



321909  
**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA  
DE MEXICO**

**CENTRO DE ESTUDIOS UNIVERSITARIOS  
LICENCIATURA EN DERECHO  
INCORPORACIÓN CLAVE 3219**

**“LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA ORDEN  
DE BUSQUEDA, LOCALIZACION Y  
PRESENTACION”**

**T E S I S**  
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:  
LICENCIADA EN DERECHO  
P R E S E N T A  
MARIA DE LOS ANGELES VALENCIA  
PIMENTEL

ASESOR: LIC. IVAN DEL LLANO GRANADOS



México, Distrito Federal

2005

0349869



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.

**ESTA TESIS NO SALE  
DE LA BIBLIOTECA**

## **A DIOS**

Gracias Señor por permitirme concluir mi tesis con salud y amor.

## **A MI AMOR**

Amor tú me haz enseñado que jamás se debe renunciar a un sueño y que si se lucha por lo que se desea al lograrlo se aprecia más, gracias por compartir conmigo tu vida, por enseñarme a gozar cada día las cosas nuevas, por tus alegrías, por emprender conmigo este reto. Admiro la entrega que tienes como ser humano al dar siempre sin esperar recibir nada a cambio; te dedico este éxito, se que para ambos esto es un logro más lleno de felicidad y sacrificios, mil gracias por tus desvelos, por ser el mejor papá, por llenar de alegría mi corazón y simplemente por existir.

TE AMO

## **A MI MAMA**

Mamita, le doy gracias a Dios por darme la oportunidad de ser tu hija, este triunfo es para ti, gracias mamá por ser la mejor mamá y papá del mundo, ahora se que no fue fácil, tu diste tu vida por mi hermana y por mi, nunca pusiste obstáculos para enfrentártela, admiro tu fuerza, tu integridad, tu valentía, tu sencillez, tu espíritu de lucha, tu humildad, pero sobre todo admiro a la mujer que eres; gracias a tu inmenso cariño y a tu dedicación hoy quiero compartir contigo este éxito en mi carrera que también es tuyo, gracias por tu apoyo y sin ti esto no hubiera sido posible, gracias mamita.

TE AMO

## **A MIS HIJOS**

Edgar y Santiago a ustedes mis pequeños les quiero recordar que los amo, que son mi fortaleza y que cada día que pasa se convierten en mis cómplices, esta tesis es para ustedes, para que cuando crezcan sea parte de su vida en ella esta el impulso que me hacen tener con su cariño, con sus travesuras y con su amor; al ver sus caritas llenas de felicidad este impulso se convierte en una exigencia para ser cada día mejor. Edgarín gracias por tus palabras de amor, al decirme mamita no te preocupes yo te ayudo ha cuidar a mi hermano para que tu termines pronto; no sabes que orgullosa me siento de ti. Santiago gracias por tu cariño y por tu comprensión.

Gracias mis angelitos LOS AMO.

## **A MI HERMANA**

Min , gracias por cuidarme, por enseñarme lo bella que es la vida, por creer en mi y por amar a mi familia; este logro también es para ti por que sin tu apoyo no hubiese podido terminarla. Sabes son tantas tus cualidades que me siento orgullosa de ser tu hermana, siempre estuviste conmigo cuando te necesite no tengo palabras para agradecer tu ayuda incondicional; eres la mejor hermana que Dios me pudo dar te quiero mucho. Gracias por ser mi amiga y por compartir mis triunfos.

TE QUIERO

## **A MI ABUELITA**

Le agradezco todo el amor que nos da, esto es una muestra de cariño y queremos que usted sea parte de ella, gracias por estar en este momento tan importante conmigo, esta tesis esta llena de felicidad y amor. No deje de sonreír.

LA QUIERO MUCHO

## **A JOSE EMILIANO**

Quien siempre lucha contra cualquier adversidad que se le presente, gracias por todo el apoyo y cariño que me brindaste.

## **A MIS SUEGROS**

Sr. Agustín y Sra. Tere les agradezco su confianza y apoyo para poder concluir con esta tesis, se que comparten con nosotros esta felicidad, gracias por ser parte de esta nueva etapa y sobre todo gracias por su cariño.

**A MIS CUÑADOS**  
Vero, César y Erika, gracias por todo su cariño y palabras de aliento hacia mí para poder concluir este trabajo. Los quiero mucho.

**AL LICENCIADO IVÁN DEL LLANO**  
Estimado Iván, gracias por todo tu apoyo y paciencia hacia conmigo para poder concluir este trabajo; gracias por confiar en mí y gracias por ser como eres.

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo ~~respetual~~.

NOMBRE: María de los Angeles  
Valencia Pimentel

FECHA: 15 Noviembre 2005

FIRMA: Cheryll Pimentel

## INTRODUCCION.

La presente tesis, tiene como finalidad el estudio de la figura jurídico-penal de la "orden de búsqueda, localización y presentación", que emplea el Ministerio Público Federal en nuestro país; de una manera clara y detallada, se analizará la naturaleza jurídica y en su caso, el fundamento legal de dicha orden de búsqueda, localización y presentación.

El problema que se presenta en la averiguación previa, es cuando el Ministerio Público, estando facultado para emplear los medios de investigación que considere pertinentes, con la única limitación de que estos no sean contrarios a derecho, hace uso de la orden de búsqueda, localización y presentación, mediante la cual ejercita sus facultades coercitivas frente al indiciado, para hacerlo comparecer y tomarle su declaración o bien formularle interrogatorio, fundamentando tal actuación como una forma de citación, que no se encuentra reglamentada en el Código Federal de Procedimientos Penales. Desde el punto de vista formal la orden de búsqueda, localización y presentación tiene como finalidad que el presunto responsable en la comisión de un delito concurra ante el Ministerio Público a declarar, lo que desde el punto de vista material constituye un verdadero acto de molestia, cuando la forma en que se ordena su citación es mediante su detención, tal circunstancia trae como consecuencia, aún y cuando sea momentáneamente, la restricción de su libertad, lo cual contraviene la garantía de legalidad jurídica que establece el artículo dieciséis constitucional<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> El artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su primer párrafo establece: "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". La garantía de legalidad consagrada en este precepto, se basa en el llamado principio de legalidad, consistente en que las autoridades del Estado, sólo pueden actuar cuando la ley se los permite, en la forma y términos que dicha ley determine.

