiento...”, Pag. 93

2.3. – FINES DE LA ACCIÓN PENAL.

Los fines de la acción penal son los siguientes:

“Con la acción procesal penal se persiguen varias finalidades, las cuales se van solicitando unas a otras de manera forzosa y necesaria. Como primera finalidad tenemos el lograr que el órgano jurisdiccional actúe, que la maquinaria judicial se ponga en movimiento. A su vez, esta finalidad persigue el objeto de que el juzgador decida sobre determinada situación que se le plantea, convirtiendo, en su caso, el “delito real” en “delito jurídico” y aplicando las consecuencias correspondientes. Para obtener esta finalidad, el Ministerio Público, al perfeccionar el ejercicio de la acción penal, fija al tribunal los extremos que él estima se deben

enlazar: por una parte el hecho concreto y por otra, el precepto jurídico aplicable. Lo dicho nos lleva a poder aseverar que la segunda finalidad buscada con la acción penal, es hacer efectiva una relación entre un hecho y un precepto jurídico, o como diría Florián, obtener la decisión sobre una determinada relación de derecho Penal”²⁹

Tenemos como conclusión que la primera finalidad será:

A) La actuación del órgano judicial.

Y que la segunda sería él:

B) Que el juzgador decida si se cumplen los requisitos que marca la ley con lo aportado por el Ministerio Público.

²⁹ Rivera Silva, Manuel: “El procedimiento penal”, México, Editorial Porrúa, Segunda Edición, 1958, Pag. 51

**ESTA TESIS NO DEBE
SALIR DE LA BIBLIOTECA**

2.4. - FACULTADES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN AVERIGUACIÓN PREVIA.

Nos encontramos con que este actuar del Ministerio Público, es sustentado en el artículo 21 Constitucional que ya hemos visto con anterioridad, por consiguiente:

“Primero. La función persecutoria, como su nombre lo indica, consiste en perseguir los delitos o lo que es lo mismo, en buscar y reunir los elementos necesarios y hacer las gestiones pertinentes para procurar que a los autores de ellos se les apliquen las consecuencias establecidas en la ley. De esta manera, en la función persecutoria se vislumbra un contenido y una finalidad íntimamente entrelazados: el contenido, realizar las actividades necesarias para que al 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. (sanciones.)”³⁰

Por consiguiente, una de las facultades más importantes del Ministerio Público es pues el ejercicio de la acción penal, como consecuencia de ésta, resulta que se derivan las demás facultades sustentadas en el Código adjetivo de la materia para que pueda reunir los elementos suficientes para ejercitar como ya lo dijimos la acción penal en contra de un sujeto determinado.

De este actuar, busca el Ministerio Público investigador se aplique la pena correspondiente al infractor del Código sustantivo de la materia.

“La función persecutoria impone dos clases de actividades, a saber:

- a) Actividad investigadora, y**
- b) Ejercicio de la acción penal...**

A. *Actividad investigadora.* La actividad investigadora entraña una labor de autentica averiguación; de búsqueda constante de las pruebas que acreditan la existencia de los delitos y la responsabilidad

³⁰ Ibid págs. 46-46.

de quienes en ellos participan. Durante esta actividad, el órgano que la realiza trata de proveerse las pruebas necesarias para comprobar la existencia de los delitos y poder estar en aptitud de comparecer ante los tribunales y pedir la aplicación de la ley. La actividad investigadora es presupuesto forzoso y necesario del ejercicio de la acción penal, es decir, del excitar a los tribunales a 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.”³¹

En efecto, para que se pueda ejercitar la acción penal es requisito sine qua non el que se deba llevar una serie de indagaciones las cuales el Ministerio Público se apoyara en todos aquellos medios legales y científicos para poder reunir los elementos suficientes para integrar debidamente la averiguación previa y así estar en posibilidades de ejercer la acción penal.

³¹ Id.

Diríamos que estos dos pasos son las piedras medulares de la averiguación previa, sin ellas sería difícil poder concebir tal presupuesto del proceso penal.

Por lo tanto, "iniciar averiguación previa, se esta pensando en iniciar una serie de actos indagatorios en torno a ciertos hechos, a cierto evento sucedido o acaecido, que integran toda una averiguación no solamente previa sino posterior a cierta resolución constitucional, que no puede ser otra que las de la setenta y dos horas donde se puede sujetar (preventivamente) a proceso al que esta siendo acusado de haber realizado dicho hecho, dicho evento"; ³²

Entonces el objetivo de la averiguación previa una vez que haya reunido todos los elementos de ley, es el de que al presunto responsable se le comunique su situación jurídica con el auto de formal prisión o de sujeción a proceso sin restricción de su libertad corporal.

O lo que es lo mismo que va a estar sujeto a un proceso penal en el cual una vez desahogadas todas las pruebas y ofrecidas las conclusiones pertinentes por las partes, se

³² Barrita López, Fernando A.: "Averiguación Previa", (enfoque interdisciplinario), México, Editorial Porrúa, Tercera Edición, 1997, págs. 20-21.

decidirá sobre si es responsable sobre un hecho que la ley señale como delito y se le aplique la pena correspondiente.

Entonces tendremos que **“La averiguación previa comprende las diligencias necesarias para que el M.P. resuelva sobre el ejercicio de la acción penal. Por consecuencia, en este periodo se confía al M.P. recibir denuncias y querellas, practicar averiguaciones y buscar pruebas de la existencia de los delitos y de la responsabilidad de los participantes, así como ejercitar, en su caso, la acción penal. El M.P. tiene bajo su autoridad, entonces, tanto a la policía judicial como a todos los funcionarios y empleados que, en calidad de auxiliares, intervienen de un modo u otro en la averiguación. Veremos que esta puede desembocar en el archivo o sobreseimiento administrativo, en la reserva o en la consignación. Siempre actúa el M.P. como autoridad y no como parte; por ende, su actividad no queda sujeta al pronunciamiento de los tribunales del fuero penal, y sus actos, en cambio, pueden**

ser combatidos por la vía del amparo, salvo las determinaciones de archivo,”³³

Una de las preocupaciones de algunos estudiosos de la materia, es que las determinaciones del Ministerio Público no pueden ser combatidas, esto es, que sus determinaciones no pueden ser apelables en la etapa de la averiguación previa y que como ya lo mencionamos con anterioridad, deja a la víctima del delito y a sus familiares en total estado de indefensión sobre todo cuando decide el no ejercicio de la acción penal en un hecho que podría ser considerado como delictuoso.

“La constitución cuando habla de averiguación previa, se refiere a un periodo que se prolonga hasta que el juez resuelva si ha o no lugar a la prisión preventiva para el acusado”³⁴

Según dicho autor la averiguación previa comprende desde que el Ministerio Público tiene conocimiento de algún acto que la ley señale como delito, hasta la etapa del Auto de Término Constitucional.

³³ García Ramírez, Sergio: “Curso de Derecho Procesal Penal”, México, Editorial Porrúa, Cuarta Edición, 1983, Pag. 260.

³⁴ Op Cit. Barrita López Fernando A.: “Averiguación Previa”, Pag. 20.

“La preparación del ejercicio de la acción penal se realiza en la averiguación previa, etapa procedimental en que el Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de policía judicial, practica todas las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar la acción penal, debiendo integrar, para esos fines, el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad.”³⁵

Ya practicadas por el Ministerio Público todas las diligencias necesarias para satisfacer los requisitos que señalan los códigos sustantivo y adjetivo penal entonces se podrá ejercitar acción penal en contra del presunto delincuente.

Una vez visto el contenido de la averiguación previa y su fin, entraremos al análisis de las facultades del Ministerio Público, en la etapa de averiguación previa.

Debemos de saber que en este momento procesal la Representación Social, tiene la posición de autoridad, pero que queremos dar a entender con esto, significa que el Ministerio Público, como ya lo estudiamos en apartados anteriores, será quién se encargue de dirigir la averiguación previa y que su

³⁵ Colín Sánchez, Guillermo: “Derecho Mexicano de Procedimientos Penales”, México, Editorial Porrúa, Décima Tercera Edición, 1992, Pag. 257.

actuar se encuentra regulada en el código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Tenemos entonces que las facultades del Ministerio Público en la averiguación previa las vamos a encontrar en los diversos artículos del Código de Procedimientos Penales del Distrito federal y entre ellos tenemos los siguientes:

Sección Segunda.

Diligencias de Averiguación Previa

Capítulo 1

Iniciación del Procedimiento.

Artículo 262, tal precepto manifiesta los casos en los a que el Ministerio Público y su auxiliar la policía judicial la cual estará bajo las ordenes del primero procederá de oficio a la investigación de los delitos del orden común cuando se tenga conocimiento de alguno y que hay delitos que solo puede iniciarse su investigación a petición de parte o conocida como querrela; O cuando la ley señale algún requisito y este no se haya satisfecho.

El artículo 263 Nos habla sobre la petición de la parte ofendida para que pueda iniciar una averiguación previa.

El 264 en relación con el 276 habla sobre los delitos que son perseguibles por querrela.

El artículo 265 da las reglas que debe observar el Ministerio Público cuando se traslade al lugar de los hechos.

De los artículos 266 al 268 bis, nos referiremos en nuestro tercer capítulo de tesis.

El artículo 269 menciona la comparecencia voluntaria del inculpado o cuando fuere detenido y presentado ante el Agente del Ministerio Público investigador.

El 270 sobre la identificación del indicado.

El artículo 270 bis señala el arraigo domiciliario

El 271 señala que tanto el ofendido como el presunto responsable serán examinados por un médico para saber sobre su estado psicofisiológico; Además, el monto de la caución que se debe exhibir para gozar de la libertad provisional en la averiguación previa.

Como reglas generales de la averiguación previa tenemos las anteriormente señaladas, pero ya para cada caso en particular, se atenderá a lo dispuesto por él:

Titulo Segundo.

Diligencias de Averiguación Previa e Instrucción.

Sección Primera.

Disposiciones Comunes.

Capitulo I.

Elementos del tipo, huellas y objetos del delito.

Artículos 94 y siguientes.

El artículo 286-Bis Este artículo nos habla de cuando ya tengamos satisfechos todos los presupuestos que nos marcan la ley para poder ejercitar acción penal en contra del indiciado y que también termina el actuar del Ministerio Público en la etapa de averiguación previa; así como el de tener el carácter de autoridad, ya que se pasara ante el juez que conocerá del caso y su figura será de ese momento en adelante de parte en el proceso.

2.5. – FACULTADES DEL MINISTERIO PÚBLICO EN PROCESO.

El artículo 286-Bis del código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito federal, nos da el sustento jurídico de pasar a la siguiente fase del proceso penal y que comienza con el auto de radicación.

El artículo 286-Bis párrafo segundo dice lo siguiente, que el juez ante el que se consigne la averiguación previa radicara el asunto asignándole número de partida y de acuerdo al pedimento del Ministerio Público practicara las diligencias necesarias

El párrafo tercero manifiesta que cuando sea la consignación con detenido se deberá ratificar inmediatamente la

retención en él supuesto que esta apegada a derecho, de no ser así lo dejara en libertad con las reservas de ley.

Si transcurre el plazo de tres días y no se ha radicado la consignación sin detenido el Ministerio Público recurrirá en queja ante el Superior jerárquico del juzgado de primera instancia que corresponda, según el párrafo cuarto.

El párrafo quinto señala que según lo solicitado por el Ministerio Público investigador el juzgador resolverá si obsequia o no tal pedimento en un plazo de cinco días contados a partir de la fecha del acuerdo de radicación.

Tratándose de consignación sin detenido por delito grave o delincuencia organizada, inmediatamente debe radicarse el asunto, y dentro de las veinticuatro horas siguientes la autoridad resolverá sobre el pedimento de la orden de aprehensión. Si el juez no resuelve oportunamente sobre estos puntos, el Ministerio Público procederá en los términos previstos en el párrafo anterior, así lo prevé el último párrafo del artículo 286-Bis.

De lo precedente, tenemos entonces que sus actuaciones serán diversas de acuerdo a la situación en la que

se encuentra la consignación, ya sea que sea con detenido o sin detenido.

Estas son las dos vertientes que tenemos y por las cuales la actuación del Ministerio Público en el proceso será diversa.

En el Primer caso, si la consignación es con detenido, se radicara ante el juzgado, se entrara al periodo de la instrucción; Etapa procedimental en la que el inculpado rendirá su declaración preparatoria y el Ministerio Público actuara como parte, estará en la diligencia y si el inculpado lo desea, responderá a las preguntas que le formule la Representación Social previa su calificación de legales hecha por el juzgado, según lo indicado por el artículo 292 del código adjetivo penal en vigor.

Una vez tomada la declaración preparatoria al inculpado, se procede a dictar la resolución que corresponda de acuerdo a los artículos 304-bis-A, 304-bis y 302.

Aquí en este momento procedimental, el Ministerio Público puede apelar cualquiera de las resoluciones emitidas por

la autoridad judicial de acuerdo a lo estipulado en los artículos 300 y 304.

El artículo 297 penúltimo párrafo, habla de que el Ministerio Público no podrá ampliar el Auto de Terminación Constitucional, en virtud de que esta disposición es una facultad concedida al inculcado, mas no a la representación social.

El numeral 301 manifiesta que el Ministerio Público puede solicitar el arraigo domiciliario del procesado reuniéndose los requisitos que se mencionan.

Posteriormente pasaremos al juicio, ya en este, según la resolución emitida por el Organo Jurisdiccional, se desarrollara en proceso en la vía Sumaria u Ordinaria, según lo dispuesto en los artículos 305 y 314 del mencionado código.

Si el procedimiento es sumario, el Ministerio Público ofrecerá pruebas dentro de los tres días siguientes contados desde la notificación del auto de formal Prisión o de Sujeción a Proceso sin restricción de la libertad personal, según el Artículo 307.

Celebrada la audiencia y desahogadas las pruebas, el Ministerio Público ofrecerá sus conclusiones en ese acto y se

estará a la resolución que emita el juez, según artículo 308 y 309.

Si el procedimiento es ordinario, el Ministerio Público ofrecerá pruebas dentro de los siete días siguientes contados a partir de la notificación del auto de formal prisión, así lo señala el artículo 314.

El juez pone los autos a la vista de las partes, si apareciesen de los mismos nuevos elementos probatorios, se señalarán tres días más para aportar pruebas las que se desahogaran dentro de los cinco días.

Una vez agotada la instrucción, a juicio del juzgador, notificadas las partes de tal situación, se pondrá los autos a la vista de estas, por siete días comunes para ofrecer pruebas, las que se desahogaran dentro de los diez días siguientes al en que se notifique el auto admisorio de las mismas.

Transcurrido este plazo, o haber hecho renuncia de éstos, se declarara cerrada la instrucción y se pondrán los autos a la vista primero del Ministerio Público para sus

conclusiones y con posterioridad a la defensa del procesado, para que este formule las suyas.

El artículo 316 ordena al Ministerio Público que al formular sus conclusiones las haga de la manera más concreta y clara posible basándose en los conocimientos técnicos y científicos que en ese momento imperen para que tengan pleno valor probatorio y acrediten la responsabilidad penal del procesado, así lo indica el artículo 317 del código de procedimientos de la materia.

Ofrecidas las conclusiones por las partes, se fijara fecha para la audiencia de vista, la que se verificara dentro del plazo de cinco días siguientes, según el artículo 325 del código adjetivo de la materia.

Aquí se presenta una problemática que como ya se ha mencionado repercute en nuestro sistema de impartición de justicia, lo indicado por el artículo 320 del multicitado código adjetivo, ya que se da la posibilidad de que el Ministerio Público formule conclusiones inacusatorias, que significa esto, significa que en sus conclusiones su pedimento será que no es penalmente

responsable de la comisión del delito que se le imputa y por tanto se ordene su libertad inmediatamente.

En la audiencia de vista las partes, en este caso el Ministerio Público podrá agregar alguna constancia para que no hubiera duda sobre su pedimento en las conclusiones y dejar lo mas claro posible sus acusaciones.

Celebrada tal audiencia, se pasaran los autos a sentencia, para que el juzgador dicte la sentencia correspondiente, según los resolutiveos de la sentencia, el Ministerio Público podrá apelar tal resolución.

Si la consignación es sin detenido, el juez, radicara la consignación, dándole un numero de partida, se le notificara a la Representación Social adscrita al juzgado, lo que seria el auto de radicación, articulo 286 bis párrafo segundo.

Él A quo dentro de los cinco días siguientes contados a partir de la notificación del auto de radicación al Representante social, resolverá sobre lo pedido en el pliego de consignación, y se obsequiara de acuerdo a lo requerido, orden de aprehensión, reaprehensión o comparecencia, articulo 286 bis párrafo quinto

Si el juzgador negara lo solicitado por el Ministerio Público investigador, el representante social adscrito al juzgado realizara todas diligencias necesarias para el perfeccionamiento del ejercicio de la acción penal a efecto de que sea obsequiada la petición solicitada.

CAPITULO III.

3. - LA REFORMA SOBRE LA PRIVACION LEGAL DE LA LIBERTAD

Al abordar el tema que nos ocupa, debemos necesariamente hacernos una pregunta, ¿por qué se da una reforma de tanta trascendencia en nuestro sistema jurídico en materia penal? .

Bueno, se da esta, porque...“En la actualidad, la vida de nuestro país, y en general la de todo el mundo, se caracteriza por el cambio, por lo nuevo y, en ocasiones, por lo inusitado. Para afrontar estas novedades, muchas veces problemáticas, se requiere un verdadero Estado de Derecho

con sólidas instituciones jurídicas y normas legales justas y adecuadas a los tiempos en que vivimos.” ³⁶

Tendremos entonces que los cambios que se han dado en nuestro país algunos resultaron ser problemáticos, como es el caso de la delincuencia y que la evolución en la forma de operar de algunos entes, cada vez pone en peligro a la sociedad, es por eso que tenemos que buscar mecanismos legales eficaces para hacer frente a la ola de delincuencia que ha surgido en el ámbito nacional.

“Solo existe un autentico Estado de Derecho ahí donde los ordenamientos jurídicos son la expresión y garantía de los derechos humanos; con otro contenido, con otra orientación, las normas jurídicas no conformarían un estado de Derecho.” ³⁷

Por consiguiente estas nuevas normas para la lucha contra la delincuencia deberán ser respetuosas de las garantías individuales tanto para la víctima, como para el presunto

³⁶ Islas de González Mariscal, Olga y otros: “La importancia y perspectivas de las reformas penales”, México, Editorial Diseño Gráfico Manuel Arvizu Maraboto, Primera Edición, 1994 Pag. 17.

³⁷ Ibid. Pag. 18.

responsable, las que deberán contemplar nuestra constitución, de lo contrario caeríamos en un estado Opresor.

“Con la idea de continuar ajustando la normatividad penal (en las áreas sustantiva y adjetiva) a los lineamientos constitucionales y a la realidad social, se pretendió, en 1992-1993 llevar a cabo una reforma penal integral; sin embargo, todo este ambicioso proyecto quedo solo en reformas, pero reformas tan trascendentes que abarcan hasta la Constitución.” ³⁸

Debemos de tomar en cuenta que para que pueda haber un verdadero cambio en nuestras normas penales sustantiva y adjetiva, primero debemos de modificar la Carta Magna que nos rige, para luego así, poder entrar a adecuar los preceptos legales que sean necesarios, como ya se dijo anteriormente, poder resolver cualquier controversia en el ámbito de la criminalidad moderna y por consiguiente hacerle frente con nuevas reglas mas eficaces.

Es por eso que **“En Septiembre de 1993 se modificaron los artículos 16, 19, 20, 107 y 119 de la**

³⁸ Ibidem Pag. 19

Constitución Política, con la finalidad de dar una nueva dimensión a la justicia penal, área del sistema jurídico que cala profundamente en la convivencia de las personas y en la paz social”³⁹

Así tendremos que surgen reformas que van a modificar nuestra constitución y que con estas medidas se dará un paso hacia la modernización en materia penal; Además de un estado de derecho, que garantice derechos humanos mínimos para los actores del proceso penal.

“Las mencionadas reformas constitucionales de septiembre de 1993, deben de considerarse como el fortalecimiento y continuación de las anteriores. Dichas modificaciones a varios preceptos fundamentales fueron reglamentadas por las disposiciones publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994.”⁴⁰

Estas reformas constitucionales son publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994

³⁹ Ibid Pag. 21-22

⁴⁰ Ibidem Pag. 30

Por consiguiente nos abocáremos a entrar al estudio de las reformas pero solo por lo que respecta al tema que analizaremos en ésta tesis y que es el 16 Constitucional.