La orden de búsqueda, localización y presentación que emite el Ministerio Público ha sido el instrumento comúnmente utilizado para lograr a través de una detención, la comparecencia de indiciado con la finalidad de que declare dentro de la averiguación previa. Al buscar las bases legales de dicho mandamiento nos percatamos que no existe ni en el Código Federal de Procedimientos Penales, ni en las leyes reglamentarias del Ministerio Público Federal, artículos que le den fundamento, por lo tanto esta orden ha sido creada a través de la práctica del Ministerio Público y es un tema que los autores de derecho procesal penal mexicano como Guillermo Colín Sánchez, José Silva Silva<sup>2</sup>, entre otros, no mencionan en sus libros, en consecuencia únicamente se tiene como antecedentes las opiniones que ha emitido la Suprema Corte de Justicia de la Nación a través de tesis aisladas y jurisprudencia, siendo esta última la que establece que la orden de búsqueda, localización y presentación es una práctica ilegal<sup>3</sup> y se fundamenta únicamente en el artículo 21 constitucional<sup>4</sup>. En virtud de lo anterior es indispensable analizar la figura del la orden de búsqueda, localización y presentación para tratar de buscar su fundamento legal y determinar su congruencia con lo establecido en el artículo 16 Constitucional.

La Hipótesis que se plantea es: Si la orden de búsqueda, localización y presentación que emite el agente del Ministerio Público en la averiguación previa en contra de un probable responsable implica un acto de privación de libertad, aunque momentáneo y transitorio, luego entonces es violatoria del artículo 16 Constitucional, toda vez que dicho precepto, no la contempla como presupuesto para realizar una detención.

---

<sup>2</sup> Véase COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, 14ª ed, México, Ed. Porrúa, 1997, p. 886, y SILVA SILVA, José A., *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed, México, Ed. Harla, 1997, p. 826.

<sup>3</sup> Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, materia penal, t. XX, agosto de 2004, tesis 1ª/J.54/2004, p. 233; CD-ROM: IUS.

<sup>4</sup> Idem, tesis 1ª/J.52/2004, p. 212; CD-ROM: IUS.

Dentro del objetivo específico de la presente tesis, tenemos el analizar la orden de búsqueda, localización y presentación que emite el Agente del Ministerio Público en la averiguación previa y determinar si implica un acto de detención y por lo tanto, analizar si se encuentra acorde con el artículo 16 constitucional.

Es de particular interés el estudio y análisis sobre la legalidad de la llamada orden de búsqueda, localización y presentación en la averiguación previa, a fin de evitar durante el desarrollo de la actividad investigadora del Ministerio Público, agravios a la libertad personal de las personas, corrupción, negligencia o abusos entre los servidores públicos encargados de su cumplimiento. Toda vez que el Ministerio Público utiliza dicha orden, como un instrumento coercitivo para presentar a un probable responsable a fin de que responda por el delito que se le atribuye. Sin embargo esta orden no se encuentra justificada ni fundamentada en el Código Federal de Procedimientos Penales, por lo tanto es violatoria del artículo 16 Constitucional.

La estructuración metódica de los contenidos temáticos, se realiza desde una perspectiva analítica desmembrando el fenómeno del objeto de la investigación, tomando en cuenta la situación concreta y real que prevalece en torno a la figura jurídica sujeta a estudio, observando las disposiciones legales que se encuentran contempladas y el desarrollo del tema en debate hasta la fecha, llevando a cabo la recopilación de las fuentes jurídicas que permiten darle un mejor sustento legal, por cuanto a su forma y contenido. Utilizando como técnica la dogmática o documental, consistente en la búsqueda de material bibliográfico que sirve de base y complemento a las cuestiones ya indicadas, ilustrando con ejemplos prácticos y con apoyo en la jurisprudencia, lo anterior a efecto de concluir con propuestas viables para la solución al problema planteado.

**CAPITULO I**  
**EL MINISTERIO PUBLICO**

## 1.1. CONCEPTO

Se ha hablado que el origen del Ministerio Público surge con la figura de los procuradores que servían a los emperadores romanos, nombrados para la defensa del fisco, o en los defensores de los ciudadanos en las antiguas ciudades.

Así en Roma es como surge la Institución hoy también conocida como el Ministerio Público. En Roma antes de que fuera conocida la Institución, la persecución de los delitos era una facultad solamente asignada a la víctima y sus familiares.

La primera manifestación que presenta semejanza con lo que siglos más tarde sería el Ministerio Público fue la de Saión, funcionario encargado especialmente de velar por los dominios reales de la monarquía francesa y que Carlo Magno convirtió en mantenedor de la ley.

Ya de Francia se extendió a Alemania y pasó sucesivamente a casi todos los países del mundo como representante de los grandes valores morales, sociales y materiales del estado.

Se habla de que en el Derecho Atico, un ciudadano sostenía la acusación cuya inquisición era llevada ante los Eliastas.

El origen del Ministerio Público, para algunos se da en Roma, para otros lo es en la legislación canónica del medioevo, por la eficacia del proceso inquisitorio en los tribunales eclesiásticos de los siglos XIII y XIV.

Para el autor Juventino V. Castro la institución nació en Francia, con "Los Procureurs du rui" de la monarquía francesa del siglo XIV.

Por lo que a la institución en España, las leyes de recopilación expedidas por Felipe II en 1576, reglamenten las funciones de los procuradores fiscales que acusaban cuando no lo hacía un acusador privado.

Sin embargo creemos que la ambigüedad del termino del Ministerio Público nos propone la idea de que aún precisados por la historia algunos de sus orígenes, es una institución no definida en cuanto a su cronología se refiere, como en México que los fiscales asumían el carácter de promotores de justicia y como tales realizaban una función impersonal, desinteresada y pública, obrando a nombre de la sociedad, pero no se presentaban con los caracteres precisos de la institución, porque no había una unidad de armonía e inspección, por lo que existían grandes lagunas en cuanto a las atribuciones de los agentes.

El Ministerio Público en nuestro país es una figura fundamental del proceso penal, teniendo su origen en diversos funcionarios encargados de la averiguación de los delitos, en base a sus antecedentes históricos los doctrinarios de derecho procesal penal coinciden en señalar que el Ministerio Público es una figura típica del enjuiciamiento mixto, que se consolida en el régimen napoleónico por asociación entre datos del proceso inquisitivo continental y el acusatorio ingles, tomando sus raíces en elementos españoles, franceses y nacionales<sup>1</sup>, conforme a lo anterior la ambigüedad del término Ministerio Público, propone la idea de que aún precisados por la historia algunos de sus orígenes, es una institución no definida en cuanto a su cronología se refiere.

Durante la época colonial y de acuerdo a la legislación española aplicable, la figura del Ministerio Público se concebía como promotor o procurador de la justicia, por lo que actuaba en nombre de la sociedad, sin que ostentara

---

<sup>1</sup> GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y ADATO GREEN Victoria, *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*, 10ª ed, México, Ed. Porrúa, 2002, p. 6.

caracteres precisos como institución, por falta de unidad e inspección, además de que existían lagunas en relación con la función de los agentes.

El decreto constitucional para la libertad de la América mexicana, expedido en Apatzingan en 1814, la Constitución de 1824; las siete leyes de 1836, y las bases orgánicas de 1843, situaron a los procuradores o promotores fiscales como integrantes de los organismos judiciales, sin establecer un verdadero organismo unitario y jerárquico.

Es así como nuestro sistema jurídico a partir de la independencia y durante todo el siglo XIX, esta institución se considero por la legislación mexicana, como parte del poder judicial federal. Con la expedición de las bases para la administración de la República, publicadas el 22 de abril de 1853, surgió la figura del Procurador General de la nación y es hasta las reformas a los artículos 91 y 96 de la Constitución de 1857, del 22 de mayo de 1900, que se separa definitivamente al fiscal y al Procurador General de la República de la suprema corte de justicia para hacerlo depender del poder ejecutivo, con lo cual se introdujo la influencia francesa sobre la institución, se emplea por primera vez en el texto constitucional la expresión "Ministerio Público"; y la organización de la cual forman parte queda a cargo de una ley especial.

En 1869 Juárez expidió la Ley de Jurados criminales para el Distrito Federal en donde se previene que existirán 3 promotores o procuradores fiscales, a pesar de la nueva nomenclatura: La de Ministerio Público y además se siguió la tendencia española en cuanto que los funcionarios no integraban un organismo, sino que eran independientes entre sí.

El presidente Díaz dio las características del Ministerio Público en México:

La primera ley orgánica de la Procuraduría General de la República, promulgada el 16 de diciembre de 1908, en la que se reglamentaron sus funciones y establecieron los principios que debería de ejercitar esta entidad.

Aún y cuando en el código de instrucción expedido el 15 de septiembre de 1880, que implanto los principios procesales de oralidad y publicidad del debate, propios del sistema acusatorio, todavía en 1910 en México no se concebía al Ministerio Público como órgano encargado de promover la acción penal; los jueces eran los encargados de llevar a cabo la averiguación previa, es decir, tenían bajo su mando la función persecutoria, de ahí su nombre de jueces instructores o pesquisadores.

El Ministerio Público desde la independencia hasta la fecha es el que se encarga de averiguar los delitos mediante las pruebas, razón por la que se considera con derecho para acusar al detenido.

El Ministerio Público, cuya actuación había sido indefinida y débil, a partir de la Constitución vigente adquiere importancia mayúscula, de simple figura decorativa pasa a ser elemento básico en la administración de justicia penal y de los demás intereses que le encomiendan las leyes.

La Constitución vigente de 1917 consagró en definitiva, la autonomía del Ministerio Público Federal, bajo la jurisdicción y dependencia del Procurador General de la República, reforma de trascendencia en el procedimiento penal mexicano a los artículos 21 y 102 de la Constitución Política de la República, que al reconocer el monopolio de la acción penal por el Estado, encomienda su ejercicio a un solo órgano: el Ministerio Público. La ley fundamental de la república en vigor, privó a los jueces de la facultad que hasta entonces habían tenido de

incoar de oficio los procesos; se apartó radicalmente de la teoría francesa y de las funciones de policía judicial que antes tenían asignadas; organizó al Ministerio Público como una magistratura independiente con funciones propias, y sin privarlo de su función de acción y requerimiento, lo erigió en un organismo de control y vigilancia en las funciones investigatorias encomendadas a la policía judicial, que hasta entonces habían sido desempeñadas por los jefes políticos, los presidentes municipales, los comandantes de la policía y hasta por los militares.<sup>2</sup>

Primero para conceptualizar al Ministerio Público citaremos a Liebman<sup>3</sup> quien nos dice al respecto que el órgano del estado instituido para promover la actuación jurisdiccional de las normas del orden Público, asimismo consideramos que es difícil proporcionar un concepto del Ministerio Público porque los ordenamientos de la actualidad atribuyen a este órgano otras funciones en diversas materias, otros autores como Vescovi afirma que en una acepción estricta y ajustada por Ministerio Público cabe entender solo el representante de la causa pública en el proceso.

Fix Zamudio<sup>4</sup> prefiere hacer una descripción del Ministerio Público como el organismo estatal que realiza funciones judiciales como parte o sujeto auxiliar de las diversas ramas procesales, como consejero jurídico de las autoridades gubernamentales y que además defiende los intereses patrimoniales del estado. A nuestro juicio la institución del Ministerio Público es principalmente judicial aunque a veces se le atribuyan actividades que merecen ser calificadas como administrativas.

---

<sup>2</sup> GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, *Derecho Procesal Penal Mexicano*, 10ª ed., México, Ed. Porrúa, 1991, p. 73.

<sup>3</sup> BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho Procesal*, Volumen II, México, Ed. Porrúa, 1969.

<sup>4</sup> Citado por ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Teoría General del Proceso*, México, Ed. Porrúa, 1989.

Hubo un tiempo en que pareció confundirse a la Procuraduría de Justicia con el Ministerio Público dando a ambas instituciones iguales alcances, la aclaración y precisión de conceptos se inició con el ordenamiento de esta materia en el Distrito Federal en 1971.

Respondiendo a su remota etimología latina, Ministerio Público es “Manus”, una mano popular, para promover y auspiciar que se administre justicia al pueblo.

Del derecho francés ha pasado a todas las legislaciones el principio que ha llegado a aceptarlo como indivisible.

Esto es lo que se acepta actualmente como que el Ministerio Público sea único e indivisible.

El Ministerio Público es una institución dependiente del estado, el cual actúa en representación de la sociedad en el ejercicio de la acción penal y la tutela social en todos aquellos casos que le asignan las leyes, es un órgano sin género, de naturaleza muy singular, ya que adopta un sin número de fases en su funcionar.

Al Ministerio Público también se le considera como fiscal, que viene de “Fiscus” y que significa: “Canasta de mimbre” ya que los romanos la usaban para recolectar los impuestos cobrados a los pueblos conquistados. Al Ministerio Público también se le llama Representante Social, porque representa a la sociedad en el ejercicio de la acción penal, sin embargo, el término de Ministerio Público se reviste de ambigüedad ya que se considera doctrinariamente como órgano administrador de justicia, también se le considera como órgano judicial, dicha imprecisión al tratar de conceptualizarlo impresionó a Carnelutti quien cuestionaba si acaso podía ser el Ministerio Público tan sólo una parte del todo.

Aún con la precisión de estos términos persiste la duda sobre si el Ministerio Público se debe ubicar como un órgano del área del ejecutivo o del judicial.

Actualmente la investigación de los delitos a través del procedimiento de averiguación previa se lleva a cabo única y exclusivamente por el Ministerio Público. Esta es la autoridad que interviene en la averiguación, ninguna otra esta facultada para desarrollar actos de averiguación de delitos.