Tendremos entonces que existen diversas opiniones de doctrinarios que están a favor de esta reforma que es de trascendencia en el ámbito penal.

“Pero los cambios más importantes atañen a dos aspectos esenciales. El primero se refiere a la nueva facultad que se otorga al Ministerio Público para dictar ordenes de detención, en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia. Dicha orden se dictara bajo la responsabilidad del propio Ministerio Público, el cual debe fundar y expresar por escrito los indicios (en realidad, presunciones) que motiven su parecer.” ⁴¹

⁴¹ Ibid Pag. 31

Hasta antes de la reforma el Ministerio Público carecía de tal facultad.

“También se otorga al Ministerio Público la atribución de retener a los inculpados que le sean presentados en los casos de delitos flagrantes, en los cuales, inclusive de acuerdo con el texto anterior, cualquier persona puede detener al indiciado, pero debe ponerlo a disposición de la autoridad respectiva.” ⁴²

Otros juristas ven que ahora tendremos tres formas en que se nos puede privar de la libertad legalmente.

“De acuerdo con estos cambios, y según el precepto actualmente en vigor, existen tres mandamientos de privación de la libertad por delitos sancionados con pena corporal: i) la orden judicial de aprehensión; ii) la orden administrativa de detención que puede dictar el Ministerio Público; iii) el mandato de retención, que también compete al Ministerio Público respecto de los presentados por motivo de delitos flagrantes.” ⁴³

⁴² Ibidem Pag. 32

⁴³ idem

Por tanto se va dar dos nuevas figuras en materia procesal en cuestión de privación legal de la libertad.

“...b) Una de las innovaciones de mayor importancia se refiere al plazo de retención del cual puede disponer el Ministerio Público, ya que con anterioridad no existía ninguno y si bien algunos tratadistas mencionaban el de 24 horas establecido por la fracción XVIII del artículo 107 Constitucional, ahora suprimido (ver supra 6), este lapso se refería, como se ha señalado con anterioridad, al cumplimiento de la orden de aprehensión de carácter judicial.” ⁴⁴

Con esto tenemos que se da un gran avance en materia de administración de justicia pronta y expedita, ya que como se sabe antes, a falta de tal disposición, no había un plazo que contemplara la ley y por consiguiente se prestaba a muchas interpretaciones malintencionadas por parte de algunos servidores públicos.

“De acuerdo con el texto vigente de dicha disposición: “Ningún indiciado podrá ser retenido por el

⁴⁴ Id.

Ministerio Público por mas de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal...”⁴⁵

Como lo veníamos señalando con anterioridad, ahora el Ministerio Público investigador deberá ajustarse estrictamente a lo estipulado en la ley.

“...Las reformas constitucionales en materia penal publicadas el 3 de septiembre de 1993, deben considerarse como la continuación de las iniciadas en los años de 1983 y 1984 y seguidas por las de 1991 y 1992, todas ellas dirigidas a la actualización del sistema penal mexicano, tanto en materia sustantiva como procesal. Los cambios esenciales publicados en septiembre de 1993, afectaron a los textos de los artículos 16, 19, 20 y 119 de la Carta Federal, los cuales solo habían experimentado

⁴⁵ *Ibidem* Pag. 32-33

modificaciones secundarias en el texto aprobado por el constituyente de Querétaro.”⁴⁶

Se habían realizado anteriormente reformas a Nuestra Carta Magna, pero ninguna con la trascendencia e importancia que tienen estas, es por eso que es motivo de estudio de diversos estudios del derecho y que han sido vistas con buenos ojos por la sociedad, salvo algunas correcciones que se tendrían que hacer para que puedan ser más eficaces a la hora de su aplicación.

“...Los sectores más importantes de las citadas reformas se refieren a tres aspectos: el incremento de las facultades del Ministerio Público para ordenar la detención y la retención de los inculcados en los casos de flagrancia y urgencia, así como la fijación de un plazo máximo de cuarenta y ocho horas para dichas detención y retención. Dicho lapso puede duplicarse en los supuestos de la libertad caucional, y por último la introducción en el texto constitucional de los derechos de las víctimas y de los ofendidos por el delito.”⁴⁷

⁴⁶ Ibid Pag. 52

⁴⁷ Idem.

Las nuevas reglamentaciones que deberá observar el Ministerio Público van enfocadas a que antes existían lagunas que permitían que los presuntos responsables pudieran sustraerse a la acción de la justicia.

“...Por lo que respecta a las nuevas atribuciones al Ministerio Público para ordenar la detención de indiciados en el caso de urgencia tratándose de delitos graves y el peligro de que el propio inculpado se sustraiga a la acción de la justicia y la retención en los detenidos por delitos flagrantes, deben considerarse razonables y acertadas debido a los problemas causados por el incremento a la delincuencia y el surgimiento de los grupos organizados para la realización de los ilícitos. Lo mismo debe señalarse respecto del plazo de cuarenta y ocho horas como máximo para la detención y retención de los inculpados en esos supuestos, ya que dichos lapsos son necesarios para complementar o realizar la investigación previa necesaria para reunir los elementos necesarios para la consignación de los detenidos ante el juez de la causa. Por otra parte, se han expedido las normas relativas a la responsabilidad directa del

Estado por los ilícitos de los servidores públicos, disposiciones que permiten prevenir, o en su caso sancionar, la conducta indebida del Ministerio Público al ejercer estas nuevas atribuciones.” ⁴⁸

Ahora existen mas facultades para el Ministerio Público indagador, respecto sobre las investigaciones que tenga que llevar a cabo y los presuntos responsables no se puedan sustraer de la justicia.

“...de acuerdo con el nuevo marco constitucional hoy en día hay cinco supuestos en los cuales se puede privar legalmente de la libertad a las personas en este país.” ⁴⁹

Según este tratadista, ahora con las nuevas reformas se amplían los supuestos en los cuales se puede privar de la libertad deambulatoria que tenemos y estos son:

“El primero sería la orden de aprehensión o, en su caso, de reaprehensión, dictada por autoridad judicial... La segunda hipótesis es la orden de detención en caso urgente expedida por un agente del Ministerio Público,

⁴⁸ Ibid Pag. 52-53

⁴⁹ Ibídem Pag. 64

supuesto nuevo introducido por la reforma que comentamos... El tercer supuesto sería el de flagrancia,... Como cuarta posibilidad para ser detenido, están las medidas de apremio... El quinto supuesto, y fuera de éste creo que no habría ningún otro más, es la detención por las autoridades administrativas..."⁵⁰

"...Consideramos que estas reformas constituyen un avance significativo en la actualización del procesamiento penal mexicano y han sido complementadas por las reformas de los códigos, penal del Distrito Federal y Distrital, aplicable en toda la República en materia Federal; y los de Procedimientos Penales Federal y Distrital, que fueron publicados el 10 de enero de 1994."⁵¹

Como lo habíamos indicado líneas arriba, observamos que al estar realizando esta investigación, en efecto, las modificaciones hechas en materia penal a los artículos en comento, han venido a dar mayor seguridad y eficacia en las actuaciones de las diferentes autoridades que se encuentran relacionadas con el derecho penal y el procedimiento penal.

⁵⁰ Ibid Pag. 64-65

⁵¹ Ibidem Pag. 52.

Por consiguiente si es reconfortante que estas reformas hayan venido a adecuarse al tiempo en el que se esta viviendo, ya que de lo contrario el derecho que se estaria aplicando seria obsoleto, creando descontento entre la sociedad entera.

3.1. - LA NUEVA ORDEN DE DETENCION POR PARTE DEL MINISTERIO PUBLICO.

Dentro de las diversas modificaciones que se hicieron en materia penal a la Constitución, veremos las que responden a nuestro segundo punto de análisis de trabajo, del capítulo tercero, esto es a la nueva orden de detención por parte del Ministerio Público indagador.

Como ya lo observamos en el inciso anterior, hubo diversas modificaciones en materia penal, pero solamente nos basaremos a la nueva orden de detención que señala el artículo 16 Constitucional.

Pero la cuestión es de que nos preguntamos, ¿para qué estudiaremos estas nuevas facultades otorgadas al Ministerio Público investigador? ; Resulta pues, que este es un

paso necesario para que se otorgue la resolución del auto de ratificación de la retención.

Sí, como ya vimos en el segundo capítulo, para que pueda ratificarse una retención, necesita estar debidamente integrada la averiguación previa y satisfacer todos los requisitos que señala tanto la Constitución como los Códigos adjetivos y sustantivos de la materia, es por eso que en este tercer capítulo se estudian los requisitos que marca el Código de procedimientos de la materia.

Por lo tanto pasaremos pues al estudio de estas nuevas facultades que otorga la Constitución al Representante Social, en virtud de las reformas publicadas en el diario Oficial de la Federación de septiembre de 1993.

“Como se ha señalado, una de las modificaciones más significativas en la reforma al artículo 16 Constitucional... se refieren a las facultades del Ministerio Público para dictar ordenes de detención y de retención, y la fijación de un periodo máximo para la duración de las mismas.” ⁵²

⁵² Ibid Pag. 35

Como sabemos, con anterioridad el Ministerio Público no-tenia estas nuevas facultades, para hacer frente a la nueva forma de operar de la delincuencia común y de la delincuencia organizada.

Ahora, “Aun cuando estas innovaciones han provocado polémicas estimamos que son acertadas en principio, y por supuesto su reglamentación debe hacerse de acuerdo con los principios básicos de esta modificación,... Consideramos que son correctos estos cambios, en virtud de que debe lograrse un equilibrio entre la necesidad de seguridad pública que requiere la sociedad representada por el Ministerio Público y los derechos esenciales del inculpado.” ⁵³

Estos cambios que se ha hecho al artículo 16 Constitucional, son para el beneficio de la sociedad y así poder tener y gozar de un Estado de derecho, que además garantice una eficaz lucha contra la nueva forma de operación de la delincuencia.

“En el texto original del artículo 16 Constitucional toda detención debería realizarse por una orden

⁵³ Idem.

judicial de aprehensión, salvo dos supuestos de detención administrativa: los de flagrancia y los de urgencia, siempre que en este último no existiera en el lugar en que se realizara la privación de la libertad, una autoridad judicial a la cual pudiera entregarse el detenido, lo que debía de hacerse sin dilación.” ⁵⁴

Con las reformas al artículo 16 Constitucional se clarifica este supuesto que hubiera traído muchas contrariedades, provocando zozobra en el presunto responsable y disgusto entre los familiares del detenido.

“El mismo órgano revisor de la constitución estableció otras condiciones desarrolladas por el legislador, para evitar detenciones indebidas o arbitrarias.” ⁵⁵

Efectivamente con las modificaciones a la Constitución, se tiene una idea más clara de las facultades del Ministerio Público investigador, sobre las nuevas formas de privar legalmente de la libertad a una persona.

Antes de entrar a las opiniones de diversos juristas sobre las reformas que se dieron a la Constitución en

⁵⁴ Id.

⁵⁵ Ibid Pag. 36

materia penal, se deberá de analizar el artículo de referencia en los años de 1992 y 1994, por consiguiente después de realizado esto, tendremos una idea más clara de lo que estamos comentando.

El artículo que es materia de nuestro estudio es el 16, por consiguiente en la Constitución que se encontraba vigente en el año de 1992 el multicitado artículo tenía la siguiente redacción:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente en el año de 1992.

Artículo 16. - "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención a no ser por la autoridad judicial, sin que precede denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquellas por declaración, bajo protesta de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad

del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito, en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos, sin demora, a la disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial...”

Como podemos observar, la redacción de este artículo era muy confuso y poco entendible, se encontraba de muy diferente manera a la redacción que tiene en el año de 1994.

Tenia algunos conceptos que eran muy vagos, como por ejemplo:

Que exista una declaración bajo protesta de persona digna de fe. Pero ¿qué debemos de entender por persona digna de fe? ; ¿cómo vamos a valorar este precepto tan confuso y vago? ; ¿Cómo podemos saber que persona es digna

de fe y cual no? ; ¿En que nos vamos a basar para sacar esta conclusión?.

Así como de carecer de un tiempo que se estimara necesario para que se integrara debidamente la averiguación previa.

“Algunos abogados afirmaban antes de la reforma que si existía plazo para el indicado efecto e invocaban el artículo 107 fracción XVIII constitucional, que mandaba poner a disposición de su juez a un detenido, dentro de las 24 horas siguientes a su aprehensión; empero, esa situación era completamente distinta a la que aquí tratamos, pues la correcta interpretación de dicho dispositivo elucidaba que en tal supuesto ya se había concluido la averiguación previa y ejercitado la acción persecutoria ante un juez, quién a su vez había librado la correspondiente orden de aprehensión.”⁵⁶

Efectivamente, no había una claridad en dicho artículo sobre el tiempo que debería de estar el detenido por una

⁵⁶ Ibidem Pag. 172-173

orden de aprehensión en las instalaciones de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.

“Antes de las reformas, de ordinario las averiguaciones previas se hacían apresuradamente, de modo superficial, a veces sin recabar la totalidad de probanzas, a fin de poner el asunto lo mas pronto posible en conocimiento del juez que habría de instruir el proceso, pues aunque no existía plazo constitucional preciso para que el investigador ministerial retuviera a los indiciados, procuraba resolver cada caso generalmente antes de que transcurrieran 24 horas desde la captura del indiciado.” ⁵⁷

Esto daba como resultado, que la averiguación previa estuviera llena de deficiencias y que el presunto responsable pudiera aprovechar estos errores y así poder evadir la acción de la justicia con una buena defensa, trayendo entonces como resultado una mala impartición de justicia, no por el juzgador sino por los errores cometidos por el órgano ministerial investigador.

⁵⁷ Ibid Pag. 173.

“Pero casi siempre ese tiempo era demasiado corto, insuficiente para perfeccionar una averiguación previa, sobre todo en casos de características especiales, al grado de que frecuentemente la persona indicada llegaba a permanecer detenida durante la averiguación previa hasta 72 horas o más, cuando se trataba de hechos confusos o complejos, o con pluralidad de partícipes y de víctimas, para cuyo esclarecimiento era indispensable practicar muchas diligencias de diversa índole y en distintos lugares, a fin de obtener el mayor número de pruebas, lo cual era imposible realizar en menor tiempo.” ⁵⁸

Como lo he manifestado, la forma de operar de la nueva delincuencia, resulta en muchos casos complejo, como ejemplo se tiene el robo de vehículo, las falsificaciones de documentos, los fraudes en sus diversas modalidades, privación ilegal de la libertad en su modalidad de secuestro, el robo de infante, el tráfico de órganos, el narcotráfico, etcétera, es por eso que se requería de mas tiempo para que fuera posible la debida perfección de la averiguación previa.

⁵⁸ Id.

“Aquel procedimiento era necesario, en cuanto al propósito de llevar a cabo una investigación completa; sin embargo, resultaba incorrecto porque se prolongaba sin límite temporal, con la consiguiente detención indefinida de la persona inculpada, debido a la ausencia de norma precisa al respecto.” ⁵⁹

Efectivamente, en ocasiones se prolongaba la detención de un presunto responsable en virtud de que se debían recabar todas las pruebas necesarias para ejercitar acción penal en su contra, pero el plazo era ilimitado, no había un tiempo límite para tal situación, trayendo como resultado graves violaciones a los derechos humanos de los detenidos.

Por lo tanto **“En otros puntos, en la averiguación previa aparecen hoy aspectos que rigen y regulan la detención y retención de inculcados, cuestiones estas que no existían hasta antes de nuestra reforma a los artículos 16, 19, 20 y 119 constitucionales, hechas mediante decreto de 3 de septiembre de 1993.”** ⁶⁰

⁵⁹ Idem.

⁶⁰ Ibid Pag. 150

Ahora con las nuevas reformas muchos de los vicios y lagunas que comentamos, desaparecerán, o por lo menos se darán con menor frecuencia, siendo benignos los nuevos supuestos enmarcados en la Constitución.

Veremos las modificaciones que se realizaron en la reforma de septiembre de 1993.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente en el año de 1994.

Artículo 16. - Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. ⁶¹

Este primer párrafo, que ahora aparece solo, es acertada su modificación, ya que antes de la reforma contenía absolutamente todo lo relacionado con la detención en la averiguación previa, por lo que resultaba confuso y poco entendible su comprensión.

“No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que precede denuncia,

⁶¹ Diario Oficial de la Federación de 3 de septiembre de 3 1993

acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.” ⁶²

Recordamos que antes aparecía el enunciado de una declaración, bajo protesta, de persona digna de fe, y que la criticábamos en virtud de que a mi parecer carecía de sentido que la pusiera en un artículo constitucional, ya que como sabemos es el ordenamiento máximo de la nación y que con esa redacción la minimizaban.

“La autoridad que ejecute una orden de judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.” ⁶³

Atento a lo observado con anterioridad, tendremos que este era un grave problema que se encontraba presente en

⁶² Id.

⁶³ Idem.

la constitución anterior a las reformas de 1993 y que daba cabida a abusos por parte de la policía judicial y del Ministerio Público.

“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.” ⁶⁴

“En cuanto a la flagrancia no existe duda de que procedía y ahora procede la detención administrativa, puesto que inclusive cualquier persona esta facultada para realizar dicha detención,...” ⁶⁵

Aquí, al parecer, por lo que respecta a éste punto, no hay ningún problema ya que se ha manejado este supuesto con anterioridad y aunque fue motivo de reforma, solo en cuanto a la redacción, ya que tiene la misma finalidad.

“Solo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la

⁶⁴ Id.

⁶⁵ Loc. Cit. Fix Zamudio, Hector. : “La importancia y perspectivas...”, Pag. 35-36

autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.”⁶⁶

“...pero no ocurre lo mismo con la nueva modalidad de urgencia, que esta relacionada con los delitos considerados como graves por el legislador y el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia. En estas hipótesis el ministerio Público puede ordenar la detención bajo su responsabilidad, pero debe fundar y expresar los indicios (en realidad, presunciones) que motiven su proceder.”⁶⁷

Pero lo más importante, que debemos de tomar en cuenta es que se deben forzosamente de satisfacer los requisitos previamente señalados:

Ya sea por razón de la hora; el lugar o la circunstancia del hecho delictivo; para que se pueda ordenar tal

⁶⁶ Op. Cit. Diario Oficial de la Federación 3 de septiembre de 1993.

⁶⁷ Loco citato. Fix Zamudio, Hector. : “La importancia y perspectivas...”, Pag. 36.

detención, sino el Ministerio Público indagador incurriría en responsabilidad.

“Estos supuestos no son teóricos, sino que se apoyan en situaciones reales, debido al aumento de la delincuencia, especialmente en los centros urbanos, en los que el Ministerio Público debe actuar con rapidez cuando existe una sospecha fundada de que un indiciado al que se le impute un delito grave, pueda eludir la acción de la justicia, lo que resulta factible debido a la extensión de las ciudades y a los medios actuales de transporte. La detención sólo puede hacerse cuando se hubiese practicado una investigación previa en la cual se obtengan datos suficientes para acreditar, por medio de los indicios respectivos, que existe el peligro real de que el inculcado de un delito grave pueda sustraerse del procedimiento penal.” ⁶⁸

Lo que veníamos manejando, que la delincuencia ha adquirido nuevas formas de operar, por tanto era necesaria una reforma para hacer frente a tal situación que colocaba en

⁶⁸ Id.

desventaja al órgano encargado de perseguir los delitos en representación de la sociedad.

“En efecto, para poder decretar dicha detención administrativa, el Ministerio Público no debe tener la posibilidad de acudir de manera inmediata al juzgador, por razón de la hora, lugar o circunstancia, ya que la orden judicial no puede expedirse de manera automática, sino que previamente debe acreditarse por el Ministerio Público al ejercitar la acción penal por medio de la consignación, los elementos que integran el tipo penal (antes cuerpo del delito) y la probable responsabilidad del indiciado. El señalamiento de la gravedad de los delitos como los requisitos de la citada detención administrativa se han establecido por los artículos 194 del Código Federal de Procedimientos Penales, y 268 del Código procesal distrital, respectivamente.” ⁶⁹

Por consiguiente, el Ministerio Público investigador debe estrictamente satisfacer los requisitos que señala la Constitución y los Códigos adjetivo y sustantivo de la materia,

⁶⁹ Ibid págs. 36-37

para que se les pueda procesar y no queden impunes dichas actividades delictivas que afectan gravemente a nuestra sociedad.