Conforme a lo previsto en el artículo 21 constitucional, el Ministerio Público ejercita con exclusión de cualquier otro órgano del estado o particular, sea ofendido o no del delito, la función persecutoria. Esta comprende: la investigación del delito, la persecución del delincuente, el ejercicio de la acción penal y la subsecuente prosecución penal; además de otras funciones trascendentales, como son la promoción y vigilancia del orden constitucional, sin pasar por alto su presencia en los procesos civiles, familiares y administrativos.

Dicha función no constituye un derecho privado, es decir, no conforma la esfera jurídica de los particulares sino un derecho social, cuyo ejercicio esta atribuido en forma excepcional a dicha institución.

Atendiendo a la organización político jurídica del estado mexicano, el contenido vertido en los artículos 13, 102 A, 116, 122 D de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo instituido en las leyes reglamentarias, tenemos que en México existen: el Ministerio Público Militar, el Ministerio Público de la Federación, el Ministerio Público para el Distrito Federal, el Ministerio Público del Fuero Común para cada una de las entidades federativas.

En materia procesal penal, el Ministerio Público tiene tres funciones que son: la investigadora, la procesal y la acusatoria; para efectos de este trabajo nos avocaremos únicamente a la actividad investigadora, desarrollada por el Ministerio Público de la Federación en la etapa de averiguación previa, en la cual actúa como autoridad y se le reconoce cierto imperio para hacer cumplir sus determinaciones.

## **1.2. NATURALEZA JURÍDICA**

La institución del Ministerio Público, según se desprende de las leyes que regulan su actuación y que más adelante comentaremos en forma detallada, tiene como características:

- a) La unidad en el mando, a cargo del Procurador General de la República;
- b) La indivisibilidad de la función persecutoria, esto es, que tanto el Procurador como los agentes del Ministerio Público actúan en nombre de la institución y no por si mismos o en nombre propio;
- c) La subordinación administrativa y funcional de la agencia federal de investigación (AFI) al Ministerio Público, quien tiene expedita la facultad de dirigirla, ordenándole investigar los hechos o revocando los actos que hubiere realizado por iniciativa propia;
- d) Insustituibilidad, también llamada irrecusabilidad o imprescindibilidad, esto es, los agentes que la integran pueden excusarse para conocer de determinado asunto, pero no la entidad.

Autores como González Bustamante y Colín Sánchez, se refieren a dichas características como principios rectores de la función ministerial, sin embargo atendiendo al contenido del significado que entraña el concepto de principio, entendido como, razón, fundamento, origen, máxima o norma<sup>5</sup>, podemos decir validamente que son peculiaridades que distinguen a la institución gubernativa de otras entidades, como un organismo unitario y jerárquico.

El Ministerio Público, en lo penal, es una institución legal de origen administrativo, constituida por un conjunto de servidores públicos que, bajo la dirección del gobierno y al lado de los jueces, tienen por misión la defensa de los intereses de la sociedad en la persecución de los delitos<sup>6</sup>

Conforme a lo anterior y en base a lo establecido en el artículo 21 constitucional, tenemos que la naturaleza jurídica del Ministerio Público es administrativa, pues al ser un órgano de la administración pública federal, los actos que realiza llevan implícita la aplicación de los principios del derecho administrativo, toda vez que estos pueden ser revocados, modificados o sustituidos unos por otros, además de que su propia naturaleza reside propiamente en la discrecionalidad de sus actuaciones puesto que tiene facultades para determinar si debe proceder o no en contra de una persona y de acuerdo con ello realiza poderes de carácter indagatorio, preparatorio, coercitivo, ejerce la acción penal, propone demandas, presenta impugnaciones y puede solicitar providencias de toda clase; así también cuenta con una organización propia que por la jerarquía que prevalece dentro de la institución permite que se den órdenes, circulares y otras medidas tendientes a vigilar la conducta de quienes integran el Ministerio Público, aspecto que también se circunscribe dentro del orden administrativo.

---

<sup>5</sup> DÍAZ DE LEÓN, Marco A., *Diccionario de Derecho Procesal Penal*, Tomo II, 4ª ed, México, Ed. Porrúa, 2000, p. 1759.

<sup>6</sup> MESA VELÁSQUEZ, *Derecho*, tomo I, p. 21, cit en GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, (et. al), *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*, 10ª ed, México, Ed. Porrúa, 2002, p. 29.

Para delimitar las atribuciones y características del Ministerio Público, se señala el siguiente cuadro:

<b>Atribuciones</b>
• Investigar y perseguir los delitos a través del ejercicio de la acción penal.
• Asesorar jurídicamente al ejercicio del estado (Federal o Estatal).
• Asistir jurídicamente los intereses de los menores ausentes e incapacitados.
• Velar por la legalidad como principio rector de la convivencia humana.
• Mantener el orden jurídico establecido.
• Vigilar el cumplimiento de penas y medidas de seguridad.
• Proponer y vigilar el cumplimiento de penas y medidas de prevención del delito.
• Proteger los intereses particulares y colectivos contra cualquier arbitrariedad.

<b>Características</b>
• Instituciones de buena fe.
• Imprescindible.
• Su función es única e indivisible.
• Independiente.

### **1.3. PRINCIPIOS RECTORES**

El artículo 1 párrafo segundo de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República establece: "La certeza, legalidad, objetividad, imparcialidad y profesionalismo serán principios rectores en el ejercicio de las funciones y acciones en materia de procuración de justicia".

En el manual de organización de la Procuraduría General de la República, autorizado el 31 de enero del 2005, se define la misión que describe la identidad, razón de ser, propósito, destino y medios para llevar a cabo el quehacer institucional, esto es, el representar a la sociedad y a la federación en la investigación y persecución de delitos del orden fuero federal, con apego a los principios de legalidad, certeza y seguridad jurídica, con respeto a los derechos humanos que garanticen el estado de derecho.<sup>7</sup>

Es claro que el Ministerio Público se haya comprometido con la legalidad estricta y le interesa la aplicación objetiva y puntual de la ley; ¿pero en realidad sus actos como en el caso de la orden de búsqueda, localización y presentación para que el indiciado comparezca a declarar en la averiguación previa, se realiza al amparo de estos principios?, o es tan solo una determinación llevada a cabo sin un control efectivo que satisfaga las necesidades de justicia, de tal manera que un presunto responsable de un delito, queda bajo el arbitrio y voluntad de la misma institución, porque si bien el Ministerio Público, al ejercer sus funciones no funda su actividad, o la funda en causas ajenas a la ley, con ello evidentemente, rompe con el orden jurídico, lo cual no puede ser tolerado.

Carnelutti, al reconocer el monopolio de la acción penal por parte del Ministerio Público, considera que no implica que el ejercicio de la acción esté regido por el principio de oportunidad en lugar del de legalidad. La ley no se fía del Ministerio Público y tal desconfianza tiene la ventaja de garantizar lo mejor posible el respeto de la legalidad. Su posición de parte pública le impone más bien deberes que poderes para la vigilancia del orden social.<sup>8</sup>

---

<sup>7</sup> *Manual de organización de la Procuraduría General de la República*, México, 2005, p. 91.

<sup>8</sup> CARNELUTTI, Francesco, *Derecho Procesal Civil y Penal*, trad. Enrique Figueroa Alfonso, Vol. 2, México, Ed. Harla, 1997, p. 355.

La seguridad jurídica parte de un principio de certeza en cuanto a la aplicación de disposiciones tanto constitucionales como legales que, a un tiempo, definen la forma en que las autoridades del estado han de actuar y que la aplicación que se haga del orden jurídico a los gobernados sea eficaz.

El principio de legalidad, consiste en que las autoridades del estado sólo pueden actuar cuando la ley se los permite, en la forma y los términos que dicha ley determine. Su génesis se remonta al pensamiento jurídico y filosófico de la ilustración, que postulaba la obligatoriedad de que las autoridades se sometieran a las leyes, dado que éstas provenían de la voluntad y la razón del pueblo soberano.<sup>9</sup>

En resumen como garantías individuales la legalidad y seguridad jurídica entrañan la prohibición para las autoridades como en el caso del Ministerio Público de la federación de llevar a cabo actos de afectación en contra de particulares y, cuando deban llevarlos a cabo, deberán cumplir con los requisitos previamente establecidos en la ley que los regula, con el fin de no vulnerar la esfera jurídica de los individuos a los que dichos actos están dirigidos.

#### **1.4. ATRIBUCIONES DEL MINISTERIO PUBLICO**

El Ministerio Público de la Federación, se organiza conforme a los preceptos sustentados en el artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual ha sido objeto de diversas reformas y en la actualidad, en su inciso A, establece que la ley organizará al Ministerio Público de la Federación, cuyos servidores serán nombrados y removidos por el ejecutivo de acuerdo con la ley respectiva; que la institución del Ministerio Público estará presidida por el Procurador General de la República, quien será designado por el titular del

---

<sup>9</sup> Poder Judicial de la Federación, *Las Garantías de Seguridad Jurídica*, México, SCJN, 2003, (colección garantías individuales 2), p. 82.

Ejecutivo Federal con ratificación del senado, o en los recesos de la comisión permanente. Además señala los requisitos que se deben reunir para ser Procurador y que podrá ser libremente removido por el ejecutivo. Asimismo, en este precepto e inciso, se establecen las facultades del Ministerio Público de la Federación y su intervención en todos los negocios en que la federación fuese parte en los casos de los diplomáticos y los cónsules generales y en los demás que deba de intervenir el Ministerio Público de la Federación, el Procurador General de la República lo hará por sí o por medio de sus agentes, y que tanto aquél como estos serán responsables de toda falta, omisión o violación en que incurra con motivo de sus funciones, restringiéndose así la ilimitada facultad de atribuciones que originalmente tenía. A partir de las últimas reformas en diciembre de 1994, se le otorga una función exclusivamente federal: la representación de la federación, facultad no delegable del Procurador General de la República para ejercer la acción de inconstitucionalidad e intervenir en las controversias constitucionales a que se refiere el artículo 105 constitucional.

La Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República en su capítulo I establece las atribuciones del Ministerio Público de la Federación, señalado en su artículo 2º fracción I, la estricta observancia de la constitucionalidad y legalidad en el ámbito de su competencia, sin perjuicio de las atribuciones que legalmente correspondan a otras autoridades jurisdiccionales o administrativas, y en la fracción V del mismo precepto, la facultad de perseguir los delitos del orden federal, que en términos de lo dispuesto en el artículo 8º fracciones I y II de la ley en cita, serán en la averiguación previa y ante los órganos jurisdiccionales competentes.

De la interpretación sistémica y complementaria de los artículos 1º, 2º, 3º, 113, 134, 136, 144, 291, 292 del Código Federal de Procedimientos Penales, tenemos que el Ministerio Público de la Federación tiene dos formas de participación dentro del procedimiento penal, perfectamente delimitadas que son:

- a) Investigadora, con funciones específicas de presidir la averiguación previa, actuando como autoridad que concluye con el ejercicio de la acción penal y,
- b) Adscrita, con funciones de parte acusadora ante el órgano jurisdiccional conocedor de la causa, desde que se radica la averiguación previa sea con o sin detenido, hasta que se concluye a ese juicio.

El Ministerio Público que tiene a su cargo la investigación de los delitos, debemos entenderla como una función pública. "Función, del latín *functio*, es la acción o ejercicio de un empleo, facultad u oficio. Facultad significa aptitud, poder para hacer alguna cosa. El término función es más amplio, más propio porque en el se encuentra comprendida la facultad." <sup>10</sup>

Habida cuenta que, la investigación y persecución de los delitos, es facultad excepcional del Ministerio Público, en representación de la sociedad, según lo dispone el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, una correcta interpretación de dicho dispositivo, conduce a determinar que por *perseguir*, el constituyente de 1917, quiso dar a entender que incumbía al Ministerio Público y a la policía la averiguación de los delitos.

Considerando que la palabra *averiguación* de acuerdo con el diccionario jurídico mexicano es la acción y efecto de averiguar (del latín *ad, a* y *verificare*: de *verum*, verdadero y *facere*, hacer), indagar la verdad hasta conseguir descubrirla<sup>11</sup>; y por investigar entendemos la búsqueda sistemática, técnica, científica de pruebas que lleven a la demostración de que se ha cometido un hecho, un evento, un suceso que está descrito, prohibido y sancionado por una

<sup>10</sup> GONZÁLEZ BUSTAMANTE, op cit., p. 73

<sup>11</sup> INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo I, A-CH, 8ª ed, México, Ed. Porrúa/UNAM, 1995, p. 299

norma jurídico penal, es decir, un delito, así como la plena autoría, y de la responsabilidad de su autor, podemos inferir de acuerdo a la relación contextual entre dichos términos constitucionales; *persecución y averiguación* (previa), que los constituyentes usaron este último término, en el sentido de presentar dicho material recolectado (pruebas) a los tribunales.<sup>12</sup>

El valerse de medios para buscar pruebas es una facultad de origen y eminentemente privativa del Ministerio Público en la averiguación previa, porque de no ser así, se encontraría imposibilitado para acudir a los tribunales a ejercer la acción penal; consecuentemente, a dicha institución le está permitido practicar siempre y cuando no sean contrarias a derecho, toda clase de diligencias tendientes a acreditar el cuerpo del delito de un ilícito y la probable responsabilidad del indiciado, en términos de lo previsto en el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales.