“En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.” ⁷⁰

“También debe destacarse que el texto actual del artículo 16 constitucional dispone que tanto en los supuestos de urgencia como de flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá, de manera inmediata, ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.” ⁷¹

Este es el punto medular de nuestra propuesta de trabajo, ya que es lo que estamos analizando, el auto de ratificación de la retención, ya que si para un juez a su apreciación, no están completamente satisfechos los lineamientos que marcan las leyes de la materia, este podrá, ordenar la libertad de los detenidos y así traer como resultado la impunidad

⁷⁰ Diario Oficial de la Federación 3 de septiembre de 1993

⁷¹ Loc. Cit. Fix Zamudio, Hector. : “La importancia y perspectivas...”, Pag. 37

de los delincuentes, originando un malestar para las víctimas del delito, el ver que sus agresores queden impunes.

“A lo anterior debe agregarse, como se señaló anteriormente... que en los supuestos de detenciones y retenciones por urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.” ⁷²

Esta es una situación muy delicada ya que es la medula espinal del proceso penal y por consiguiente se debe de tener mucho cuidado a la hora de recabar todos los elementos de prueba para que se pueda decretar la ratificación de la retención del detenido.

“Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal...” ⁷³

⁷² Ibid. Pag. 41

⁷³ Loc. Cit. Diario Oficial de la Federación 3 de septiembre de 1993.

“Tenemos la convicción de que la institución de mayor trascendencia en los cambios introducidos al artículo 16 de la Carta Federal se refiere al plazo máximo de detención o retención del inculpado por orden del Ministerio Público, en los supuestos de urgencia o de flagrancia. Es preciso señalar que en el texto constitucional anterior no se precisaba el tiempo de que disponía el Ministerio Público para que en esas dos hipótesis pusiera al detenido a disposición de la autoridad judicial, y por supuesto también carecía entonces de la facultad para ordenar la detención o la retención de carácter administrativo.”⁷⁴

Con la reforma se da un clima de seguridad para el detenido y sus familiares al ver que la Representación Social indagadora, cuente con un tiempo máximo que no debe rebasar para poder reunir todos los elementos de prueba necesarios y así poder saber la situación jurídica del presunto responsable, ya sea consignándolo o dejándolo en libertad, u ordenando su retención por tratarse de caso de delincuencia organizada.

“Tenemos la convicción de que la nueva disposición constitucional sobre la detención y retención

⁷⁴ Op. Cit. Fix Zamudio, Hector. : “La importancia y perspectivas...” Pag. 37.

preventiva corregirá muchos de los abusos que se cometían debido a la imposibilidad material del Ministerio Público de ejercitar la acción penal sin una investigación preliminar de carácter mínimo. Por otra parte, la flexibilidad que se establecía al autorizar que se puede duplicar ese plazo en los supuestos de la llamada delincuencia organizada, también nos parece justificada, ya que en esos supuestos (y los casos del narcotráfico y los asaltos bancarios son los más notorios) generalmente existen varios y en ocasiones numerosos detenidos, lo que dificulta la citada averiguación previa. No se puede llegar al extremo de las constituciones peruanas, la de 1979 y la vigente, aprobada en referéndum de octubre de 1993, que alargan dicho periodo de detención administrativa hasta quince días, lo que nos parece exagerado, aun tratándose de delitos de suma gravedad, pero en cambio consideramos sensata la solución que se ha dado en la citada reforma mexicana.”⁷⁵

Efectivamente, existen muchos servidores públicos, que aprovechaban tal situación para pedir dádivas a los familiares del detenido y así poder según ellos agilizar las cosas y no

⁷⁵ Ibid. Pag. 39-40

pasara tanto tiempo privado de su libertad de una manera arbitraria.

“Ahora no solamente se autoriza al Ministerio Público para detener, sino también para retener, apareciendo así respecto de éste último una figura doblemente desconocida, porque si lo era para el Ministerio Público la detención, más aún, es ahora la retención; pero ahora ambas, por esta reforma constitucional, pueden ser materia de actividad investigatoria del Ministerio Público para indagar en aquellos casos de flagrancia y de notoria urgencia.” ⁷⁶

Algunos servidores públicos, carentes de todo conocimiento, realizaban una mala interpretación de las normas penales teniendo como resultado el que los participantes en la etapa de la averiguación previa, vieran que la impartición de justicia no era la adecuada y como ya lo dijimos veía con recelo tal actuación, llenos de incertidumbre.

“En el aspecto constitucional, la reforma mas destacada ha sido el establecimiento de un plazo de

⁷⁶ Ibidem Pag. 150.

retención para las personas indiciadas durante la averiguación previa, en los casos de flagrancia y urgencia.” ⁷⁷

Como lo hemos manifestado, ha sido una medida muy afortunada para no violentar las garantías individuales del presunto delincuente y así poder gozar de un Estado de derecho.

De lo precedente podemos sacar diversas opiniones:

Primero.- Él artículo 16 Constitucional vigente en 1992, en relación con el de 1994, sufre transformaciones tanto de redacción como de apariencia.

Ahora su comprensión es más rápida y no se encuentra todo en un solo apartado.

Su párrafo primero, señalaba las instrucciones necesarias para la detención de una persona de manera legal y que únicamente se podría hacer por:

- a) Una orden de aprehensión dictada por autoridad judicial.
- b) En los casos de delito flagrante y,
- c) Tratándose de casos urgentes siempre y cuando sean delitos graves.

⁷⁷ Ibid Pag. 172

Estas eran las tres formas por las que una persona podía ser privada de su libertad deambulatoria, siendo que dos las podía realizar el Ministerio Público investigador:

1. - En los casos de flagrante delito y,
2. - Tratándose de casos urgentes.

Ahora con las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 3 de septiembre de 1993 se modifica este primer párrafo para quedar como sigue:

“Artículo 16 Constitucional.- “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que precede denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los

elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

La autoridad que ejecute una orden de judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal.

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.

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

En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal..."⁷⁸

Como podemos observar se siguen conservando las figuras que hemos mencionado, pero se agregan ahora otras nuevas.

⁷⁸ Loco citato. Diario Oficial de la Federación 3 de septiembre de 1993

3.2. – EN CASO DE URGENCIA.

El caso de urgencia, fue afectado con las reformas hechas al artículo 16 Constitucional, ya que anteriormente tal párrafo tenía la siguiente redacción:

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente en 1992.

Artículo 16. – “...Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial...”

De lo anterior podemos manifestar, que los supuestos para que se pudiera proceder a una detención administrativa eran los siguientes:

- a) Que no haya en el lugar donde se cometió el hecho delictuoso, ninguna autoridad judicial a la cual se pueda recurrir

Esto significa que solamente en tal supuesto, se podría ordenar una detención administrativa por parte de la Representación Social

- b) Que sea un delito que se persiga de oficio.

Se refiere a que antes de la reforma los delitos se clasificaban en: los que eran perseguibles por oficio o por querrela.

De lo precedente podemos observar, que el Ministerio Público investigador, tenía limitaciones en su actuación en los casos llamados urgentes.

Con la reforma Constitucional de septiembre de 1993 tal párrafo tiene la siguiente nueva redacción:

Artículo 16. - "Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el

riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder...” ⁷⁹

Como observamos, ahora con el nuevo texto, se da mas facultad al órgano indagador de poder actuar más eficazmente contra la nueva delincuencia y su modo de operar, ya que ahora cuenta con nuevos supuestos para poder ordenar su detención, y así poder recabar todos los elementos probatorios necesarios para la debida integración de la averiguación previa y ejercitar la acción penal contra los presuntos responsables.

“Por otra parte, de conformidad con el artículo 16 Constitucional, la detención de un delincuente puede darse por “caso urgente”, siempre que se trate de un delito grave, que exista riesgo fundado de que el sujeto pueda sustraerse a la acción de la justicia y que no se pueda ocurrir a la autoridad judicial, por razón de la hora, lugar o circunstancia. En estos casos el Ministerio Público bajo su responsabilidad

⁷⁹ Id.

ordenara la detención, fundando y expresando los motivos de su proceder.”⁸⁰

Sabemos entonces que ahora los supuestos son los siguientes:

a) Que se trate de delito grave así contemplado en la ley penal.

Estas es la nueva forma de clasificación de los delitos, ahora vamos a tener como delitos graves, el terrorismo, el sabotaje, la evasión de presos entre otros más.

b) Exista un riesgo fundado de que el indiciado pueda evadirse de la acción de la justicia.

c) No se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por los siguientes motivos:

- Por la cuestión de la hora,
- Del lugar,
- O de la circunstancia.

Tenemos entonces que solamente, satisfaciendo los supuestos arriba mencionados, tendremos que estaremos frente a un caso de urgencia, antes no sería así y si no se cumplía con

⁸⁰ Inicia enviada por la Presidencia de la República para reformar al Código de Procedimientos Penales, respecto al caso urgente. Pag. 20

cualquiera de los requisitos ya manifestados, el Ministerio Público caería en responsabilidad

“El caso urgente corresponde a una figura procesal indicante de un estado de excepción a las garantías de los artículos 14 y 16 Constitucionales (que señalan, el primero, que nadie podrá ser privado de la libertad sin mediar juicio ante autoridad judicial previamente establecida y, el segundo, que no podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial), y que autoriza al Ministerio Público para detener a un indiciado durante la averiguación previa, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia.” ⁸¹

Tenemos entonces que se contemplan estas hipótesis como ya se dijo, para una mejor función del órgano

⁸¹ Díaz de León, Marco Antonio. : “ Diccionario de derecho procesal penal y de términos usuales en el proceso penal” tomo I, México, Editorial Porrúa, Tercera Edición, 1997 Pag. 565

investigador y así satisfacer los elementos necesarios que marcan las leyes para la debida integración de la averiguación previa.

Efectivamente, tal hipótesis es muy sui generis, ya que marcan un estado excepción a los artículos constitucionales que regulan la privación legal de la libertad

“Así, pues, en el llamado caso urgente, el Ministerio Público puede ordenar por escrito fundado y motivado la detención de una persona cuando se aprueben los siguientes requisitos”: ⁸²

Tal como debe ser tal detención, constar por escrito, cumpliendo cabalmente con lo que señala la Constitución que nos rige.

“a) Que se encuentren probados los elementos del tipo penal así como la probable responsabilidad del indiciado, de que trate la correspondiente averiguación previa.” ⁸³

Como se ha venido mencionando, se deben satisfacer los requisitos marcados en el Código adjetivo y sustantivo penal.

b) Que dichos elementos del tipo penal se refieran solo a delitos graves así calificados por la ley, como los señalados,

⁸² Idem

⁸³ Id.

v. gr., en los artículos 194 párrafo tercero del código Federal de Procedimientos Penales y 268 párrafo cuarto del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; el precitado párrafo tercero del artículo 194 del cfpp al efecto establece: “Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los siguientes artículos del código Penal para el Distrito Federal en materia de Fueron común y para toda la república en materia de Fuero federal:...”⁸⁴

Ya mencionamos que los delitos ahora serán clasificables en graves o no graves.

“C) Que exista prueba plena de que el indiciado haya intervenido, precisamente, en la comisión de alguno de los precitados delitos graves señalados expresamente como tales en la ley.”⁸⁵

Que el detenido de los elementos probatorios aportados efectivamente arroje indicios de que tuvo participación en el hecho delictuoso

“D) Que exista prueba sobre riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia.”⁸⁶

⁸⁴ Idem.

⁸⁵ Ibid Pag. 366

⁸⁶ Id.

Este supuesto entre dentro de las características particulares de cada delincuente, es por eso en lo que se basara el agente ministerial indagador para cumplir con tal hipótesis.

“e) Que por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancias, no pueda el Ministerio Público ocurrir ante autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión.” ⁸⁷

Supuestos esto nuevos, para una mejor integración de la averiguación previa.

“f) Que en estos casos la orden de detención sea girada, únicamente, por el Ministerio Público, la cual en todo caso habrá de ser fundada, motivada y expresando los indicios que la justifiquen.” ⁸⁸

El acuerdo de la orden de detención así como la misma orden deben de cumplir requisitos procesales para que pueda ser emitida y tenerse como legalmente expedida, de lo contrario se crearía errores procesales para que el presunto responsable mediante un amparo quede liberado del delito, aun cuando lo haya cometido pero por haber tenido errores la averiguación previa en la fase de perfeccionamiento, se daría esta facilidad al delincuente.

⁸⁷ Idem.

⁸⁸ Id.

“La violación a los requisitos antes descritos, o sea el emitir una orden de detención sin cumplir éstos, hará penalmente responsable al Ministerio Público o funcionario que así indebidamente detenga o bien decrete dicha detención y, además, se pondrá al sujeto en inmediata libertad.” ⁸⁹

Tal como lo dice nuestra constitución, aparte de dar la posibilidad al delincuente de salir en libertad, caería el Ministerio Público investigador en responsabilidad penal, por su mala actuación.

“Sobre este punto el artículo 194 bis del cfpp establece: “En los casos de delito flagrante y en los urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de autoridad judicial. Este plazo podrá duplicarse en los casos de delincuencia organizada,...” ⁹⁰

Se da un plazo para que el Ministerio Público realice las indagatorias pertinentes el cual es de cuarenta y ocho horas, transcurrido este, deberá ordenar la libertad del detenido, o ponerlo a disposición de la autoridad judicial respectiva, o en su

⁸⁹ Idem.

⁹⁰ Id.

caso si se trata con un caso de delincuencia organizada, se le podrá retener por otras cuarenta y ocho horas, para poder allegarse de todos los elementos probatorios y así integrar debidamente la averiguación previa, para no caer en vacíos y ambigüedades que puedan resultar útiles para el delincuente en su defensa.

“Si la integración de la averiguación previa requiriera mayor tiempo del señalado en el párrafo anterior, el detenido será puesto en libertad, sin perjuicio de lo previsto por el artículo 133 bis.” ⁹¹

Esto es a modo de no conculcar sus garantías individuales, ya que lo hemos mencionado, las reformas están encaminadas para fortalecer el estado de derecho que tenemos.

“Como puede verse este artículo 194 bis en su parte inicial transcribe lo que señala el artículo 16 Constitucional en su párrafo séptimo, o sea que “ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por mas de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial”; por su lado

⁹¹ Ibid. Pag. 366-367.

el párrafo quinto del mismo artículo 16 de la Carta Magna solo autoriza al Ministerio Público a detener (no a retener) al indiciado en caso urgente. Sin embargo, fuera de este texto constitucional, al inicio de este artículo 194 bis en comento se establece el enunciado: “en los casos de delito flagrante y en los urgentes”, como si la Constitución expresamente facultara a retener o bien como si, interpretando a contrario sensu, autorizara la retención también en los casos urgentes, solo que ello no se puede interpretar así, primero, porque contravendría el precitado texto del artículo 16 constitucional que de manera expresa no otorga competencia alguna al Ministerio Público para retener en caso urgente y, segundo, porque el artículo 194 tampoco autoriza al Representante Social para retener al indiciado, todo lo cual se traduce en que, por su inadecuada redacción, el artículo 194 bis carece de sentido jurídico pues no puede prohibir lo que no existe ni está establecido ni, menos aun autorizado en la ley, es decir, no puede proscribir al Ministerio Público una retención que de antemano no le está permitida como competencia ni

en el artículo 16 Constitucional ni tampoco en el artículo 194 de este Código Federal de Procedimientos Penales.”⁹²

Vemos que al parecer existe una contradicción en lo que es el artículo 16 constitucional y el 194 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, pero el citado debate no es motivo de este inciso, por lo que no adentraremos en éste.

“De esta manera, si bien es cierto que el artículo 193 autoriza la retención en tratándose de delito flagrante, también lo es que, en cambio, no se prevé en ningún artículo para el caso urgente, presentándose así una contradicción entre este precepto 194 bis y el 194 que no autoriza al Ministerio Público para retener, por lo que en consecuencia si no existe la disposición que como competencia expresa se señale en la ley para retener, no cabría dicho supuesto de prohibir la retención “por mas de cuarenta y ocho horas” en caso urgente porque le falta el sustrato legal y fáctico que le serviría de antecedente autorizante para poder hacer valida la hipótesis de la citada prohibición de que “en los casos urgentes ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público”, no existe, pues, si como ya vimos el artículo 194

⁹² Idem.

(que es el que se refiere al caso urgente) no autoriza para retener al Ministerio Público. Menos es legalmente posible que el 194 bis la prohíba y, menos aún, sería dable que en base a ello justificara el Ministerio Público la retención de un indiciado de caso urgente.” ⁹³

Vemos que al parecer existe una grave laguna jurídica en cuanto a la interpretación de los artículos en comento y que de ser necesario se requiere que se aclare tal supuesto, ya que al momento de actualizarse en un caso concreto, serviría para que se tramitara un amparo y así evadir la acción de la justicia.

“En todo caso este artículo 194 bis prohíbe la retención de un indiciado por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el que se deberá ordenar su libertad o bien ponerlo a disposición del juez; además, este artículo 194 bis establece que el plazo de cuarenta y ocho horas podrá duplicarse en los casos de delincuencia organizada, señalando al efecto en que consiste la delincuencia organizada.” ⁹⁴

⁹³ Id.

⁹⁴ Idem.

Conclusión en la cual estamos de acuerdo ya que existe una mala redacción en el artículo en comento y los artículos adjetivos.

“La segunda hipótesis es la orden de detención en caso urgente expedida por un agente del Ministerio Público, supuesto nuevo introducido por la reforma que comentamos. Esta orden, desde luego, debe ser escrita, también fundada y motivada; se debe referir a uno de los delitos que la ley califica como graves; debe existir el riesgo fundado de que la persona a ser detenida, pueda evadir la acción de la justicia, y ha de justificarse que no se pueda acudir ante el juez por razón de la hora, del lugar o de las circunstancias para solicitarle la orden de aprehensión. Afortunadamente la reforma no dejó al arbitrio de la policía judicial la procedencia del caso urgente. Aquí no debe olvidarse que una detención ilegal no se puede convalidar por medio alguno.” ⁹⁵

⁹⁵ Operc citato. Sarre Iguiniz, Miguel. : “La importancia y perspectivas...” Pag 95.

La preocupación que indica este jurista es que para fortuna de la sociedad quedo bien asentado de quien dependía tal facultad de retener.

“No hay tiempo para explicar aquí que el decreto constitucional en mención solo autoriza de manera lógica y legitima la retención, para el caso urgente. Hay muchos motivos que podríamos señalar para especificar que la retención sólo se da en el caso urgente y no para la flagrancia, porque en primer lugar no se justifica retener por cuarenta y ocho horas a una persona que ha sido sorprendida en flagrancia. Sin embargo, como la Constitución, el artículo 16 Constitucional, no hizo al respecto la especifica aclaración y distinción __y esta es una referencia que yo hago a nivel de investigación personal__ de ello se valió el que se autorice actualmente la retención, también para la flagrancia,...” ⁹⁶

Ya hemos dicho de la mala redacción del artículo 16 constitucional y su incongruencia con los ordenamientos adjetivos correspondientes.

⁹⁶ Ibid. Pag. 150.

"C). - Precisión jurídica de los casos de privación de la libertad fuera de orden de aprehensión judicial: flagrancia (artículo 267 del Código de Procedimientos Penales) y urgencia (artículo 268 del Código de Procedimientos Penales). El primero en relación con delitos que, en la practica, se refiere a penas mayores de 3 o 5 años (como consecuencia del arraigo, artículo 261, y la libertad sin caución, artículo 133 bis) y el segundo, solo su relación con el delito declarado grave. Con riesgo de responsabilidad para la autoridad competente en caso de violación." ⁹⁷

En efecto, se da una certeza jurídica al establecer las funciones y plazos que la autoridad indagadora deberá realizar ante la situación que enfrente de tal indole.

Si la modificación fue hecha en nuestra máxima legislación, por consiguiente también se hizo en el código adjetivo que regula la materia, por tanto observaremos el artículo de referencia.

Para poder entender mejor nuestro tema debemos remontarnos al citado precepto hasta antes de las reformas de 1994 y 1996, por consiguiente tendremos:

⁹⁷ *Ibidem* Pag. 186

Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, vigente en el año de 1992.

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

Podemos observar una limitación y vacío en este artículo como lo es en la actualidad.

Tenemos entonces que después de la reforma de 1994 el artículo en comento quedó de la siguiente manera:

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, vigente en 1994

“Artículo 268. - Habrá caso urgente cuando:

- a) Se trate de delito grave, así calificado por la ley.**
- b) Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia.**
- c) Que el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar u otras circunstancias.**

El Ministerio Público al emitir la orden de detención en caso urgente deberá hacerlo por escrito, fundando y expresando los indicios que acrediten los requisitos mencionados en los incisos anteriores.

La orden mencionada será ejecutada por la policía judicial, quien deberá sin dilación alguna poner al detenido a disposición del Ministerio público que la haya librado.”⁹⁸

Y con la última reforma de 1996 el multicitado artículo quedó de la siguiente manera:

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

- I. Se trate de delito grave así calificado por la ley.
- 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 inculcado, a sus antecedentes penales, a sus posibilidades de ocultarse, a ser sorprendido al tratar de abandonar el ámbito territorial de jurisdicción de la autoridad

⁹⁸ Diario Oficial de la Federación 10 de enero de 1994.

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 ordenara la detención en caso urgente, por escrito, fundando y expresando los indicios que acrediten los requisitos mencionados en las fracciones anteriores.

Salvo que el individuo se encuentre en presencia del Ministerio Público, las demás detenciones serán ejecutadas por la policía judicial, la que deberá sin dilación alguna poner al detenido a disposición del Ministerio Público.

Para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, se clasifican como delitos graves, La tentativa punible de los ilícitos penales mencionados en el párrafo anterior, también se califica como delito grave.”⁹⁹

La reforma de 1996, da todavía mayor claridad a los supuestos a que hace alusión el artículo 268, al cambiar la redacción de algunas oraciones.

⁹⁹ Diario Oficial de la Federación 13 de mayo de 1996

3.2.1. - EL DELITO GRAVE.

Antes de entrar al estudio de lo que ahora son "delitos graves", diremos en principio que delito para el código penal en el Distrito Federal es:

"El acto u omisión que sancionan las leyes penales"

Otros autores señalan que delito es la **"acción u omisión ilícita y culpable expresamente descrita por la ley bajo la amenaza de una pena o sanción criminal."** ¹⁰⁰

Podemos observar, que para que estemos ante la figura del delito es necesario que ese actuar del individuo debe

¹⁰⁰ Instituto de Investigaciones Jurídicas "Diccionario jurídico Mexicano, D-H", México, Editorial Porrúa, Segunda Edición, 1987, Pag. 868

ser ilícito y además estar descrita en la ley respectiva, la cual traiga aparejada una sanción.

“Delito. Acto u omisión que sancionan las leyes penales. Acción punible entendida como el conjunto de los presupuestos de la pena. Infracción culpable de la norma penal. Su concepto ha variado según la doctrina y las legislaciones.” ¹⁰¹

Por tanto, para que se pueda contemplar una conducta como delito, hemos visto que debe estar prevista como tal en la ley respectiva.

Una vez que tenemos una idea poco más precisa de lo que es delito, ya que no entraremos con detalle porque no es materia de nuestro tema, pasaremos pues sobre el asunto de la clasificación de los delitos graves, tendremos entonces lo siguiente:

“Los delitos se agrupan en la parte especial de los códigos penales de acuerdo al bien jurídico que ofenden,

¹⁰¹ Opere citato. Díaz de León, Marco Antonio. : “Diccionario de Derecho...”, Pag. 641

esto es, al correspondiente interés de la vida colectiva protegido por la ley penal.”¹⁰²

Efectivamente, en cada época y en cada sociedad, han existido diversas formas de clasificación de los delitos, es por eso que algunos son considerados más importantes que otros, como ya se ha mencionado por el bien jurídico que tutela, es decir, que en cada etapa de la historia de una nación, van a existir delitos que se van a presentar con más frecuencia que otros y en razón de esto, es por lo que se consideran de mayor importancia o jerarquía, en virtud de diversos fenómenos sociológicos.

Enfocándonos un poco más sobre los delitos graves, tendremos que como antecedente más cercano a lo que es delito grave es lo preceptuado por el último párrafo del artículo 108 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos

Como lo hemos dicho en reiteradas ocasiones, tal concepto de “delito grave”, es de reciente creación, gracias a la reforma constitucional y posteriormente a las modificaciones realizadas al Código adjetivo de la materia para el Distrito Federal.

¹⁰² Loco citato. Instituto de Investigaciones Jurídicas. : “Diccionario Jurídico...”

Antes no existía y para eso transcribiremos lo señalado por la Constitución vigente en el año de 1992.

Artículo 20 Constitucional. – “En todo juicio del orden criminal, tendrá el acusado las siguientes garantías:

I. – Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad provisional bajo caución, que fijara el juzgador, tomando en cuenta sus circunstancias personales y la gravedad del delito que se le impute. Siempre que dicho delito, incluyendo sus modalidades, merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva, a disposición de la autoridad judicial, u otorgar otra caución bastante para asegurarla, bajo la responsabilidad del juzgador en su aceptación...”

De lo anteriormente expuesto deducimos que, solo existía la clasificación de delitos que se perseguían de oficio y los que se perseguían por querrela; Pero además existía una clasificación de que no rebasaran la penalidad del término medio aritmético de cinco años, para que pudieran tener el beneficio de la libertad caucional aquellos presuntos delincuentes que

cometieran algún hecho delictuoso; Podríamos decir que fue el antecedente de lo que ahora llamamos delitos graves, pero como lo decía un autor de la materia, "que acaso no todos los delitos por quien los sufre son graves."

Los delitos que rebasaban el término medio aritmético, eran lo que para los legisladores en ese momento histórico, consideraban que tutelaban bienes jurídicos más importantes que los que no rebasaban este supuesto.

Con las reformas sobre la clasificación de los delitos, el artículo 20 Constitucional tiene el siguiente texto:

Artículo 20 constitucional. – En todo proceso del orden penal tendrá el inculpado las siguientes garantías:

I. – Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando se garantice el monto estimado de la reparación del daño y de las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponerse al inculpado y no se trate de delitos en que por su gravedad la ley expresamente prohíba conceder este beneficio." ¹⁰³

¹⁰³ Diario Oficial de la Federación 3 de septiembre de 1993

Tenemos pues que muchos de los delitos ahora contemplados como graves, antes para el legislador no tenían tal significación como por ejemplo:

“Cabe destacar que los casos de robo cometido por dos o más sujetos, mediante la violencia, acechanza u otras circunstancias que disminuyan la posibilidad de defensa de la víctima será sancionado como delito grave.” ¹⁰⁴

Este nuevo supuesto, se da en virtud de que en la actualidad sucede con mucha frecuencia y por eso hay que imponer penas más severas a fin de que los posibles infractores, antes de cometer tal hecho, lo consideren en virtud de la penalidad.

“Asimismo, se considera como delito grave los casos en que se desmantele, traslade, custodie, enajene, detente o posea vehículos robados, o de cualquier manera se altere la documentación con la que se acredite su propiedad o identificación, lo cual permitirá al Ministerio Público

¹⁰⁴ Iniciativa de Reforma enviada por la Presidencia de la República para la modificación del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal página 21, las que serán publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994.

combatir de manera eficaz los mercados secundarios que surgen alrededor del robo de vehículos y autopartes.”¹⁰⁵

Uno de los mayores problemas que aqueja a nuestra ciudad es el de robo de vehículos, que como lo sabemos, representa un negocio bastante redituable y es considerado que es el más rentable después de los delitos contra la salud en cualquiera de sus modalidades, por lo tanto se busca la disminución de tales actos delictuosos para bajar los índices de delincuencia y que como lo hemos manifestado con anterioridad, los delitos serán graves de acuerdo a las circunstancias de tiempo y ocasión en cada sociedad, según el bien jurídico que se pretenda resguardar.

“Estos instrumentos jurídicos constituyen las herramientas indispensables del Ministerio Público para perseguir con mayor celeridad y eficacia a los delincuentes y, por ello, abatir la indignante impunidad que actualmente se vive en la capital del país. En efecto, la presente iniciativa tiene por objeto remover obstáculos para el debido ejercicio de las atribuciones de la autoridad persecutora de los delitos, a través de la actualización de los conceptos de flagrancia y

¹⁰⁵ Id.

caso urgente, previstos por el artículo 16 constitucional, a la realidad criminógena de la Ciudad de México.”¹⁰⁶

Por tanto, las modificaciones realizadas a las leyes en materia penal son para combatir y abatir la delincuencia.

Pasaremos pues a transcribir la lista de lo que ahora la sociedad considera que son delitos graves, haciendo hincapié en que se da tal visualización en razón de la época y circunstancias que atraviesa la sociedad.

“Para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, se clasifican como delitos graves los siguientes: homicidio por culpa grave previsto en el artículo 60, párrafo tercero; terrorismo, previsto en el artículo 139, párrafo primero; sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero; evasión de presos previsto en los artículos 150 y 152; ataques a las vías de comunicación previsto en los artículos 168 y 170; corrupción de menores previsto en el artículo 201; trata de personas previsto en el artículo 205 segundo párrafo; explotación del cuerpo de un menor de edad por medio de un comercio carnal previsto en el artículo 208; violación previsto

¹⁰⁶ Idem.

en los artículos 265, 266 y 266 bis; asalto previsto en el artículo 286 párrafo segundo y 287; homicidio previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315, 315 bis, 320 y 323; de secuestro previsto en el artículo 366 exceptuando el párrafo antepenúltimo; robo calificado previsto en los artículos 367 en relación con el 370 párrafos segundo y tercero, cuando además se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 377, 381 fracciones VIII, IX y X, y 381 bis; robo, previsto en el artículo 371, párrafo último; extorsión previsto en el artículo 390; y despojo, previsto en el artículo 395, último párrafo todos del Código Penal para el Distrito Federal en materia de fuero Común y para toda la república en materia de Fuero Federal. También lo será el delito de tortura, previsto en los artículos 3º y 5º de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura.” ¹⁰⁷

¹⁰⁷ Diario Oficial de la Federación 13 de mayo de 1996.

3.2.2. - LAS HORAS PARA OCURRIR AL PODER JUDICIAL

El supuesto de las horas para poder ocurrir ante la autoridad judicial, se da cuando se atraviesa fin de semana o día especial dentro del calendario de labores de la administración de justicia y por ese motivo no se podía ocurrir ante la autoridad judicial y solicitar la debida orden de aprehensión.

Es por eso que pasa a ser un elemento para poder detener a una persona.

El código de procedimientos penales vigente en el año de 1992 su artículo 268 tenía la siguiente redacción:

Artículo 268. – **“Se entiende que no hay autoridad judicial en el lugar y existe notoria urgencia para la**

aprehensión del delincuente: cuando por la hora o por la distancia del lugar en que se practica la detención, no hay ninguna autoridad judicial que pueda expedir la orden correspondiente...”

Tal enunciado, es indispensable para que se pueda actuar de manera inmediata contra el presunto responsable de un hecho delictuoso, ya que si no se contemplara tal supuesto, nos podríamos imaginar que consecuencias jurídicas tan graves acarrearía, ya que la operación de los delincuentes se da a cualquier hora y en cualquier lugar.

Si tuviésemos que esperar a que la autoridad judicial emitiera la correspondiente orden de aprehensión, tendríamos por seguro que ningún delincuente pudiéramos detener ya que se habría evadido de la acción de la justicia aprovechando esta puerta que la ley le daría.

Con las reformas, ahora el enunciado quedo de la siguiente forma:

Artículo 268. – “Habrá caso urgente cuando:

- a) Se trate de delito grave así calificado por la ley.**

- b) Que exista riesgo fundado de que el indicado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y**
- c) Que el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar u otras circunstancias.” ¹⁰⁸**

Ahora encontramos que el Ministerio Público no solamente no pueda ocurrir ante la autoridad judicial solamente por la hora sino que también por el lugar o cualquier otra circunstancia que pudiera presentarse.

En fin, resulta pues que es indispensable que tal enunciado aparezca ya que si no trajese un caos jurídico en el ámbito penal del cual no pudiéramos salir, y estaríamos en una situación mas crítica de la cual nos encontramos ahora.

¹⁰⁸ Diario Oficial de la Federación 13 de mayo de 1996.

3.2.3. - EL TEMOR DE QUE SE PUEDA SUSTRAR A LA ACCIÓN DE LA JUSTICIA.

“La presente iniciativa propone una modificación al artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, a fin de que se determine expresamente en la legislación secundaria que el riesgo fundado de sustraerse a la acción de la justicia, existirá no solo cuando el indiciado sea sorprendido tratando de abandonar el ámbito territorial de jurisdicción de la autoridad que conoce del hecho delictivo, sino también en atención a las circunstancias personales del inculpado, a sus antecedentes penales, a sus posibilidades de ocultarse o, en

general, a cualquier indicio que haga presumir fundadamente que pueda fácilmente evadir su detención.” ¹⁰⁹

Acertadamente, tales situaciones pueden presentarse después de haber cometido un hecho que la ley contemple como delito un individuo, y más aún si este sujeto ya ha tenido antecedentes penales, puede evadir la acción de la justicia ya que sabe el modo de proceder de la autoridad y por consiguiente, va a ser lo posible por no volver a caer en manos de la justicia.

La redacción del artículo 268 antes de las reformas era la siguiente:

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

¹⁰⁹ Iniciativa de Reforma enviada por la Presidencia de la República para la modificación del código de Procedimientos Penales del Distrito Federal Pag. 21 las que serán publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1994.

Observamos que tal supuesto era parte de la notoria urgencia, que queremos decir con esto, bueno resulta que ahora con la reforma, ésta disposición pasa a ser un elemento del caso urgente y proceda por parte del Ministerio Público emitir la orden de detención.

Para comprender mejor la exposición, transcribiremos el reformado artículo 268 a efecto de abundar más en nuestro comentario.

Artículo 268. – “Habrá caso urgente cuando:

- a) Se trate de delito grave así calificado por la ley.**
- b) Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y**
- c) Que el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancias.” ¹¹⁰**

Observamos que en efecto, tal supuesto es un requisito sin el cual no se puede acreditar el caso urgente, que

¹¹⁰ Diario Oficial de la Federación 10 de enero de 1994.

es indispensable para poder decretar la detención de un presunto delincuente.

3.3. - EL CASO DEL CRIMEN ORGANIZADO.

“Esta reforma penal se dirige esencialmente a combatir nuevas formas de delincuencia, nuevas formas de delincuencia dice la exposición de motivos, y aquí encontramos un principio de definición de lo que debe entenderse doctrinalmente como delincuencia organizada, nuevas formas de delincuencia con una organización compleja, altamente armadas, con una gran facilidad para la violencia y sobre todo con algo que no termina de asombrarme y de asombrarnos: con una gran capacidad para permear todo tipo de niveles sociales.” ¹¹¹

¹¹¹ Diario de Debates, Cámara de Diputados, diciembre 20, 1993, pagina 3492

En efecto, como lo hemos mencionado a lo largo de nuestro tema de análisis, la nueva forma de operar de la delincuencia en el ámbito nacional, cada día es más compleja, por lo tanto se requiere de leyes que se adapten a estas modalidades, para poderles hacer frente de una manera eficaz y en circunstancias de igualdad.

“Y hay algo que al respecto a mí me parece especialmente grave, y no solamente con lo que respecta a nuestra sociedad, sino entendido fenomenológicamente, la delincuencia organizada, esto es, el narcotráfico como la expresión más acabada de delincuencia organizada, vulnera, y esto nos debe llamar la atención a todos, independientemente de nuestras filas partidistas, los principios esenciales de nuestra sociedad y vulnera las cosas que mas queremos en la vida, fundamentalmente nuestros niños y nuestros jóvenes. ¹¹²

Podemos decir de lo anterior, que en el caso del narcotráfico, es el modelo de la delincuencia organizada, como todos sabemos, tiene una jerarquía y cada uno de sus miembros cumple con una función específica, esto es, que algunos se

¹¹² Ibid Pag. 3492-3493.

dedican a transportarla, otros a distribuirla, otros a venderla, y otros tantos a promocionarla, pero además existen otros que la cobran, y estos son los más peligrosos, otros la custodian, y otros se encargan de la administración del negocio, como si fuera realmente el organigrama de una empresa licita, el narcotráfico tiene sus operaciones de una manera muy disciplinada y organizada.

“Yo entiendo y comparto el punto de vista de que México tiene muchos problemas, problemas que son resultado, y es perogrullada decirlo, de la pobreza, que son el resultado del desempleo, que son resultado de la ignorancia y de la insalubridad. Eso es cierto, tenemos una suerte de problemas que tienen que ver con estas carencias.” ¹¹³

Los problemas que agobian al país, son el resultado de la nueva delincuencia organizada, por ende debemos de resolver los problemas más agobiantes para la sociedad, como los son los económicos y la falta de oportunidades para todos los individuos que conformamos la nación, ya que sin esto solo atacaremos el problema de manera deficiente y no de raíz.

¹¹³ Idem.

“Pero hay algo que es indiscutible: el narcotráfico es otra cosa, el narcotráfico es una tumoración que en una especie de metástasis esta lesionando, esta enviciando y pervirtiendo las bases mismas de nuestra sociedad.” ¹¹⁴

Pero no solamente el narcotráfico es un problema de inseguridad, existen otros como la industria del secuestro, el tráfico de órganos, el robo y posteriormente la venta de niños, el narcotráfico es un problema que nos aqueja a todos, pero es un problema más de conciencia que de seguridad nacional.

“Yo creo que aquí encontramos entonces el sustento central, esencial, vertebral, de la actual reforma penal que a esta Asamblea plenaria se propone” ¹¹⁵

Vemos entonces que uno de los pilares por los cuales se dio la reforma a la Constitución en materia de delincuencia organizada es el multicitado fenómeno delincencial del narcotráfico, trayendo como resultado nuevos supuestos jurídicos para poder hacer frente a esta nueva forma de operar de grupos altamente delictuosos.

¹¹⁴ Id.

¹¹⁵ Idem.

“El problema de la delincuencia organizada ha alcanzado en los últimos tiempos dimensiones muy importantes en México, especialmente en las acciones de narcotráfico en sus diversas fases de producción, distribución y consumo, con sus variados efectos sociales, económicos y políticos, efectos entre los cuales se da el de propiciar el aumento de las acciones ilícitas en otras líneas también gravemente afrentosas de la paz y seguridad sociales.” ¹¹⁶

El problema del narcotráfico visto como delincuencia organizada, ha rebasado por mucho las leyes del país y por consiguiente se ha tenido la necesidad de crear esta ley de la delincuencia organizada.

“Esa especie de delincuencia se ha convertido en un grave problema que obliga a analizarlo, evaluarlo y enfrentarlo en sus múltiples interacciones con máximo denuedo.” ¹¹⁷

La razón entonces para poder acabar con este delito tan particular y no afecte niveles más altos del país es combatiéndolo con herramientas adecuadas.

¹¹⁶ Ibid. Pag. 861.

¹¹⁷ Idem.

“1.3. - El gobierno mexicano ha concentrado y ampliado sus esfuerzos en los últimos años en su lucha contra ese mal que afecta a la sociedad en su conjunto, que, además de la dolorosa pérdida de muchas vidas humanas, entre las cuales están las de servidores públicos que colaboraban en ella, ha significado enormes gastos que representan un porcentaje muy considerable del presupuesto de la federación; también se ha incrementado la severidad en las sanciones penales y se han aplicado nuevos planes de lucha, de los cuales el más reciente ha sido la creación del Instituto Nacional para el Combate a las Drogas.”¹¹⁸

La Creación de este Instituto en un principio fue visto con buenos ojos, pero al paso del tiempo, su titular como todos sabemos al parecer, esta coludido con la delincuencia organizada.

“No obstante esa incesante batalla contra la delincuencia organizada, la detención de importantes jefes de ésta y el aseguramiento y decomiso de grandes cantidades de narcóticos y de bienes que surgen de sus actividades ilícitas, el fenómeno subsiste, pues han enraizado con

¹¹⁸ Id.

hondura grupos o bandas bien organizadas y, consecuentemente, cada vez con mayor capacidad de resistencia a los empeños del poder público contrarrestarlas.”¹¹⁹

El fenómeno se ha enraizado en virtud de que ha sobornado a parte del sistema de impartición de justicia y administración de justicia con sus respectivos auxiliares.

Por consiguiente el país ha caído en un gran bache de corrupción que alcanza todos los niveles.