---

<sup>12</sup> BARRITA LÓPEZ, Fernando A., *Averiguación previa (enfoque interdisciplinario)*, 4ª ed, México, Ed. Porrúa, 1997, p. 9

**CAPITULO II**  
**LA AVERIGUACION PREVIA**

## 2.1. CONCEPTO

En términos generales la averiguación previa consiste en una serie de diligencias realizadas por la autoridad investigadora en ejercicio de sus funciones de orden público y en cumplimiento de un imperativo constitucional, con objeto de indagar si hay elementos para determinar la existencia o inexistencia de un delito, así como, en su caso a sus probables responsables.

La averiguación previa, por un lado pretende realizar una investigación lo más exacta y extensa posible para confirmar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de algún individuo y por otro lado velar por los intereses de la sociedad principalmente la prevención de los delitos y la aplicación de la ley para quienes delinquen, esto último significando una garantía de legalidad. El Ministerio Público; como institución de buena fe tiene el encargo de realizar funciones en representación de la sociedad, tales como la persecución de los delitos a través del ejercicio de la acción penal, así como velar por la legalidad como principio rector de la convivencia humana. El presente capítulo refiere un panorama general del objetivo de la averiguación previa, el cual constituye la primera etapa del proceso penal.

Marco Antonio Díaz de León, afirma que corresponde a un conjunto de actos concatenados entre sí, que sirven para indagar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculcado, y de acreditarse éstos ejercitar la acción penal y pretender punitivamente ante el órgano jurisdiccional.<sup>13</sup>

El mismo autor refiere además, que la averiguación previa es un procedimiento de naturaleza *sui generis* emanada de la Constitución, equivale al

---

<sup>13</sup> DÍAZ DE LEÓN, Marco A., *Código Federal de Procedimientos Penales (comentado)*, 7ª ed, México, Ed. Porrúa, 2003, p. 5.

cúmulo de actos que corresponde realizar al Ministerio Público durante su función investigadora.<sup>14</sup>

La doctrina explica que el juez se había convertido en árbitro único del destino del inculpado, ya que la ley lo había investido con facultades omnímodas.

Al lado de esta posición suprema del juzgador, aparecían las prisiones indefinidas, los interrogatorios secretos, capciosos y con proyecciones hacia el tormento.

En la evolución que tuvo su despegue definitivo, en el siglo XVIII, el derecho público fue imbuido de tres directrices: aplicación de la razón, de la tolerancia y del humanitarismo.

Junto al derecho penal se desarrollaron estudios sociológicos, biológicos y antropológicos, buscando la intersección del fenómeno patológico de la delincuencia con el grado cultural. En seguida, al procedimiento inquisitivo, siguió la tendencia a establecer el procedimiento por acusación de parte. La delación fue sustituida por la denuncia, y para 1869 se estableció en el Distrito Federal el juicio por jurados, propendiendo a eliminar la investigación secreta.

El 15 de septiembre de 1880 se expidió el primer código de instrucción criminal, que implantó en el examen de los medios de confirmación tres importantes condiciones: los debates, la oralidad y la publicidad. Este Código fue sustituido por la Ley de 6 de junio de 1894, y ambos cuerpos procesales corresponden a la época de la presidencia del general Porfirio Díaz.

---

<sup>14</sup> Idem

El 5 de enero de 1857 se expidió la ley para juzgar a los homicidas, heridores y vagos, ley que no modificó el procedimiento seguido, sino que lo adaptó para los casos específicos citados, considerando la situación de inseguridad que vivía el país con motivo de la guerra interna. Más tarde, el 4 de mayo de 1857, la ley expedida para el Distrito Federal, que se ocupó del procedimiento civil, reglamentó en su artículo 179 las visitas de cárceles, y el 15 de junio de 1869 fue promulgada la ley de jurados.

Ambos ordenamientos mantienen un paralelismo indudablemente en cuanto a su estructura y directrices, que cambian solo en aspectos particulares, como oportunamente se verá, pero como establece el artículo I del Código Federal, el procedimiento se compone de cuatro periodos; a).- De averiguación previa; que comprende las diligencias para que el Ministerio Público resuelva si ejerce la consignación a los tribunales; b).- El de instrucción, que incluye la tramitación ante los tribunales con el propósito de averiguar la existencia de los delitos, las circunstancias en que se cometieron y la posible responsabilidad de los inculpados; c).- El llamado plenario o el juicio propiamente dicho, en que el ministerio público precisa una acusación y el acusado su defensa, procediendo los tribunales al valorar los medios de confirmación y pronunciar la sentencia definitiva, y d).- El de ejecución que va desde el momento en que causa ejecutoria la sentencia, hasta la extinción de las sanciones aplicables.

Este primer momento procedimental, comúnmente conocido como averiguación previa, implica la actividad averiguatoria y de investigación.

Cuando el Ministerio público procede a averiguar, lleva a cabo una actividad anterior a la que menciona el artículo 3 fracción I de la Ley Distrital, puesto que para dirigir a la policía a fin de que ésta compruebe el llamado cuerpo del delito y además le ordene la practica de las diligencias que estime necesarias, es menester que se cumpla con los supuestos que menciona el artículo 2 del

Código Federal, o sea, que reciba denuncia o querrela sobre hechos que pueden constituir el delito.

En la averiguación previa se realiza cuatro tipos de conductas con las que se constituye un procedimiento, que son comunicaciones, operaciones, daciones y ejecuciones. Hay comunicación cuando el Ministerio Público recibe las denuncias o querellas;

De manera particular, el título Segundo de la ley Distrital y también el Segundo de la Federal se destinan a la averiguación previa. El Distrital se inicia con una sección primera para las disposiciones comunes, y el federal con un capítulo destinado a la iniciación del procedimiento.

La notable diferencia entre el procedimiento para lo penal y los procesos para otros tipos de conflictos, no es tanto el carácter pesquisidor del procedimiento de averiguación, como esa actividad que dentro del mismo se desarrolla y que en las otras manifestaciones procesales se denomina fase probatoria.

El nombre correcto en los otros procesos es fase confirmatoria. Cuando se establece el debate, las partes afirman en el momento en que pretenden una sentencia favorable; por ende, a la afirmación corresponde confirmar, puesto que es necesario dar eficiencia a lo aseverado por cada parte. Esto se hace dentro del proceso, y si bien existe la posibilidad de procedimientos para procesales, como pueden ser los relativos a medidas precautorias, la fase confirmatoria esta dentro del proceso y no dentro de estos procedimientos no procesales que, en todo caso de exigir también que no se confirmen sus pretensiones accidentales, tendrán una fase adecuada para ello.