“Por ello, el gobierno Federal busca nuevas directrices que enfoquen de modo integral el preocupante panorama de esa delincuencia, particularmente el narcotráfico, sin conformarse con solo agravar las sanciones penales existentes. Es decir, se plantea la necesidad de revisar y reorientar la actual estrategia político criminal, de suerte que abarque también los aspectos social, económico y financiero, para profundizar en el fenómeno de la demanda-oferta de la droga, de sus mercados y de sus efectos económicos, nacionales e internacionales, dado que se ha convertido en un problema del Estado y de responsabilidad mundial.”¹²⁰

¹¹⁹ Idem.

¹²⁰ Id.

Después de haber expuesto los fundamentos por los que se dio pauta para crear la Ley contra la delincuencia organizada pasaremos pues a tratar de explicar este nuevo concepto

Según el artículo 2º de la Ley Federal contra la delincuencia Organizada señala:

Artículo 2. – Cuando tres o más personas acuerden organizarse o se organicen para realizar, en forma permanente o reiterada, conductas que por sí o unidas a otras, tienen como fin o resultado cometer alguno o algunos de los delitos siguientes, serán sancionadas por ese solo hecho, como miembros de la delincuencia organizada...” ¹²¹

Otros manifiestan que:

“Delincuencia organizada. Es aquella donde tres o más personas se organizan bajo las reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento o reiterado o con fines predominantemente lucrativos algunos de los delitos señalados en el artículo 194 bis del cfpp. Al efecto la Constitución del país en el párrafo séptimo de su artículo 16 establece: “Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas,

¹²¹ Diario Oficial de la Federación 7 de noviembre de 1996.

plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.”¹²²

Por lo que podemos entender, estaremos ante la presencia de la delincuencia organizada cuando concurren los siguientes elementos:

1. Sean tres o más personas.
2. Se organicen bajo las reglas de disciplina y jerarquía.

Esta es la medula espinal del delito de delincuencia organizada, ya que si esta característica, no estaríamos hablando de tal fenómeno y encuadraríamos otro, muy parecido que es el de la asociación delictuosa.

En efecto, podemos decir que esta es la diferencia esencial entre los dos delitos, por lo que debemos de ser muy cautelosos y no confundirnos.

3. Para cometer de modo:

- Violento o,

¹²² Opere Citato. Díaz de León, Marco Antonio. : “Diccionario de Derecho Procesal Penal...” Pag. 638

- Reiterado o,
- Con fines predominantemente lucrativos.

Algunos de los delitos enumerados en el artículo 194 bis del Código Federal de Procedimientos Penales.

“Por su lado el cfpp establece: Artículo 194 Bis. – “En los casos de delito flagrante y en los urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenar su libertad o ponerle a disposición de autoridad judicial. Este plazo podrá duplicarse en los casos de delincuencia organizada, que serán aquellos en los que tres o más personas que se organizan bajo las reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento y reiterado o con fines predominantemente lucrativos algunos de los delitos previstos en los siguientes artículos del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero Común y para toda la República en materia del Fuero Federal; terrorismo previsto en el artículo 139 párrafo primero; sabotaje previsto en el artículo 140 párrafo primero; piratería previsto en los artículos 146 y 147; evasión de presos previsto en los artículos 150 y

152; ataque a las vías de comunicación previsto en los artículos 168 y 170; uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo previsto en el artículo 172 bis párrafo tercero; contra la salud previstos en los artículos 194, 195 párrafo primero, 196 bis, 198 parte primera de su párrafo tercero; trata de personas prevista en el artículo 205 segundo párrafo; explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal previsto en el artículo 208; falsificación o alteración de moneda previsto en los artículos 234, 236 y 237; de violación previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis; asalto en carreteras o caminos previstos en el artículo 286; homicidio previsto en el artículo 302 con relación al 307, 315 y 320; secuestro previsto en el artículo 366 fracciones I al VI exceptuándose los párrafos antepenúltimo y penúltimo; robo calificado previsto en el artículo 370 párrafo segundo y tercero cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381 fracciones IX y X, 381 bis; extorsión previsto en el artículo 390; así como los previstos en los artículos 83 fracción III, 83 bis, exceptuado sables, bayonetas y lanzas y 84 de la Ley federal de Armas

de fuego y Explosivos; tortura, previsto en los artículos 3º y 5º de la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura; el de tráfico de indocumentados previsto en el artículo 138 de la Ley General de Población; y los previstos en los artículos 104 fracciones II y III, último párrafo, 105 fracción IV y 115 bis del Código Fiscal de la Federación.”¹²³

Tenemos entonces que para combatir a la delincuencia organizada el 7 de noviembre de 1996 sale publicado en el Diario Oficial de la Federación la Ley Federal contra la delincuencia organizada, en la que tiene algunos puntos que realmente merecen ser comentados:

El último párrafo del artículo 3º dice:

Artículo 3. - “En todos los casos a que este artículo se refiere, además, se decomisaran los objetos, instrumentos o productos del delito, así como los bienes propiedad del sentenciado y aquellos respecto de los cuales éste se conduzca como dueño, si no acredita la legítima procedencia de dichos bienes.”¹²⁴

¹²³ Ibid. Pag 638-639.

¹²⁴ Diario Oficial de la Federación 7 de noviembre de 1996.

Como podemos observar en este tipo de delitos como el de narcotráfico, los verdaderos dueños de las propiedades producto de tal ilícito nunca ponen a su nombre todas sus fortunas sino que utilizan prestanombres para tal efecto y así al momento de ser capturados siguen gozando de sus riquezas.

El artículo 8. – “La Procuraduría General de la República deberá contar con una unidad especializada en la investigación y persecución de delitos cometidos por miembros de la delincuencia organizada, integrada por agentes del Ministerio Público de la Federación, auxiliados por agentes de la Policía Judicial Federal y peritos...” ¹²⁵

Se da el fundamento para que se nazca una unidad que se va a encargar específicamente de perseguir este delito de la delincuencia organizada.

Artículo 8. - párrafo segundo “... La unidad especializada contara con un cuerpo técnico de control, que en las intervenciones de comunicaciones privadas verificara la autenticidad de sus resultados; establecerá lineamientos sobre

¹²⁵ Diario Oficial de la Federación 7 de noviembre de 1996

las características de los aparatos, equipos y sistemas a autorizar; así como sobre la guarda, conservación, mantenimiento y uso de los mismos.” ¹²⁶

Este supuesto en relación con el artículo 16 de la misma ley, permite que se podrá intervenir comunicaciones privadas que realicen los miembros de alguna banda de delincuencia organizada y así poder lograr su detención.

Al principio se mostraron renuentes algunos críticos de esta ley, que con tal disposición, ya que según argumentaban que se violaban garantías constitucionales, más sin embargo gracias a tal disposición se pudo detener a un peligroso delincuente que se dedicaba al secuestro llamado DANIEL ARIZMENDI LOPEZ

Él artículo 14 de la citada ley tiene un aspecto trascendente, y señala:

Artículo 14. – Cuando se presuma fundadamente que está en riesgo la integridad de las personas que rindan testimonio de algún miembro de la delincuencia organizada deberá, a su juicio del Ministerio Público de la federación,

¹²⁶ Diario Oficial de la Federación 7 de noviembre de 1996.

mantenerse bajo reserva su identidad hasta el ejercicio de la acción penal.”¹²⁷

De lo precedente comentamos que de alguna manera se contempla la figura del anonimato, para que se pueda lograr el ejercicio de la acción penal en contra de algún inculpado de la delincuencia organizada, ya que como sabemos, estamos frente a una delincuencia que es bastante violenta y no tiene ningún miramiento en su forma de solucionar los problemas que se le pudieran presentar.

El artículo 34. – “La Procuraduría General de la República presentara apoyo y protección suficientes a jueces, peritos, testigos, víctimas y demás personas, cuando por su intervención en un procedimiento penal sobre delitos a que se refiere esta ley, así se requiera.”¹²⁸

Esta es una buena medida contemplada por tal ley, ya que como sabemos, en el caso de los testigos que pudieran aportar elementos probatorios de mucha importancia, la mayoría de las veces no se atreve a declarar en contra de estos delincuentes en virtud de que como lo mencionamos con

¹²⁷ Diario Oficial de la Federación 7 de noviembre de 1996.

¹²⁸ Diario Oficial de la Federación 7 de noviembre de 1996.

anterioridad, no tienen ningún miramiento para solucionar los problemas que pudieran afectarles y poner en riesgo sus operaciones ilícitas.

Artículo 35. – “El miembro de la delincuencia organizada que preste ayuda eficaz para la investigación y persecución de otros miembros de la misma, podrá recibir los siguientes beneficios: ...” ¹²⁹

De nueva cuenta, este supuesto de alguna manera incita a que un miembro de la delincuencia organizada participe para la debida integración de la averiguación previa, y que este reciba beneficios por tal disposición, consideramos que es una medida acertada para que los detenidos por tal delito participen en el esclarecimiento de los modos de operar de su grupo delictivo.

¹²⁹ Id.

CAPITULO 4. -

DEL AUTO DE RATIFICACION DE LA RETENCIÓN.

Este último capítulo, estudiaremos el auto de ratificación de la retención, empezando primeramente por analizar la detención por flagrante delito y sus antecedentes.

Posteriormente veremos como se decreta la retención y que no hay un artículo claro sobre tal aspecto.

Los requisitos legales para ratificarla solamente hay uno, un artículo expreso y es el 267 del Código adjetivo de la materia para el Distrito Federal,

Luego pasaremos pues, a analizar la ratificación frente a la garantía de libertad deambulatoria, como bien jurídicamente protegido y el más valioso en la actualidad, ya que

en México no existe la pena de muerte y por eso lo consideramos así.

Al final propondremos algunas ideas para una mejor adecuación e interpretación del citado artículo.

4.1. - LA DETENCIÓN POR FLAGRANTE DELITO.

Como en los temas anteriores así como sus respectivos incisos, primeramente trataremos de entender el concepto de: "flagrante delito", para después poder entrar al estudio propiamente de lo que es la detención por flagrante delito.

Ahora pasaremos a describir una breve semblanza de lo que es la flagrancia.

"La locución flagrancia viene de flagrar, que significa arder, llamear, y de ahí se deriva que en el derecho romano se constituyera el flagrum, que era un instrumento de suplicio para la flagelación impuesta como pena, que producía al que la sufría algo así como quemaduras, y estaba formado por dos correas que llevaban en los extremos dos

bolas de plomo. De todo esto y a través de diversos significados que en el medioevo se fue dando a la flagrancia, (después de la extinción del imperio romano), principalmente en las legislaciones germánicas, como, v. gr., el derecho visigótico, la misma aparece en nuestro derecho para denotar algo tan evidente como el fuego, como lo es el sorprender a alguien en el preciso momento de cometer un delito, y es por ello podemos decir que quien comete delito y es sorprendido en el acto de realizarlo “se quema”, por ser esto tan claro y perceptible como la llama que arde; por tanto, procesalmente hablando, “flagrancia” significa la circunstancia de sorprender a alguien cometiendo un delito.” ¹³⁰

Nos podemos percatar de que la palabra flagrancia tiene sus antecedentes en Roma y que con el devenir del tiempo de ser una forma de tortura, flagelación, paso a ser un concepto jurídico el que significa: sorprender a un sujeto ejecutando algún hecho delictivo.

“Llámesese delito flagrante a aquel cuyo autor es sorprendido en el momento mismo de cometerlo. Flagrar (del

¹³⁰ Op. . Cit. Díaz de León, Marco Antonio: “Diccionario de Derecho...” pag. 891

latín: *flagrare*) significa arder o resplandecer como fuego o llama, de manera que, etimológicamente, el término delito flagrante se refiere al hecho vivo y palpitante, resplandeciente, cuya observación convence al testigo de que está presenciando la comisión de un delito.”¹³¹

Podemos deducir por tal motivo que, delito flagrante es: percatarnos a través de nuestros sentidos de que se está cometiendo un hecho que sanciona la norma penal y que de acuerdo a lo ordenado por la Constitución, nosotros mismos podemos realizar la detención de quien lo está ejecutando.

No tiene caso de que entremos al estudio de lo que es delito, ya que en el capítulo anterior abordamos tal concepto por tanto solamente recordaremos que para nuestro derecho penal vigente es el acto u omisión que sancionan las leyes penales.

“Sin embargo, por extinción, ahora el vocablo flagrancia también sirve para denotar no solo el hecho de sorprender al inculcado al momento en que está cometiendo el delito y es, normalmente capturado en el mismo, sino,

¹³¹ Zamora Pierce, Jesús: “Garantías y Proceso Penal”. México, Editorial Porrúa, Octava Edición, 1996. pag. 20

también, al momento en que es inmediatamente perseguido después de realizarlo y, aún más, la circunstancia de ser señalado como responsable de tal transgresión a la ley, como responsable de ella, por encontrársele en su poder el objetivo material del delito, el instrumento con que se hubiera cometido o bien huellas, o indicios que hagan presumir fundadamente su intervención en la comisión del delito.”¹³²

Igualmente, como su antecedente, ahora la flagrancia para nuestro derecho positivo, ha evolucionado y tenemos que la palabra flagrancia especialmente para nuestro Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, va a encontrar diversas modalidades en su forma de actualizarse, pero siempre respondiendo a un mismo concepto, el cual es, tener certidumbre para imputarle a alguna persona algún hecho delictuoso y poderlo detener, sin necesidad de tener previamente una orden judicial.

Por lo tanto veremos que la flagrancia se encuentra contemplada en nuestra carta magna de una manera muy sui generis.

¹³² Loc. Cit. Díaz de León, Marco Antonio: “Diccionario de...”

“La regla general establecida por el artículo 16 de la Constitución, conforme a la cual solo puede privarse de la libertad a una persona por orden de la autoridad judicial, encuentra en el propio artículo una primera excepción, pues, “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”.¹³³

En efecto, observamos que cualquier persona puede detener al sujeto que sea sorprendido en delito flagrante.

Antes de la reforma de tres de septiembre de 1993, se contemplaba la flagrancia de una manera muy vaga, sin una precisión, con la reforma tenemos que:

“Artículo 16... En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y esta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público.”¹³⁴

De lo arriba inmediato señalado, exponemos que cualquier persona puede detener al indiciado en casos de delito

¹³³ Loco citato. Zamora Pierce, Jesús; “Garantías y...”

¹³⁴ Opere Citato. Diario Oficial de la Federación 3 de septiembre de 1993

flagrante, poniéndolo inmediatamente a disposición de una autoridad y si esta es distinta a la competente, pues ésta tiene la obligación de ponerla a disposición del Ministerio Público investigador.

Tenemos entonces que **“El propio constituyente limita esta intervención del particular en el campo de las funciones autoritarias, ordenándole que ponga al detenido, sin demora, a la disposición de la autoridad inmediata. Es decir, que sin tardanza, sin dilación, sin detenerse, haga entrega a la autoridad más cercana, cualquiera que ésta sea. “Si por venganza, odio o cualquier otra motivación, el particular retuviera en su poder, sin entregar inmediatamente a la autoridad, a las personas detenidas infraganti, su conducta es encuadrable en la fracción I del artículo 364, habida cuenta de que, a partir del instante que pudo y debió ponerlas a disposición de la autoridad, las retiene y, por tanto, detiene, ilegalmente,”** ¹³⁵

De no acatar debidamente lo dispuesto por la norma constitucional, caeríamos en el supuesto del delito de

¹³⁵ Loc. Cit. Zamora Pierce, Jesús: “Garantías y...”

privación ilegal de la libertad, ya que la constitución nos da la facultad de que en los casos de flagrancia, el particular puede detener al indiciado, esto con la finalidad de que no se sustraiga a la acción de la justicia.

Pero si la detenemos más tiempo del que nos es permitido violaríamos las disposiciones legales, trayendo como consecuencia lógica el quebrantamiento del estado de derecho impuesto a través de la Constitución Política.

“El constituyente es de opinión que la flagrancia nos impone de tal forma la evidente culpabilidad del sujeto, que autoriza el rompimiento de la regla general y, sin esperar a la orden judicial, permite que lo detenga cualquier persona. En tan amplio concepto quedan comprendidos, desde luego, el Ministerio Público y los funcionarios encargados de practicar diligencias de policía judicial (CFPP, 123), pero también cualquier otra autoridad e incluso los particulares. Lo extraordinario de autorizar a un particular para que detenga a otro resultará evidente si recordamos que, fuera de este hipótesis de excepción, esa

conducta resultaría sancionable como delito de privación de libertad (CP, 364, I).”¹³⁶

Tal precepto, marca, un estado de excepción, ya que como acertadamente se menciona, se tiene una fuerte evidencia de que al detenido en flagrancia es responsable de ese hecho delictuoso, por tanto es deteniendo.

“De esta manera el artículo 16 constitucional, en su párrafo cuarto, establece que 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.”¹³⁷

Vemos que la Constitución vigente, da las bases para poder proceder a lo que es la detención por delito flagrante

“El dictado constitucional no constituye una excepción al principio de legalidad; la autorización de aprehender al ciudadano en flagrante realización de una conducta delictiva, si está establecido en ley; lo consagra el

¹³⁶ Idem.

¹³⁷ Loco Citato. Díaz de León, Marco Antonio: “Diccionario...”

precepto del Código Político que se comenta, de tal forma que se respeta el principio de legalidad.”¹³⁸

Efectivamente, los requisitos señalados por el artículo 16 de nuestra Carta Magna, indican pasos a seguir para la flagrancia, los cuales si no los violentamos, tampoco lo hacemos para con el principio de legalidad.

“Sin embargo, esta disposición del constituyente es una excepción al principio de seguridad jurídica; porque se autoriza la privación de la libertad de quien desarrolla la conducta delictiva, sin que exista legalmente acto de autoridad competente; e incluso puede practicarse por los particulares.”¹³⁹

Volvemos a insistir que se da un estado de excepción a lo ordenado por la Constitución.

El diez de enero de mil novecientos noventa y cuatro se publica en el Diario Oficial de la federación la modificación al artículo 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en dicho concepto, se ampliaron los casos

¹³⁸ Mancilla Ovando, Jorge Alberto: “Las garantías individuales y su aplicación en el proceso penal” Estudio Constitucional del Proceso Penal, México, Editorial Porrúa, Quinta Edición, 1993, pag. 79

¹³⁹ Id.

en los que se puede encuadrar la figura, dando mayor solidez a las actuaciones del Ministerio público para poder detener al presunto responsable que se encuentre en esta situación y como lo hemos manifestado en reiteradas ocasiones y son el punto medular de las reformas constitucionales, dar una mejor instrumentación contra la lucha de la delincuencia creciente en nuestro país.

“Artículo 267. Se entiende que existe delito flagrante, no sólo cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo, sino cuando, después de ejecutado el hecho delictuoso, el inculpaado es perseguido materialmente o cuando en el momento de haberlo cometido, alguien lo señala como responsable del mismo delito, y se encuentra en su poder el objeto del mismo, el instrumento con que aparezca cometido o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su culpabilidad.

En esos casos el Ministerio Público iniciará desde luego la averiguación previa y bajo su responsabilidad, según decretará la retención del indiciado si están satisfechos los requisitos de procedibilidad y el delito merezca pena

privativa de libertad o bien ordenara la libertad del detenido, cuando la sanción sea no privativa de libertad, o bien, alternativa.” ¹⁴⁰

Respecto del multicitado tema se tiene los siguientes comentarios.

“El concepto actual de flagrancia sólo permite la detención de una persona en el momento de estar cometiendo el delito, cuando es perseguido materialmente o bien, cuando se le señala como responsable de su comisión en el momento de realizarlo y se encuentra en su poder el objeto del mismo, el instrumento con que aparezca cometido o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su culpabilidad.” ¹⁴¹

En efecto, tal supuesto encuadra los diversos tipos de flagrancia que son:

- a) Detener a una persona en el momento de estar cometiendo el delito, conocido como flagrancia.

¹⁴⁰ Loc. cit. Diario Oficial de la Federación 10 de enero de 1994.

¹⁴¹ Op. cit. Iniciativa de reforma enviada por la Presidencia de la República para la modificación al Código de Procedimientos Penales... pag. 19

b) Después de ejecutado es perseguido materialmente, llamada tal hipótesis cuasiflagrancia.

c) O, en el momento de haber cometido el acto delictuoso y alguna persona lo señala como responsable de la comisión del delito y:

- Se encuentra en su poder el objeto del delito.
- El instrumento con que aparezca cometido.
- Huellas.
- O indicios que hagan presumir fundadamente su culpabilidad.

Este supuesto sería flagrancia de la prueba.

“Este concepto no abarca otros casos de flagrancia en los que el probable responsable es plenamente identificado por la víctima del delito, algún testigo presencial de los hechos o, incluso, por quién hubiese participado con él en su ejecución, aún después de su comisión y dentro de un plazo establecido por la ley. Por ello, frecuentemente, a pesar de que el Agente del Ministerio Público recabe las

pruebas y huellas suficientes en corto tiempo, se encuentra impedido para detener rápidamente al probable responsable, el que muy posiblemente aprovechará esta circunstancia para deshacerse de los objetos producto del delito o instrumentos con los que lo haya cometido.” ¹⁴²

Tal situación dejaba imposibilitado al Ministerio Público para actuar con mayor eficacia en dichos supuestos y que estos nuevos supuestos traerían grandes beneficios en la actuación del Ministerio Público indagador.

“Por lo anterior, resulta claro que el concepto actual de flagrancia constituye un obstáculo para que el Ministerio Público actúe con mayor celeridad en la captura de los delincuentes.” ¹⁴³

Por este motivo, en algunos casos, se tenía que dejar en libertad al detenido en virtud de que no se contemplaban las nuevas figuras mencionadas con antelación.

“Cabe destacar que las legislaciones penales de otros países cuyos niveles de incidencia delictiva incluso son menores a los de nuestro país, contemplan dentro del

¹⁴² Ibid. Págs. 19-20

¹⁴³ Idcm.

concepto de flagrancia la facultad de la autoridad para detener a una persona aún después de cometido el delito, pero dentro de un plazo razonable posterior a su ejecución y bajo determinadas condiciones que garantizan el respeto a las garantías del individuo.”¹⁴⁴

De lo anterior, resulta que con esta nueva figura se da más posibilidad al Ministerio Público para detener a una persona aún después de haber cometido el delito.

Tal situación provoca que ésta nueva hipótesis fuera contemplada, trayendo beneficios para la figura de la flagrancia ya que como hemos dicho se da más amplio margen de maniobrabilidad al Agente del Ministerio Público investigador.

“Por lo anterior, la iniciativa propone ampliar el concepto de flagrancia contenido en el artículo 267 del código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, para que, dentro del periodo de setenta y dos horas a partir de la comisión del delito, siempre que se hubiera iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiese interrumpido la persecución del delito, cualquier persona se encuentre en posibilidad de efectuar la detención del probable responsable

¹⁴⁴ Id.

y ponerlo inmediatamente a disposición de la autoridad más cercana y ésta, con la misma celeridad, ante el Ministerio Público.” ¹⁴⁵

El hecho de introducir un plazo concreto de setenta y dos horas da un mayor seguridad jurídica para todos los participantes del procedimiento de averiguación previa, ya que las palabras que generalmente se usan como “con prontitud” o “inmediatamente”, lo único que generan es confusión y una mala interpretación de los preceptos legales, considero que es una buena medida el establecer un plazo concreto.

“C) Con estricto apego a las previsiones constitucionales, la iniciativa procura llevar a cabo la averiguación previa con detenido únicamente cuando se trata de “delito flagrante” o de “caso urgente”. A esta exigencia responde la propuesta de reforma a los artículos 266, 267, y 268. El artículo 267 describe lo que debe de entenderse por delito flagrante y permite distinguir también lo que doctrinariamente se llama “cuasiflagrancia” y “presunción de flagrancia”, junto a los que es la “flagrancia propiamente dicha; además precisa que el Ministerio Público, en esos

¹⁴⁵ Idem.

casos, iniciara desde luego la averiguación previa y, bajo su responsabilidad, decretara la retención del indiciado si procede, caso contrario ordenara la libertad del detenido.”¹⁴⁶

Efectivamente, dichas reformas a la flagrancia entraron en vigor a partir de trece de mayo de mil novecientos noventa y seis.

El artículo 267 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal dice:

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

“Se equipara a la existencia de delito flagrante cuando la persona es señalada como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos, o quién 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,

¹⁴⁶ Opere Citato. Diario de Debates, Cámara de Diputados, pag. 2568

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.”¹⁴⁷

Por tanto desglosando el párrafo que habla de la equiparación del delito de flagrancia se tendrá que:

Se va equipara el delito flagrante cuando:

- a) la persona es señalada como responsable por la víctima,
- b) o señalada por algún testigo presencial de los hechos,
- c) O quien hubiera participado con tal sujeto en la comisión del delito.

Nuevos supuestos que indudablemente traerán grandes beneficios para la actuación del Ministerio Público investigador y que permiten que las personas relacionadas con la lista precedente aporten datos suficientes para la captura de los indiciados.

Debemos de tomar en cuenta que para que proceda tal situación, se reunirán los siguientes requisitos:

¹⁴⁷ Diario Oficial de la Federación 13 de mayo de 1996.

- Estemos en presencia de un delito grave así valorado por la ley de la materia.
- No haya transcurrido plazo de setenta y dos horas desde el momento de haberse cometido el delito.
- Haberse iniciado la indagatoria correspondiente.
- Y no se haya interrumpido la persecución del delito.

A mayor abundamiento transcribiremos algunas tesis aisladas emitidas por nuestros tribunales federales a efecto de aclarar más este nuevo panorama sobre la flagrancia.

“DETENCIÓN EN FLAGRANTE DELITO. ES INTRASCENDENTE QUE EL SUJETO ACTIVO DECIDIERA NO HUIR.

La detención del activo en flagrante delito no requiere que éste se abstenga de huir, pues precisamente por haber sido sorprendido en la comisión del ilícito resulta evidente que no lo efectúo porque la detención hizo prácticamente imposible que se diera a la fuga, como sucede si en la detención de aquel intervinieron elementos de la policía, pues la flagrancia en la detención no se destruye por

el hecho de que el delincuente voluntariamente se haya puesto a disposición de la autoridad.”¹⁴⁸

Aquí nos encontramos con que el indicado al momento de ser detenido es sorprendido en flagrancia y en virtud de no haber tenido la oportunidad para poder evadir la acción de la justicia, encontrándonos frente a un caso típico de flagrancia.

“FLAGRANCIA. CUANDO PUEDE HABLARSE DE (DELITOS PERMANENTES).

Si bien es cierto que los quejosos fueron detenidos sin que en su contra existiera orden de aprehensión al respecto, también lo es que el ilícito que se imputa a aquellos consiste en el de secuestro, mismo que trajo como consecuencia la persecución constante y permanente para la localización y detención de los probables responsables, lo que implica que se condiciona al haberse efectuado en flagrancia la comisión de tal ilícito si se toma en cuenta que se trata de un delito permanente.”¹⁴⁹

Aquí observamos, que se sigue con el espíritu de las reformas que se hicieron para el Código de Procedimientos

¹⁴⁸ Novena Epoca, Semanario Judicial de la Federación, Tomo IV, Septiembre de 1996, Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, Amparo en Revisión 325/96. Andrés Ramírez Hernández. 21 de agosto de 1996. Unanimidad de Votos. Ponente: Clementina Ramírez Moguel Goyzueta.

¹⁴⁹ Novena Epoca, Semanario Judicial de la Federación, Tomo VI, Octubre de 1996, Tribunal Colegiado en materia Penal del Séptimo Circuito, Amparo en Revisión 130/96., Cecilia, Cecilio y Manuel de Jesús Puón Aguilar. 5 de septiembre de 1996. Unanimidad de Votos. Ponente: Vicente Salazar Vera.

Penales para el Distrito Federal, la cual de no haberse contemplado hubiera sido imposible la detención de estos delincuentes.

“FLAGRANCIA, LA PERSECUCIÓN MATERIAL DEL DETENIDO EN, NO NECESARIAMENTE DEBE REALIZARSE POR AUTORIDADES (LEGISLACION DEL ESTADO DE PUEBLA).

De la recta interpretación del artículo 67 del código de Procedimientos en materia de Defensa Social para el Estado de Puebla, se deduce que dicha disposición establece tres supuestos de flagrancia, consistentes en: 1. – Cuando el indiciado es detenido en el momento de estar cometiendo el delito, o inmediatamente después de ejecutado el hecho delictuoso, si: 2). – Es perseguido materialmente; y, 3). – Alguien lo señala como responsable y se encuentra en su poder el objeto del delito, el instrumento con que aparezca cometido, o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su intervención en el ilícito; por tanto, si la detención del indiciado se realiza con motivo de la persecución material efectuada por la agraviada, auxiliada por elementos policiacos, tal detención no es violatoria de garantías individuales, máxime que el precepto legal mencionado establece: “En los casos de delito flagrante, toda 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.”¹⁵⁰

En efecto, lo señalado categóricamente por nuestra Carta Magna, da la posibilidad de que cualquier persona pueda detener a un presunto delincuente.

“FLAGRANCIA EN EL DELITO (INTERPRETACION DEL ARTICULO 69 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DE GUERRERO).

Existe flagrancia cuando la víctima del delito de violación identifica al sujeto activo en momentos posteriores a la consumación del delito y en un lapso cuya proximidad al de la detención no es remoto por acontecer antes de un día, y existen huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su culpabilidad; ello de conformidad con el artículo 69 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guerrero, pues por la locución “inmediatamente” después de haberlo cometido, alguien lo señala como responsable y se encuentran huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su culpabilidad, debe entenderse, referida a aquello que está cercano en el tiempo o en el espacio, máxime que este tipo de ilícitos (violación), en su generalidad, son de realización oculta y, por consiguiente, en

¹⁵⁰ Novena Epoca. Semanario Judicial de la Federación, Tomo IV, Noviembre de 1996 Segundo Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. Amparo en Revisión 500/96. Humberto Valdez Tlahuiz. 9 de octubre de 1996. Unanimidad de Votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel.

ausencia de personas que auxilien con prontitud a la víctima y procedan a la detención del sujeto activo.”¹⁵¹

En efecto, vemos que el sentido de esta tesis nos muestra, que si se encuentran satisfechos los requisitos de los nuevos supuestos de flagrancia.

“DETENCION EN FLAGRANTE DELITO. INSTRASCENDENCIA DE LA GRAVEDAD DEL HECHO DELICTIVO.

Cuando se surte la flagrancia, la detención del inculpado no esta condicionada a que el hecho delictuoso sea de los legalmente considerados como graves, pues esta característica solo es atendible en los casos de urgencia en que el Ministerio Público goza de la facultad de ordenar, bajo su responsabilidad y mediante escrito en el que funde y motive su determinación, la detención de una persona respecto de la que exista riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia y no pueda el Representante Social ocurrir ante un juez por razón de la hora, del lugar u otras circunstancias, a solicitar el libramiento de una orden de aprehensión.”¹⁵²

En efecto, tratándose del supuesto de flagrancia, este va operar independientemente de la gravedad del delito, no

¹⁵¹ Novena Epoca, Semanario Judicial de la Federación, Segundo Tribunal colegiado del Vigésimo Primer Circuito. Amparo en Revisión 275/97, Gaudencio Molina Carbajal. 1º de julio de 1997. Mayoría de Votos. Disidente: Martiniano Bautista Espinosa. Ponente: Gonzalo Hernández Cervantes.

¹⁵² Novena Epoca, Semanario judicial de la Federación, Tomo I, mayo de 1995, Segundo Tribunal Colegiado del Sexto circuito, Amparo en Revisión 29/95. José Alfredo González Cabrera. 15 de marzo de 1995, Unanimidad de votos. Ponente: Gustavo Calvillo Rangel.

tiene ninguna relación con el caso grave que para que se actualice necesita que el delito de que se trate se considerado como grave por el código de al materia.

“FLAGRANTE DELITO. CONCEPTO DEL TERMINO “INMEDIATAMENTE”, EN LA TERCERA HIPOTESIS PREVISTA POR EL ARTÍCULO 69 REFORMADO DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES. (LEGISLACION DEL ESTADO DE GUERRERO).

El artículo 16 de la Constitución Federal dispone que 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. Por su parte, el precepto 69, vigente a partir del primero de abril de mil novecientos noventa y cinco, del Código de Procedimientos Penales del Estado de Guerrero, establece que existe delito flagrante: a) cuando la persona es detenida en el momento de estar cometiendo el delito; b) cuando es detenida después de ejecutado pero es perseguida; o c) cuando es detenida inmediatamente después de haberlo cometido y alguien la señala y se encuentra en su poder el objeto del mismo o el instrumento con que aparezca cometido, o aparezca huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su culpabilidad. Ahora bien, el término inmediatamente, que se emplea en esta última hipótesis de la existencia de delito flagrante, debe entenderse, como el lapso de tiempo comprendido entre el momento de la ejecución de delito y el momento de la

detención (cuando no aconteció persecución material); lapso de tiempo que debe ser continuo y breve, que casi no haga necesaria la investigación, ya que la cercanía en el tiempo entre el momento en el que se comete el ilícito y el momento en que ocurre la detención, permiten a cualquier persona presumir, en base al señalamiento y a los hechos que tiene a la vista, que la persona que se detiene es la culpable. En otras palabras, en esta hipótesis, así como en las otras dos, por la cercanía entre ambos momentos, primero se detiene a la persona que se presume culpable y posteriormente el Ministerio Público inicia la averiguación, una vez que ha sido puesta a su disposición la persona detenida; atento a lo dispuesto por la segunda parte del segundo párrafo del citado artículo 69. Cabe observar, que no es factible definir el término "inmediatamente" en minutos, horas o incluso días, porque en cada caso en particular debe apreciarse en conciencia, el tiempo en que incurrieron los hechos, el lugar y las circunstancias del caso." ¹⁵³

Consideración acertada en virtud de que cada delito, tiene sus elementos de ejecución y por tanto no se debe generalizar, ya que cada uno es único.

¹⁵³ Novena Epoca, Semanario Judicial de la Federación, Tomo III, marzo de 1996, Primer Tribunal Colegiado del Vigésimo Primer Circuito, Amparo en Revisión 313/95. Ranulfo Lugo Ortega, 14 de septiembre de 1995, unanimidad de votos. Ponente Joaquín Dzib Nuñez.

Tendremos entonces, que con las tesis arriba señaladas, nos damos una mejor idea de lo que han venido a favorecer las reformas de la flagrancia y las que han sido adoptadas en el ámbito nacional, ya que como lo hemos manifestado en reiteradas ocasiones, sin estas nunca se hubiera podido detener a los delincuentes a los cuales se les ha negado el amparo por estar en tal situación jurídica.

4.2. – COMO SE DECRETA LA RETENCIÓN.

Antes de entrar al estudio de tan escabroso tema, y como ya lo hemos hecho anteriormente, primero daremos un panorama de los que es ratificación y posteriormente retención y así poder aterrizar sobre lo que es el auto de ratificación de la retención.

“Ratificación. Acto jurídico formal y expreso, oral o escrito, por virtud del cual se reafirma y perfecciona una manifestación de voluntad que le antecede. Declaración verbal o escrita por la que se convalida un acto jurídico

Incompleto, o al que la ley señala este requisito para su validez.” ¹⁵³

Por consiguiente ratificación será la convalidación de un mandamiento jurídico de una autoridad y que la ley prevé.

“Retención. En nuestro sistema penal, es la experiencia o posibilidad de que, por decisión del ejecutivo, se prolongue, hasta por una mitad de su duración, la pena privativa de libertad de más de un año que imponga el juez penal en su sentencia definitiva, cuando el condenado con esa calidad tenga mala conducta durante la segunda mitad de su condena, se resista al trabajo, incurra en faltas graves de disciplina o en graves infracciones a los reglamentos del establecimiento penal. En los casos en que el reo incurra en alguna de las citas causas de mala conducta, la retención se le hace efectiva como una prolongación de su condena privativa de libertad en los términos ya explicados.

La retención ha sido derogada de nuestro sistema penal federal.” ¹⁵⁴

¹⁵³ Opere Citato. Díaz de Leon Marco Antonio: “Diccionario de Derecho...” pag. 1873

¹⁵⁴ Ibid.

Tendremos entonces que retención será aquella posibilidad de poder prolongar por un tiempo la privación legal de la libertad deambulatoria de un individuo.

En este orden de ideas, podemos deducir que por auto de ratificación de la retención es la posibilidad de prolongar la privación legal de la libertad deambulatoria de una persona en determinadas situaciones que la ley contemple y que solo bajo dichas circunstancias únicamente se podrá decretarla.

Pasaremos pues, a analizar lo que nuestro Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal establece al respecto.

Bueno, tenemos entonces que con las reformas al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se tiene la necesidad de que en tratándose de delitos flagrantes y sus diferentes modalidades, o en los casos de urgencia, el Ministerio Público puede emitir un auto donde decrete la ratificación de la retención de un individuo por tal delito.

Pero porque se da esta nueva hipótesis, se da en virtud de que la mayoría de las veces las diligencias del Ministerio Público requieren más tiempo del contemplado en

nuestra legislación respectiva; Para lograr la debida integración de la averiguación previa, requieren de mas tiempo ya que hay muchas pruebas, sobre todo las periciales, las cuales por su propia naturaleza necesitan de determinado numero de días para obtener su resultado y sin esta posibilidad que se le brinda ahora al órgano investigador, resultaría imposible capitalizar debidamente la indagatoria respectiva.

Para esto pasaremos a observar lo que señala el citado código adjetivo.

Artículo 267.

“...En esos casos el Ministerio Público iniciara 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.” ¹⁵⁵

Nos podemos percatar de que en efecto, al desmenuzar el citado precepto tendremos que:

¹⁵⁵ Op. Cit. Diario Oficial de la Federación 10 de enero de 1994.

A) Primeramente el Ministerio Público investigador deberá de iniciar la indagatoria correspondiente.

B) Una vez iniciada la averiguación, decretara bajo su responsabilidad la retención del indiciado, siempre y cuando se encuentren satisfechos los requisitos señalados para tal efecto.

C) Estos requisitos son los:

De procedibilidad,

Y si el delito de que se trate merece pena:

- Privativa de libertad;
- O la pena no sea privativa de libertad,
- O la pena sea alternativa.

En éstos dos últimos supuestos ordenaran su libertad

De lo anterior, nos percatamos de que en efecto, no hay una codificación clara y sin ambigüedades sobre la forma en que debemos decretar la retención.

Y sobre todo por lo que respecta a los requisitos de procedibilidad, existe laguna en el código adjetivo ya que no establece de forma clara cual son los requisitos.

4.3. – REQUISITOS LEGALES PARA RATIFICARLA.

Los sustentos legales sobre los cuales se va apoyar la ratificación de la retención se encuentran de forma vaga y confusa, además de dispersa en los artículos 266, 267 y otros del Código Adjetivo de la materia para el Distrito Federal.

“Artículo 266. El Ministerio Público y la policía judicial a su mando están obligados a detener al responsable, sin esperar a tener orden judicial, en delito flagrante o en caso urgente.”¹⁵⁶

El artículo 266 nos habla de que el Ministerio Público indagador y la policía judicial al mando del primero, están obligados a detener al responsable sin tener previamente una

¹⁵⁶ Opere Citato Diario Oficial de la Federación 10 de enero de 1994

orden judicial, tratándose estrictamente de delitos flagrantes o encontrándose en el supuesto de caso urgente.

“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 equipara 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.” ¹⁵⁷

El 267 nos menciona de manera confusa y llena

¹⁵⁷ Diario Oficial de la Federación 13 de mayo de 1996.

de ambigüedades los supuestos de flagrancia, cuasiflagrancia y flagrancia de la prueba, en ese mismo menciona los nuevos supuestos agregados en la reforma de trece de mayo de mil novecientos noventa y seis para acreditar las modalidades de la flagrancia.

Artículo 267 penúltimo párrafo. "...En esos casos el Ministerio Público iniciara 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."¹⁵⁸

En el penúltimo párrafo del 267 de Procedimientos Penales para el Distrito Federal se encuentra lo que es el punto medular de nuestra investigación y se refiere a la ratificación de la retención, volvemos a insistir, se encuentra mal codificada y nada clara, nos parece que debe estar en artículo aparte y expresado con claridad para no crear confusión entre la autoridad

¹⁵⁸ id.

y los defensores de los indicados.

Pero en virtud de que no se encuentra estipulado con claridad tal ratificación de la retención, encontramos en el artículo 268 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su último párrafo el siguiente mandato:

“Artículo 268 – bis.

...El juez que reciba la consignación con detenido procederá de inmediato a determinar si la detención fue apegada a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o no; en el primer caso ratificará la detención y en el segundo decretará la libertad con las reservas de ley.”