La diferenciación tajante entre lo que suele llamarse probanza procesal, también calificada de probanza en la averiguación previa se precisa teóricamente

en el hecho de que dentro del proceso confirman las afirmaciones de la pretensión punitiva, en tanto que durante la averiguación se constituyen o integran los tipos delictivos normativamente significados.

El Ministerio Público como pesquisador, reúne cuanto ha percibido personalmente u otros han conocido de manera directa y como el resultado de los dictámenes técnicos y científicos forman una estructura eidética que se sustenta o debe sustentarse lógicamente en la interconexión de los datos recogidos o inferidos.

Lo trascendental de este fenómeno es que la construcción ideológica va hacer el tema de la controversia procesal; por ello, los códigos de procedimientos penales llaman prueba a lo que no es sino el procedimiento de construcción del tipo delictivo, que constituye la fase de la averiguación previa. Como la terminología que se emplea en estas leyes es similar a la que se utiliza para la fase probatoria de los demás procesos, también cabe seguir usando diversas palabras, tales como la confesión a lo que no pasa de ser una participación de conocimiento del indiciado, pero habrá que tener cuidado para no dejar que el equívoco de las palabras induzca a erróneas confusiones doctrinarias o teóricas.

## **2.2. CUERPO DEL DELITO**

En cuanto al Código Federal, si bien lleva toda la materia de construcción indiciaria al título correcto, que es el Quinto, el que regula la averiguación previa, no deja de ofrecer esa presentación anfibológica en virtud de la cual las llamadas pruebas se tratan indistintamente para la averiguación previa y para efectos de la instrucción.

Por ello, este título viene después del Cuarto, que se denomina De la Instrucción y que pertenece ya al proceso, en otras palabras, el Código Federal

anticipa las reglas concernientes al proceso del conocimiento, y cuando en 25 artículos ha terminado con esta materia, regresa a la averiguación previa, so pretexto de normar aspectos de la instrucción que son comunes a la averiguación.

De ahí que comience con el artículo destinado a lo que llama comprobación del cuerpo del delito que, según el artículo 168 debe procurarse realizar puesto que es la base del proceso penal. El artículo indica que dicho cuerpo del delito se tendrá comprobado cuando se justifique la existencia de los elementos materiales que constituyen el hecho delictuoso, según lo determine la ley penal, salvo los casos en que tenga señalada una comprobación especial.

Sobre el particular la Suprema Corte ha expresado:

Por el cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyan el delito, como total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refieren sólo a la culpabilidad, pues así se desprende del capítulo relativo a la comprobación del cuerpo del delito. No es indispensable la fe judicial, tratándose de los daños en propiedad ajena, si las declaraciones del acusado y demás declaraciones se refieren al rozamiento habido entre los trenes, además del informe administrativo en que se alude a los daños y que fue impugnado por el quejoso. La comprobación del cuerpo del delito es la base del proceso penal; por lo tanto, no estando acreditados la totalidad de los elementos constitutivos del tipo delictivo, ni siquiera la modalidad del mismo, no puede declararse la responsabilidad jurídico penal.

### 2.3. DIVISION EN MEXICO

La división del procedimiento en México ha ocupado tanto a nuestro derecho positivo como a la doctrina elaborada en torno a éste. El texto original del artículo 1 del Código Federal, contuvo una división del procedimiento penal federal en cuatro periodos, a saber; averiguación previa, instrucción, juicio y ejecución. La insólita norma fue explicada por la exposición de motivos, el precepto de evidente carácter doctrinario, mucho más normativo, se incluyó en vista de que funcionarios no juristas, como son los jefes de hacienda. Profundamente modificado, el artículo 1 del Código Federal, sigue teniendo el carácter explicativo, doctrinal, pero ahora se destina a enunciar y describir nueve procedimientos, que son los comprendidos por el Código Federal, según lo indica a la cabeza del precepto.

Esos procedimientos, a los que se destinan las siete fracciones del artículo, son:

- a).- Averiguación previa, para que el Ministerio Público resuelva si ejercita la acción penal;
- b).- Preinstrucción, ante el órgano judicial una vez ejercitada la acción y hasta que se dispone la formal prisión o, en su caso, la libertad;
- c).- Instrucción, en que se procura comprobar el delito y sus circunstancias, así como la responsabilidad del inculpado y las circunstancias de éste;
- d).- Primera instancia, en que las partes precisan sus pretensiones y posiciones, y el juez dicta sentencia;
- e).- Segunda instancia, ante el órgano judicial superior, ad quem o de alzada, para resolver los recursos;
- f).- Ejecución, que es cumplimiento de condena; desde que la sentencia cause ejecutoria o estado, hasta la extinción de sanciones;
- g).- Procedimientos relativos a inimputables, a menores y a farmacodependientes.

La averiguación previa es la primera etapa del procedimiento penal. Vendrá luego en el proceso de conocimiento, la instrucción y el juicio y finalmente, en concepto cierto sector de la doctrina la ejecución de la pena. La averiguación previa, especie de instrucción administrativa, procura, el esclarecimiento de los hechos y la participación en el delito, probable responsabilidad, se desarrolla ante la autoridad del Ministerio Público, que sólo después deviene parte procesal. Comienza con la doctrina del crimen obtenida por la denuncia o la querrela, y culmina con el ejercicio de la acción penal o la resolución de archivo.

El primer momento procedimental, comúnmente conocido como averiguación previa, implica la actividad averiguatoria y de investigación, que debe ser distinguida de la inquisitiva de erróneas apreciaciones doctrinarias, legales y jurisprudenciales.

La averiguación de los delitos del Fuero Común en el Distrito Federal, se lleva acabo por los Agentes Investigadores del Ministerio Público, adscritos a la Dirección General de Averiguaciones Previas de la Procuraduría General de Justicia y por los que están comisionados en las agencias del Ministerio Público investigadoras de delitos, que funcionan en las diversas delegaciones de policía.

#### **2.4. NOCIONES DE LA AVERIGUACION PREVIA**

La averiguación previa es la etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad y decidir sobre el ejercicio o abstención de la acción penal.

En tanto que expediente es definible como el documento que contiene todas las diligencias realizadas por el órgano investigador tendiente a comprobar

en su caso, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad y decidir sobre el ejercicio o abstención de la acción penal.

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

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

Existen determinadas actividades que el Agente Investigador del Ministerio Público realiza normalmente en múltiples actas levantadas por diversos probables delitos independientemente del ilícito de que se trate, Las diligencias que en este apartado se exponen constituyen únicamente una guía general de las actividades más usuales en la actividad de levantamiento de actas de averiguación previa.