159

Resulta pues que para el legislador que propuso tal hipótesis es de gran preocupación que una figura tan delicada como lo es la ratificación de la retención quede al arbitrio de la autoridad investigadora.

¹⁵⁹ Loc. Cit. Diario Oficial de la Federación 10 de enero de 1994.

Es por eso que le deja al órgano jurisdiccional, el de velar porque tal decreto de ratificación de la retención efectivamente se encuentre apegado a derecho, ya que deducimos del último párrafo del artículo 267, que de no encontrarse apegada a la constitución, se decretara la libertad con las reservas de ley y por tanto, se perjudicaría gravemente en primer lugar a la víctima del delito y en segundo se daría oportunidad para que el indiciado se pudiera evadir a la acción de la justicia con tal determinación.

Pero algunos jueces han optado en la práctica de decretar la libertad con las reservas de ley al indiciado y posteriormente en ese mismo acto al momento de estar saliendo del Reclusorio el delincuente, los policías judiciales tienen en su poder la orden de aprehensión correspondiente.

Estos es, que si bien es cierto que el decreto de retención emitido por el Ministerio Público investigador no se encontraba apegado a la constitución, si existían elementos suficientes como para que el Ministerio Público adscrito al juzgado donde se encontraba a disposición el indiciado, solicitara la orden de aprehensión, la cual era obsequiada por la autoridad

jurisdiccional y así evitar que tal delincuente se sustrajera a la acción de la justicia.

También en la práctica, observamos que para la ratificación de la detención hecha por el órgano judicial, de acuerdo a lo establecido en el artículo 268 – bis último párrafo, existe gran confusión en virtud de que algunos juzgados solamente se limitan a, por medio de "un machote", ratificarla, sin embargo otros juzgadores, efectivamente entran a valor cada una de las pruebas con las que fue decretada la retención del indiciado por el órgano investigador, basándose en los artículos 122, 135, 246 al 261, y 286, además de los ya tradicionales necesarios 266, 267, y 268.

Creemos, de acuerdo a un servidor, que esta es la forma más adecuada para poder decretar la retención por parte de la autoridad judicial.

A continuación transcribiremos algunas tesis, para saber el sentido que le ha dado nuestro Tribunal Federal respecto a la ratificación de la detención hecha por el Ministerio Público y valorada y ratificada por el órgano jurisdiccional, mandamiento

contemplado en el último párrafo del artículo 268 – bis del Código de Procedimientos civiles para el Distrito Federal.

Artículo 267 último párrafo. “...La violación de esta disposición hará penalmente responsable a quién decrete la indebida retención, y el indiciado deberá ser puesto en inmediata libertad” ¹⁶⁰

Ya que inclusive si se abusa de este decreto de ratificación de la retención en el sentido de que no se encuentra justificado jurídicamente y el titular del Ministerio Público por omisión o por algún tipo de interés lo emite, se hará acreedor a la sanción penal que corresponda y el indiciado será puesto en libertad.

“DETENCION, RATIFICACION DE LA. EL AUTO QUE LA DECRETA DEBE SER COMBATIDO A TRAVES DEL AMPARO INDIRECTO DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO POR LOS ARTICULOS 73, FRACCION X, ULTIMO PARRAFO Y 114, FRACCION IV, DE LA LEY DE AMPARO.

El auto que califica la detención de un acusado, en los casos de urgencia o flagrancia, a que se refiere la reforma del artículo 16 de la Constitución General de la República, publicada en el Diario Oficial de la Federación de tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, debe ser combatido a través del amparo indirecto de

¹⁶⁰ Idem

conformidad con lo dispuesto por los artículos 73, fracción X, último párrafo y 114, fracción IV, de la ley de Amparo, ya que se trata de una violación que por afectar un derecho sustantivo como es la libertad, produce una ejecución de imposible reparación, lo cual constituye la definitiva requerida para la promoción del amparo vía biinstancial.”¹⁶¹

Si un detenido, considera que su detención en tratándose de delito grave o caso urgente considera que no se realice con estricto apego a la Constitución podrá combatir tal situación con un amparo indirecto.

“DETENCION. CUANDO EL QUEJOSO ADUZCA EN LA DEMANDA DE AMPARO CUESTIONES INHERENTES A LA LEGALIDAD DEL AUTO QUE LA CALIFICA, ÉSTAS DEBEN SER ESTUDIADAS, AUN CUANDO SE SEÑALE COMO ACTO RECLAMADO ÚNICAMENTE EL AUTO DE FORMAL PRISIÓN.

El artículo 16, párrafo sexto, de la Carta Magna, dispone que en casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá, inmediatamente, ratificar la detención o decretar la libertad

¹⁶¹ Novena época, Semanario Judicial de la Federación, Tomo IV, noviembre de 1996. Segundo Tribunal colegiado del Octavo Circuito.

Amparo Directo 667/95. Juan Díaz Sarabia. #1 de enero de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Rodríguez Olmedo.

Amparo Directo 13/96. Alejandro Hernández Márquez. 29 de febrero de 1996 Unanimidad de votos. Ponente: Enrique Rodríguez Olmedo.

Amparo Directo 344/96. David Dávila Villalobos. 8 de agosto de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Antonio López Padilla.

Amparo Directo 367/96. Higinio Zamora Hernández. 5 de septiembre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Antonio López Padilla.

Amparo Directo 485/96. Isaias Basurto Trujillo. 19 de septiembre de 1996. Unanimidad de votos. Ponente: Antonio López Padilla, en funciones de magistrado por Ministerio de Ley.

con las reservas de ley. En este contexto, debe concluirse que es obligación del resolutor constitucional estudiar el auto que califica la detención del indiciado cuando éste, en la demanda de garantías, impugne cuestiones relativas a su ilegal detención o retención sufridas en la averiguación previa, independientemente de que se hubiera señalado como acto reclamado únicamente el auto de formal prisión. Ello porque en primer lugar, la demanda de amparo constituye un todo; en segundo término, en razón de que los preceptos de violación relativos a la ilegal detención o retención están directamente relacionados con el acuerdo emitido por el propio órgano jurisdiccional que la ratificó y, finalmente, en virtud de que las violaciones sufridas en el citado proveído calificador no pueden estimarse irremediamente consumadas en términos del artículo 73, fracción X, de la ley reglamentaria del juicio de garantías.”¹⁶²

Criterio sobre como se analizara un amparo para combatir el supuesto que se haya comentado.

“DETENCION DE UN INDICIADO. EN EL AUTO INICIAL DEL PROCESO, EL JUEZ SOLO DEBE CALIFICARLA EN TÉRMINOS DEL PARRAFO CUARTO DEL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL, MAS NO DETERMINAR SI HUBO O NO DETENCION PROLONGADA ANTES DE SU CONSIGNACIÓN (LEGISLACION DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA).

El artículo 266 bis del código de Procedimientos Penales del Estado de Baja California,

¹⁶² Novena Epoca, Semanario judicial de la Federación, Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Cuarto Circuito, Amparo en revisión 63/97. Luis Fernando Basora Fóstil. 14 de marzo de 1997. Unanimidad de votos. Ponente: Fernando Amoros Izaguirre.

textualmente establece: "El juez que reciba la consignación con detenido, revisara de inmediato si la detención se apegó al artículo 16 Constitucional, ratificándola en caso afirmativo o dictando auto de libertad a favor del inculpado, cuando la detención sea indebida. En ésta última hipótesis devolverá las constancias al Ministerio Público, dejando copia fotostática certificada de las mismas, para que éste ejercite nuevamente la acción penal, solicitando la aprehensión del inculpado, cuando proceda". Atento a lo anterior, el juzgador, para ratificar la detención, únicamente deberá apreciar si se efectúo en flagrante delito o dentro de los casos de urgencia que la ley establece, así como analizar las pruebas con las que se acredite lo anterior, por que es esta decisión la que restringe o no la libertad del indiciado hasta en tanto no se resuelva su situación jurídica. En estas condiciones, cuando el juez de la causa, en el auto inicial, ratifica la detención por haberse colmado los anteriores requisitos, es decir, los previstos en el párrafo cuarto del artículo 16 Constitucional, en relación con el numeral primeramente citado, no debe analizar si el presunto delincuente ha sido objeto de detención prolongada, antes de su consignación a la autoridad judicial por parte de la autoridad investigadora, ya que la obligación del juez de la causa únicamente se circunscribe a analizar si se dieron o no las circunstancias de

detención en términos del invocado precepto constitucional.”

163

Aquí señala estrictamente las funciones del juez que conoce del asunto y que no debe rebasar tales directrices.

“DETENCIÓN. NO ES VIOLATORIA DE GARANTIAS SI DE LAS CONSTANCIAS DE AUTOS SE ADVIERTE SEÑALAMIENTO DIRECTO DE QUE EL QUEJOSO INTERVINO EN LA COMISION DEL ILICITO QUE SE LE IMPUTA (ARTICULO 193 INCISO B), ULTIMA PARTE DEL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES).

Si bien el juez natural omitió calificar la detención del quejoso recurrente, no obstante que éste alego en sus conceptos de violación que era violatoria de la garantía contenida en el artículo 16 constitucional, ya que dijo no fue sorprendido en flagrante delito; sin embargo analizadas en conjunto las constancias de autos, resulta señalamiento directo de los coacusados en el sentido de que fue el quién contrato los servicios de grúa para remolcar el vehículo en que se encontró la droga y que le sería entregada en el lugar que les indico, lugar en el que además fue detenido; aquellos señalamientos y su detención, de conformidad con lo previsto en el inciso b) del artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales, constituye un indicio que hace presumir fundadamente su intervención en la comisión flagrante del delito contra la salud en su modalidad de posesión de marihuana, de suerte que la detención del

¹⁶³ Novena Epoca. Semanario judicial de la Federación, Tomo VII, marzo de 1998, Primer Tribunal colegiado del Décimo quinto Circuito. Amparo en Revisión 677/97. Juez Segundo de lo Penal. 28 de enero de 1998. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Molina Torres.

indiciado en esas circunstancias no es violatoria de garantías.”¹⁶⁴

En tal supuesto si se encuentran satisfechos los requisitos de la flagrancia por tanto no hay motivo de que la detención haya sido fuera del marco legal.

“INCONFORMIDAD, INCIDENTE DE. ES INFUNDADO, SI EL JUEZ DE DISTRITO TUVO POR CUMPLIDA LA EJECUTORIA QUE CONCEDIÓ EL AMPARO CONTRA EL AUTO QUE RADICO LA AVERIGUACIÓN PREVIA, AL CALIFICARSE LA SITUACIÓN DE FLAGRANCIA Y RATIFICARSE LA DETENCIÓN.

El artículo 16 Constitucional establece que solo la autoridad judicial puede librar una orden de aprehensión, la que posteriormente será ejecutada. Sin embargo, en el caso de delito flagrante, este precepto dispone que cualquier persona puede detener al indiciado, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata, la que a su vez lo pondrá a disposición del Ministerio Público; y que en casos de urgencia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención. En ambos supuestos, la norma constitucional citada determina que el juez que reciba la consignación deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley. En esta virtud, si la protección constitucional se otorgó porque,

¹⁶⁴ Novena Epoca, Semanario Judicial de la Federación, Tomo II, octubre de 1995, Primer tribunal colegiado del Décimo Quinto circuito, amparo en revisión 137/95. Oswaldo Ramírez Aispuro. 24 de mayo de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Raúl Molina Torres

no obstante estar acreditada la situación de flagrancia o la urgencia, el juez responsable que recibió la consignación, no calificó esa situación pues no se pronunció en cuanto a si ratificaba esa detención, los efectos de la concesión del amparo no se traducen en que la responsable deje en libertad al indiciado, sino en que se subsane la omisión en que incurrió al recibir la consignación, ya que como es lógico advertir, sólo en el caso de no estar demostrada la flagrancia o urgencia se actualiza la restitución de la garantía decretando la libertad. En este contexto, si el juez de Distrito que conoció del amparo, tuvo por cumplida la ejecutoria, en virtud de que la autoridad responsable dictó un auto en el que calificó la flagrancia y ratificó la detención, el incidente de inconformidad que a ese efecto promueva el quejoso, resulta infundado, en tanto que se restablecieron las cosas al estado que guardaban antes de la violación.”¹⁶⁵

Una interpretación de nuestro Tribunal Federal, respecto al caso en que la autoridad judicial omitiera decretar el auto mediante el cual ratifica la detención del indiciado.

“DETENCION, CALIFICACION DE LA.

La obligación del juez de la causa para calificar la detención del inculgado que le es puesto a su disposición por el agente del Ministerio Público, deriva de una reforma al artículo 16 de la Constitución General de la

¹⁶⁵ Novena Epoca, Semanario Judicial de la Federación, Incidente de Inconformidad 86/96. Cesáreo Zúñiga Armas. 14 de junio de 1996. Cuatro Votos. Ausente Guillermo I. Ortiz Mayagoitia. Ponente: Sergio Salvador Aguirre Anguiano.

República, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación, el tres de septiembre de 1993, el cual entró en vigor al día siguiente, que entre otras cosas señala: "No podría librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que precede denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado. La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionada por la ley penal. En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y esta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Solo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su más estricta responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder. En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley." De lo anterior se colige,

que el juzgador, al recibir la consignación respectiva debe apreciar si la detención de la persona fue de manera flagrante o dentro de los casos de urgencia que la ley establece y de ser así, tendrá que precisar a que indiciado o indiciados se refiere, que ilícito o ilícitos que se imputan, en que consistió la flagrancia, o en su caso la urgencia, así como las pruebas con las que se acredite lo anterior, para estar en aptitud de ratificar la detención, toda vez que será esta decisión la que restringirá la libertad personal del indiciado hasta en tanto se resuelva su situación jurídica.”¹⁶⁶

Ya lo hemos mencionado este mandamiento es un candado para la actuación del Ministerio Público en los casos de delito flagrante y urgente.

“DETENCION DE UNA PERSONA SIN MEDIAR ORDEN DE APREHENSION. SI NO SE TRATA DE UN CASO DE FLAGRANCIA O DE URGENCIA, AL RECIBIR LA CONSIGNACION EL JUEZ DEBE DECRETAR SU LIBERTAD CON LAS RESERVAS DE LEY.

De conformidad con lo dispuesto por el artículo 16 constitucional, sólo puede detenerse a una persona cuando existe en su contra una orden de aprehensión dictada por una autoridad judicial competente, en flagrante delito o

¹⁶⁶ Novena Epoca, Semanario judicial de la Federación, Tomo III, mayo de 1996, Segundo Tribunal colegiado en materia penal del Tercer circuito. Amparo en revisión 188/95, Sergio Enrique Mercado Estrada, 7 de diciembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Homero Ruiz Velázquez. Amparo en revisión 171/95. Silvia Santiago Rodríguez, 7 de diciembre de 1995. Unanimidad de votos. Ponente: Homero Ruiz Velázquez.

en casos urgentes. Por tanto, si la detención no se efectúa en cumplimiento de una orden de aprehensión o en un caso de flagrancia o de urgencia, al recibir la consignación, en los términos de lo dispuesto por el párrafo sexto del citado precepto constitucional, el juez debe analizar si realmente se reunieron los requisitos que establece el citado numeral en sus párrafos cuarto y quinto, y de ser así ratificará la detención; de lo contrario debe decretar la libertad del detenido con las reservas de ley.”¹⁶⁷

Tal hipótesis impuesta al órgano judicial es un control de legalidad para el caso de flagrancia, en la que se decreta la retención de un indiciado y posteriormente el juez de la causa valorara si la detención se apega a derecho.

“DETENCIÓN, AUTO QUE RATIFICA LA LA EXISTENCIA DE VIOLACIONES COMETIDAS EN EL, NO QUEDAN IRREPARABLEMENTE CONSUMADAS POR EL DICTADO DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN.

De conformidad con lo dispuesto por el sexto párrafo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de tres de septiembre de mil novecientos noventa y tres, tiene como finalidad establecer un control de legalidad por parte del órgano jurisdiccional en relación a las detenciones realizadas

¹⁶⁷ Novena Época, Semanario Judicial de la Federación, Tomo II, noviembre de 1995, Primer Tribunal Colegiado del Duodécimo Circuito. Amparo en Revisión 223/95. Miguel Ángel Rocha Ramos, 27 de septiembre de 1995. Unanimidad de Votos. Ponente: Filiberto Méndez Gutiérrez.

por el Ministerio Público, pues obliga a aquel a calificar la legalidad o ilegalidad del acto concreto de la detención, ratificándolo si este fuere legal o, en caso contrario, poniendo en libertad al indiciado inmediatamente después de recibir la consignación. Congruente con esa reforma, el legislador también modificó el artículo 367 del Código Federal de Procedimientos Penales, haciendo procedente en la fracción III bis de dicho dispositivo, el recurso de apelación en contra del auto que ratifica la detención legal del indiciado. Lo anterior significa evidentemente que el legislador estableció una protección de valores fundamentales del ser humano como es la libertad, y en aras de la garantía de legalidad, introdujo un control mayor que el que existía anteriormente en el sistema positivo mexicano, al determinar como obligación para el juez, el tener que calificar la legalidad o ilegalidad del acto concreto de la detención en los casos de flagrancia o urgencia a que se refiere el propio artículo 16 Constitucional. Luego entonces, el Tribunal que conoce del recurso de apelación en contra de un auto que ratifica la detención, no puede hacer nugatoria la garantía de legalidad a que se hace referencia, al declarar sin materia el recurso de apelación por haberse dictado el auto de formal prisión al detenido, y alegar que cambio la situación jurídica, y que como consecuencia de ese cambio, quedaron consumadas irreparablemente las violaciones que pudieran haberse cometido argumentando que no puede decidirse respecto de ellas, porque se afectaría la nueva situación jurídica, supuesto

que por virtud de la aludida reforma constitucional no se puede tener como causada irreparablemente la violación a una garantía individual que es de rango superior, por un acto procesal que al ser emitido por una autoridad, debe ajustarse a la constitución, de tal suerte que, aun cuando este dictado el auto de formal prisión, si el magistrado de apelación advierte que se violo el artículo 16, párrafo sexto de la ley fundamental en perjuicio del recurrente detenido, puede y debe legalmente decretar su libertad por encima del auto de formal prisión, porque este último también se estima contrario a la Constitución y está basado en una detención decretada en forma ilegal.”¹⁶⁸

Como podemos observar, la preocupación del legislador sobre el decreto que ratifica la retención del inculpado, llega a poner un riguroso control jurídico y al respecto como lo hemos mencionado, el juez instructor inmediatamente después de haber recibido la consignación con detenido, deberá determinar si tal detención fue realizada conforme a lo señalado en nuestra constitución, analizando todos los elementos probatorios en los cuales el Ministerio Público investigador se baso para emitir tal decreto.

¹⁶⁸ Octava Epoca, Semanario Judicial de la Federación, Tomo XV, enero 1995, Segundo Tribunal colegiado del Octavo Circuito, Amparo en Revisión 314/94, Edmundo Canales Rodríguez y coagraviado, 13 de octubre de 1995 Unanimidad de votos, Ponente: Sergio Novales Castro.

4.4. – LA RATIFICACIÓN FRENTE A LA GARANTIA DE LIBERTAD PERSONAL.

Bueno, como ya es costumbre en nuestro modo de trabajar, primero abordaremos el tema de la garantía, después seguiremos con el de garantía de libertad personal y finalmente entraremos al análisis de esta garantía frente a la ratificación.

“ Parece ser que la palabra “garantía” proviene del término anglosajón “warranty” o “warantie”, que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar (to warrant), por lo que tiene una connotación muy amplia. “Garantía” equivale, pues, en su sentido lato, a “aseguramiento” o “afianzamiento”, pudiendo denotar también “protección”, “respaldo”, “defensa”, “salvaguardia” o “apoyo”.

Jurídicamente, el vocablo y el concepto “garantía” se originaron en el derecho privado, teniendo en él las acepciones apuntadas.” ¹⁶⁹

Observamos pues, que la palabra garantía de acuerdo al tema que estamos analizando lo podemos definir como la protección o la salvaguarda de determinado bien jurídicamente tutelado.

“El concepto de “garantía” en derecho público ha significado diversos tipos de seguridades o protecciones a favor de los gobernados dentro de un estado de derecho, es decir, dentro de una entidad política estructurada y organizada jurídicamente, en que la actividad del gobierno esta sometida a normas pre-establecidas que tienen como base de sustentación el orden constitucional. De esta guisa, se ha estimado, incluso por la doctrina, que el principio de legalidad, el de división o separación de poderes, el de responsabilidad oficial de los funcionarios públicos, etc., son garantías jurídicas estatuidas en beneficio de los gobernados; afirmándose también que el mismo concepto se extiende a

¹⁶⁹ Burgoa Orihuela, Ignacio: “Las garantías individuales”, México, Editorial Porrúa, Vigésimo Cuarta Edición, 1992, pag. 161.

los medios o recursos tendientes a hacer efectivo el imperio de la ley y del derecho.”¹⁷⁰

En este sentido, tendremos que el Estado salvaguarda, protege, determinadas garantías que son esenciales en toda sociedad y así poder gozar de un estado de derecho, que brinde legalidad a todos los actos de las autoridades que la forman.

“La libertad es uno de los bienes de mayor jerarquía axiológica. Solo la vida lo supera y, dado que la legislación mexicana impone ya la pena de muerte, podemos afirmar que la libertad es el bien más valioso y el eje mismo sobre el cual gira la totalidad del drama penal. Ello explica que la garantía de la libertad sea, entre todas las garantías, una de las que se encuentra antecedentes más lejos, en el derecho romano, en el derecho inglés y en el derecho hispano”¹⁷¹

Por consiguiente la garantía de libertad, es el bien más valioso dentro de nuestra sociedad y por tanto requiere de

¹⁷⁰ Ibid pag. 162

¹⁷¹ Op. Cit. Zamora Pierce. Jesús: “Garantías y Proceso...”, pag. 3

un verdadero control de legalidad para poder privar de esta garantía a un individuo.

“Un estado respetuoso de los derechos humanos debe proteger la libertad física de todos los individuos, y restringirla únicamente en los casos establecidos previa y limitativamente en la ley, mediante las formalidades y requisitos que ella establece.”¹⁷² **ZAMORA PIERCE**

En este orden de ideas tenemos que la libertad deambulatoria es un bien jurídicamente tutelado por toda la humanidad.

Y que solamente bajo determinados supuestos y estrictas controles de legalidad, se puede privar de tan valioso bien jurídico a un individuo.

De lo anterior, resulta que nos enfrentamos ante la imperiosa necesidad de que se encuentre bien fundamentado y codificado el decreto que emite el Ministerio Público respecto de los delitos flagrantes.

Tal decreto es el auto que ratifica la retención de un individuo que es sorprendido en flagrante delito y que como lo

¹⁷² *Ibidem.* Pag. 12

hemos analizado en los incisos anteriores de nuestro cuarto capitulo, se ha puesto un párrafo expreso en el artículo 268 bis del código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que al analizar tal decreto, ratificara de nueva cuenta si tal actuar de la autoridad investigadora fue apegado conforme a la Constitución Política vigente.

Y como hemos visto, la libertad deambulatoria es el bien jurídico protegido más importante en la actualidad, por consiguiente debemos de tener mucho cuidado con la privación legal de la libertad, ya que son actos ejecutados por la autoridad de difícil reparación y que dejan huella profunda en quien los vive y resulta que su detención fue ilegal.

4.5. – CRITICAS Y PROPUESTAS.

Bueno como hemos podido observar a lo largo de nuestro tema de investigación, el Ministerio Público a través de la historia a tenido una función muy importante.

Tan importante que en la actualidad resultaria imposible iniciar un proceso penal sin la intervención de esta institución jurídica, en virtud de artículo 21 Constitucional.

Por tal motivo, sus determinaciones tienen gran trascendencia para el ejercicio de la acción penal en el campo de la averiguación previa y ya en el proceso realizar todas las diligencias necesarias para que sea sentenciado condenatoriamente un individuo.

Dentro de las facultades que se le confieren en la averiguación previa, esta la de decretar el auto de ratificación de la retención.

Pasaremos pues a transcribir los citados artículos en comento, para posteriormente emitir algunos comentarios tendientes a las modificaciones a los mismos.

“Artículo 266. – El Ministerio Público y la policía judicial a su mando están obligados a detener al responsable, sin esperar a tener orden judicial, en delito flagrante o en caso urgente.” ¹⁷³

El citado artículo esta relacionado con el artículo 16 Constitucional, ya que los dos señalan que se puede detener a una persona sin mediar algún mandamiento judicial en virtud de que se encontrara en un caso de urgencia o de flagrancia.

“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.” ¹⁷⁴

¹⁷³ Loco citato. Diario Oficial de la Federación, 10 de enero de 1994

¹⁷⁴ *Ibidem*.

Nos encontramos que el primer párrafo del artículo inmediato arriba invocado el cual se encuentra vigente, para nuestra consideración debe tener una reforma en cuanto a que sea más claro y explícito y contemplarse en un artículo, por separado, refiriéndose a la flagrancia típica, la que todos conocemos.

Artículo 267. – Existirá delito flagrante cuando:

a) La persona es detenida al momento de estar cometiendo el hecho delictuoso,

b) O, cuando el indiciado es perseguido materialmente e inmediatamente después de ejecutado tal delito.

Artículo 267 segundo párrafo. - “Se equipara 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 hubiera interrumpido la persecución del delito. ...” ¹⁷⁵

El párrafo segundo del 267 del Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal, debe contemplarse en otro artículo y señalar la equiparación del delito flagrante y mencionar sus respectivos incisos, por ejemplo:

Artículo 267 bis. - Se va equiparar la existencia de delito flagrante cuando:

1. La persona detenida, es señalada como responsable por la víctima.
2. O, el detenido, es señalado por algún testigo presencial de los hechos.
3. O, la persona asegurada, es señalada, como responsable, por

¹⁷⁵ Loc. cit. Diario Oficial de la Federación 13 de mayo de 1996

quién hubiera participado con ella
en la comisión del delito.

O, también, cuando concurren las
siguientes circunstancias:

- Se encuentren en su poder:

1. el objeto,
2. O, el instrumento,
3. O, el producto del delito.

O bien, aparezcan:

1. Huellas,
2. O, indicios, que hagan presumir
fundadamente su participación en el delito.

En otro artículo señalar:

Artículo 268. - Para que pueda surtir
efecto el artículo anterior necesariamente se
deberá satisfacer los siguientes requisitos:

- Haberse iniciado la averiguación
previa respectiva,
- Estar frente a un delito grave así
calificado por la ley,

- No haya transcurrido más de setenta y dos horas desde el momento de la comisión del hecho o hechos delictivos,
- Y en caso de haberse excedido de éste término, que no se hubiese interrumpido la persecución del delito.

Artículo 267 párrafo tercero. - **“En esos casos el Ministerio Público iniciara desde luego la averiguación previa y bajo su responsabilidad, según proceda, decretara la retención del indiciado si están satisfechos los requisitos de procedibilidad y el delito merezca pena privativa de libertad, o bien ordenara la libertad del detenido, cuando la sanción sea no privativa de libertad, o bien, alternativa.”** ¹⁷⁶

De lo antes transcrito, tenemos que el párrafo aludido es vago, oscuro e impreciso en virtud de que:

¿Cuales son los requisitos de procedibilidad que menciona el artículo 267 párrafo tercero?

¹⁷⁶ Id.

“En el derecho mexicano, los requisitos de procedibilidad son: la querella, la excitativa y la autorización.”

177

Estos son los requisitos de procedibilidad que señala la doctrina y que como observamos el citado artículo crea una laguna, al mencionarlos pero no decir cuales son.

“La querella es un derecho potestativo que tiene el ofendido por el delito, para hacerlo del conocimiento de las autoridades y dar su anuencia para que sea perseguido.” ¹⁷⁸

La querella, como todos sabemos es un requisito que se necesita para que se pueda iniciar la investigación de un delito, y que por la misma naturaleza del acto delictivo, se necesita de ésta para poder activar al órgano investigador.

“La “excitativa”, es la petición que hace el Representante de un país extranjero para que se proceda penalmente en contra de quién ha proferido injurias al gobierno que representa o a sus agentes diplomáticos...” ¹⁷⁹

¹⁷⁷ Opere Citato. Colín Sánchez, Guillermo: “Derecho Mexicano...” pag. 264.

¹⁷⁸ Ibid. Pag. 265.

¹⁷⁹ Ibidem. Pag. 276

Aquí nos encontramos en los casos particulares de cuando algún nacional injuria a alguna sede diplomática que se encuentre asentada dentro del territorio nacional y que para poder consignarlo se necesita de tal requisito.

“La “autorización”, es la anuencia manifestada por organismos o autoridades competentes, en los casos expresamente previstos por la ley, para la prosecución de la acción penal.” ¹⁸⁰

En este supuesto, solo se va a actualizar cuando gozan de alguna protección que le concede nuestra constitución llamado fuero, que por su cargo o investidura gozan de este beneficio, tratándose como por ejemplo de los senadores, diputados, gobernador de algún Estado o el Presidente de la República.

“El artículo 16 de la Constitución al normar la facultad expresa de la autoridad judicial para dictar las órdenes de aprehensión establece como requisito de validez la existencia de la denuncia, acusación o querrela para que se pueda librar aquélla; necesariamente se complementa con

¹⁸⁰ Id.

las atribuciones del Ministerio Público previstas en el artículo 21,... por ahora interesan los elementos procesales que se han indicado, por su calidad de requisitos de procedibilidad.”¹⁸¹

Como ya se ha mencionado y tenido una breve referencia de estos tres elementos que son llamados, requisitos de procedibilidad

“Al reglamentarse la disposición constitucional, el legislador ordinario les dio la siguiente interpretación jurídica; incluyo en su contexto, a la acusación en la denuncia, significándolos como términos sinónimos; a la querrela le sostuvo como una figura jurídica independiente; les brindo la calidad procesal de requisito de procedibilidad; y en base a su significado, creó la clasificación de los delitos con fundamento para la atribución para perseguirlas.”

182

Como ya lo habíamos comentado, cada requisito de procedibilidad esta adecuado para cada delito en particular, por

¹⁸¹ Mancilla Ovando, Jorge Alberto: “Las garantías individuales y su aplicación en el proceso penal” Estudio Constitucional del Proceso Penal, México, Editorial Porrúa, Quinta Edición, 1993, pag. 75

¹⁸² Ibid. Pag. 76

consiguiente por su propia naturaleza, se requerirá de cada uno de ellos según proceda.

“Como se observa, el requisito de procedibilidad es el que viene a dar validez a todo acto de autoridad para privar de la libertad de esa persona.” ¹⁸³

Por consiguiente, sin este, no podríamos iniciar una investigación de carácter penal.

Considero, que éste párrafo penúltimo del artículo 267, debe de ser en un apartado diverso.

En otro particular, hablar de que el Ministerio Público puede decretar la retención del indiciado.

Artículo 269. – En los casos de flagrancia y urgencia el Ministerio Público podrá bajo su más estricta responsabilidad decretar la retención del indiciado.

En otro apartado mencionar los casos y requisitos para poder decretar la retención del indiciado.

¹⁸³ *Ibidem.* Pag. 77

Artículo 270. – Para poder decretar la retención del indiciado se deberán satisfacer los siguientes requisitos:

- a) Haberse iniciado la averiguación previa correspondiente.
- b) Que de las actuaciones, se desprenda que falta algún elemento probatorio por recabar y que efectivamente para obtener su resultado, se necesita más tiempo del estipulado por la ley.

Y acatarse a lo dispuesto por los artículos 135 al 244, 246 al 261 y 286, solo y únicamente para efectos de poder emitir el decreto del auto de ratificación de la retención.

La violación a la disposición de los artículos que mencionan la ratificación de la retención será penalmente responsable por la retención indebida y el detenido será puesto en inmediata libertad.

Podrá ser impugnada por vía de amparo, el decreto de ratificación de detención del detenido.

Artículo 270 – bis. - Una vez decretado el auto de ratificación de la retención, el Ministerio Público procederá a ordenar la libertad del indiciado siempre y cuando el delito o delitos su sanción sea no privativa de libertad, o bien, sea alternativa, en caso contrario lo dejara bien detenido.

Como podemos observar, las siguientes sugerencias de un servidor, serian de gran utilidad para una mayor legalidad en los actos del Ministerio Público investigador respecto a la flagrancia y el auto de ratificación de la retención, motivo del presente trabajo de tesis.

CONCLUSIONES

El estudio realizado, nos permitió observar, todo lo relacionado con el Ministerio Público, sus orígenes, sus funciones, y la gran relevancia que tiene su actuación en el proceso penal así como sus determinaciones de gran importancia como el de ejercicio de la acción penal y el auto de ratificación de la retención.

El auto de ratificación de la retención, con las propuestas que un servidor se atrevió a sugerir, se creara más certeza y mayor seguridad a tal acto, disminuyendo lógicamente la confusión y mala interpretación de la misma.

Podemos decir en este apartado que:

Primero. - Con la presente investigación, la hipótesis que se planteo se confirmo, ya que en efecto el auto de ratificación de la retención esta vagamente

contemplada en el Código de Procedimientos Penales vigente para el Distrito Federal.

Segundo. – Con las propuestas del hoy declarante, se pretende que quede contemplado en un artículo en concreto la ratificación de la retención

Tercero.- En otro artículo los casos en los que se puede decretar tal auto de ratificación de la retención.

Cuarto. – En otro la forma que en se va a decretar y los artículos en los que se va a basar tal auto de ratificación.

La investigación desarrollada, analiza de manera breve y superficial los artículos 266 y 267 del Código adjetivo penal, ya que son base para decretar el auto de ratificación de la retención y da propuestas para su modificación para una mayor seguridad jurídica.

Se recomienda, que se realizan posteriores investigaciones a los artículos 266, 268, y 268-bis del Código Adjetivo de la materia, en virtud de que están muy relacionados con el auto de ratificación de la retención y que

por obvias razones, el presente estudio no entro a analizarlos de una manera más profunda.

BIBLIOGRAFIA

1. ANDRADE Sánchez, Eduardo y Otros: "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos". México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1985.
2. ARILLA Bas, Fernando: "El procedimiento penal en México", México, Editorial Kratos, Décimo Segunda Edición, 1989.
3. ARROYO de Anda, Guillermo y otros: "La importancia y perspectivas de las reformas penales", México, Editorial Diseño Gráfico Manuel Arvizu Maraboto, Primera Edición, 1994.
4. AVENDAÑO López, Raúl Eduardo": Reglas jurídicas de las detenciones de la policía judicial.", México, Editorial Pac. Tercera Edición, 1996.
5. BARRITA López, Fernando: "Averiguación Previa", México, Editorial Porrúa, Tercera Edición, 1997.
6. BURGOA Orihuela Ignacio: "Las garantías individuales", México, Editorial Porrúa, Vigésimocuarta Edición, 1992.
7. CARMONA Castillo, Gerardo": La imputabilidad penal". México, Editorial Porrúa, S.A. Primera Edición 1995.
8. CASTELLANOS Tena, Fernando": Lineamientos elementales de Derecho Penal". México, Editorial Porrúa, S.A. Decimoquinta Edición. 1991.
9. CASTILLO Soberanes, Miguel Angel: "El Monopolio del ejercicio de la Acción Penal del Ministerio Público en México", México, Editorial Universidad Nacional Autónoma de México, Primera Edición 1992.
10. CASTRO Juventino V.: "El Ministerio Público en México" Funciones y disfunciones, México, Editorial Porrúa S.A. Novena Edición 1996.
11. CARRANCA y Trujillo, Raúl: "Derecho Penal Mexicano". México, Editorial Porrúa, S.A. Décima Séptima Edición 1991.
12. CÓDIGO de Procedimientos Penales para el Distrito Federal Diario Oficial 10 de enero de 1994, 22 de julio de 1994 y 13 de mayo de 1996.
13. COLIN Sánchez, Guillermo": Derecho mexicano de Procedimientos Penales". México, Editorial Porrúa, S.A. decimotercero Edición, 1992.
14. CONSTITUCIÓN Política de los Estados Unidos Mexicanos diario oficial de la Federación 3 de septiembre de 1993

15. CUELLO Calon, Eugenio: "Derecho Penal", decimonovena Edición, 1986.
16. Del Castillo del Valle Alberto: "Garantías Individuales y Amparo en materia Penal", México, Editorial Duero S.A. de C.V., Primera Edición 1992.
17. De la Cruz Agüero Leopoldo: "Procedimiento Penal Mexicano", México, Editorial Porrúa, Segunda Edición, 1996.
18. Diario de Debates de la Cámara de Diputados 23 de noviembre a 20 de diciembre de 1993.
19. Diario Oficial de la Federación de 3 de septiembre de 1993; 10 de enero de 1994; 22 de julio de 1994; 13 de mayo de 1996; 7 de noviembre de 1996.
20. DIAZ De León, Marco Antonio: "Tratado sobre las pruebas penales", México, Editorial Porrúa, S.A. Cuarta Edición, 1991.
21. DÍAZ de León, Marco Antonio: "Diccionario de Derecho Procesal Penal" y de términos usuales en el proceso penal. Tomo I y II México, Editorial Porrúa, Tercera Edición, 1997.
22. Exposición de motivos de la Presidencia de la República para las Reformas al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal publicadas en el Diario Oficial de la federación el 13 de mayo de 1996.
23. GARCÍA Ramírez, Sergio: "Curso de Derecho Procesal Penal", México, Editorial Porrúa, Cuarta Edición, 1983.
24. GARCÍA Ramírez, Sergio: "Poder judicial y Ministerio Público", México, Editorial Porrúa, Primera Edición, 1996.
25. GARCIA Ramírez, Sergio y Adato de Ibarra, Victoria: "Prontuario del Proceso Penal Mexicano", México, Editorial Porrúa, S.A. Primera Edición, 1993.
26. GOLDSTEIN, Raúl: "Diccionario de Derecho Penal y Criminología", Buenos Aires Argentina, Editorial Astrea, Cuarta Edición, 1993.
27. GONZÁLEZ Bustamante, Juan José: "Principios de Derecho Procesal Mexicano", México, Editorial Porrúa, Tercera Edición, 1959.
28. GONZALEZ De la Vega, Francisco: "Código Penal comentado", México, Editorial Porrúa, S.A., Décimo Primera Edición, 1994.
29. Instituto de Investigaciones Jurídicas: "Diccionario Jurídico Mexicano", Tomo D-H, México, Editorial Porrúa, Segunda Edición, 1987.

30. JIMENEZ De Asua, Luis: "La ley y el delito": Buenos Aires Argentina. Editorial Limusa, Decimoquinta Edición, 1990.
31. Ley Federal contra la delincuencia organizada Diario Oficial 7 de noviembre de 1996
32. MANCILLA Ovando, Jorge Alberto: "Teoría legalista del Delito", México, Editorial Porrúa, S.A., Primera Edición, 1990.
33. MANCILLA Ovando, Jorge Alberto: "Las garantías individuales y su aplicación en el proceso penal" Estudio Constitucional del Proceso Penal, México, Editorial Porrúa, Quinta Edición, 1993.
34. MONTIEL y Duarte, Isidro: "Estudio sobre garantías individuales", México, Editorial Porrúa, Quinta Edición, 1991.
35. O. Rabasa, Emilio y Gloria Caballero: "Mexicano esta es tu Constitución", México, Editorial Miguel Angel Porrúa, Undécima Edición junio de 1994.
36. OBREGON Heredia, Jorge: "Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal", México, Editorial Porrúa S.A., Sexta Edición, 1992.
37. ORONoz Santana, Carlos: "Manual de Derecho Procesal Penal", México, Editorial Limusa, Primera Reimpresión, 1990.
38. OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO: "La averiguación Previa", México, Editorial Porrúa, S.A. Séptima Edición, 1994.
39. PÉREZ Palma, Rafael: "Guía de Derecho Procesal Penal", México, Cárdenas Editor y Distribuidor, Tercera Edición, 1991.
40. RIVERA Silva, Manuel: "El procedimiento Penal", México, Editorial Porrúa, S.A., Vigésimo Novena Edición, 1990.
41. Semanario judicial de la Federación y su Gaceta, años 1995, 1996, 1997, 1998.
42. ZAMORA Pierce, Jesús: "Las garantías y el proceso Penal", México, Editorial Porrúa S.A., Séptima Edición, 1994.
43. ZAMORA Pierce, Jesús: "Garantías y Proceso Penal", México, Octava Edición, Editorial Porrúa, 1996.

LEGISLACION

1. - CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, México, Editorial Porrúa, S.A., 112ava Edición, 1996.
2. - Código Penal para el Distrito Federal, Editorial Sixta, 1997.
3. - Legislación Penal Procesal, México, Editorial Sixta, 1997.