## **2.5. AVERIGUACION**

El artículo 1 del Código Federal de Procedimientos Penales, al establecer los distintos periodos del procedimiento penal, señala en su fracción I, el de la averiguación previa; que compete las diligencias necesarias para que el Ministerio Público pueda determinarse en orden al ejercicio de la acción penal.

Esta etapa de averiguación previa también recibe la denominación de preliminar; las actuaciones son realizadas, en sede administrativa, por el Ministerio Público.

La fase de averiguación comprende desde la denuncia o la querrela (que pone en marcha a la investigación) hasta el ejercicio de la acción penal, con la consignación o en su caso el acuerdo de archivo con la conclusión de la averiguación, o la determinación de la reserva, que solamente suspende la averiguación.

## **2.6. AVERIGUACION PREVIA**

Es la primera etapa del procedimiento penal ordinario donde el Ministerio Público como autoridad y en uso de su facultad investigadora practica todas las diligencias y se desahogan todas las pruebas tendientes a la comprobación de los elementos del tipo y la probable responsabilidad del inculpado;

Una vez que se presenta la condición de procedibilidad, estamos en aptitud de iniciar los primeros actos procedimentales. Éstos entran en lo que el Código Federal denomina "averiguación previa", también la averiguación previa se inicia con una resolución de apertura de la misma, conocida ad inquirendum (providencia por la cual se ordenan averiguaciones), y se supone que se ha satisfecho el requisito de procedibilidad correspondiente.

Respecto de la existencia de la averiguación previa en forma legal como está estructurada en México (es decir, en manos del Ministerio Público), ésta a dado lugar a dos posiciones diametralmente opuestas.

Dentro de la primera postura encontramos, que no acepta fundamentación constitucional para esta estructura de la averiguación previa, contamos con el

propio padre del procesalismo en México Alcalá Zamora y Castillo, en contrapartida hay tratadistas de importancia, como Sergio García Ramírez que han defendido en todos los órdenes a la averiguación previa incluso la ha justificado. Se le llama también instrucción administrativa, la preparación de la acción.

Las actas de averiguación previa deben contener todas y cada una de las actividades desarrolladas por el Ministerio Público y sus auxiliares, siguiendo una estructura sistemática y coherente, atendiendo una secuencia cronológica, precisa y ordenada observando en cada caso concreto las disposiciones legales correspondientes.

En el acta se consignan o documentan determinados acontecimientos, generalmente con el doble propósito de constituir y acreditar situaciones jurídicamente relevantes, de este modo se consagran, al amparo del principio de escritura de actos que se producen a lo largo del procedimiento penal. Destaca el uso que se hace de la expresión acta en el periodo denominado averiguación previa.

El Ministerio Público es una Institución de buena fe que viene a representar los intereses de la sociedad, y va a velar por la legalidad como principio rector de la convivencia humana.

El Ministerio Público recaba pruebas para acreditar los elementos del tipo y la probable responsabilidad del inculpado.

## 2.7. NATURALEZA JURIDICA

Tanto la ley como los precedentes judiciales y la propia doctrina se muestran en desacuerdo con respecto a su esencia, las que se han expuesto se deducen a dos corrientes o posiciones fundamentales.

Criterio de promoción. Entre las ideas más divulgadas, se sostiene que a través de la averiguación previa el Ministerio Público, especialmente el mexicano prepara la promoción de la acción procesal. Militan en esta corriente, González Bustamante, Rivera Silva, Colín Sánchez, etcétera.

Criterio de determinación. En este enfoque encontramos las ideas de Sergio García Ramírez, según este criterio el Ministerio Público no prepara la acción procesal penal, sino la determinación acerca de que si la inicia o no. Es decir, no es lo mismo preparar la promoción de la acción, que realizar los actos necesarios para resolver si se promueve o no la acción procesal.

Así sostiene García Ramírez "La averiguación previa...tiene como objetivo directo preparar la determinación del Ministerio Público, por igual comprensivo del ejercicio de la acción penal o de no ejercicio...No obstante esta realidad, suele otorgarse a la averiguación previa sinónimo de preparación de ejercicio de la acción penal"<sup>15</sup>

## 2.8. INICIO DE LA AVERIGUACION PREVIA

Toda averiguación previa debe iniciarse con la mención del lugar y número de la agencia investigadora en la que se da principio a la averiguación, así como de la hora y fecha correspondiente, señalando el funcionario que ordena el

---

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y ADATO DE IBARRA, Victoria, *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*, México, Ed. Porrúa, 1997, p. 47.

levantamiento del acta, responsable del turno y la clave de la averiguación previa, la averiguación previa se inicia mediante una noticia que hace del conocimiento del Ministerio Público la comisión de un hecho posiblemente constitutivo de delito, tal noticia puede ser proporcionada por un particular un agente o miembro de una corporación policíaca o cualquier persona que tenga conocimiento de la ejecución de un hecho presumiblemente delictivo, perseguible por denuncia.

## **2.9. OBJETO DE LA AVERIGUACION PREVIA**

La averiguación previa tiene por objeto que el Ministerio Público practique todas las diligencias necesarias para acreditar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del indiciado, en definitiva se trata de una preparación para el ejercicio de la acción.

Dentro de la Averiguación previa se deberá tratar de confirmar la existencia del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad de su autor

La averiguación previa, de la que generalmente se sostiene su naturaleza administrativa, seguida ante la autoridad del Ministerio Público y de la policía judicial, tiene como objetivo directo preparar la determinación del Ministerio Público, entendida esta en amplio sentido, por igual comprensivo del ejercicio de la acción penal o del no ejercicio, que se traduce en el sobreseimiento administrativo, frecuentemente denominado archivo. No obstante, esta realidad suele otorgarse a la averiguación previa acepción sinónima de preparación del ejercicio de la acción penal.

Colín Sánchez indica que la preparación del ejercicio de la acción penal se sucede en la averiguación previa, etapa procedimental en que el Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de policía judicial, practica todas aquellas 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. Osorio Nieto define a la averiguación previa como la etapa procedimental durante el cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso, el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal.<sup>16</sup>

La averiguación previa, pues se extiende desde la denuncia o la querrela que pone en marcha la investigación hasta el acuerdo de no ejercicio o la determinación de ejercicio de la acción penal, con la llamada reserva, en cambio no concluye la averiguación previa, sino solamente la suspende.

Es posible hacer subdivisiones en la fase de averiguación previa por lo que toca a procedimientos administrativos, de carácter doméstico, que introducen algunas subfases en este período del procedimiento. Así cabría distinguir entre procedimientos concentrados y desconcentrados, cuando por razones orgánicas y de conveniencia del servicio se hace un deslinde entre los ilícitos cuya averiguación y consignación pueden practicar los órganos desconcentrados de una Procuraduría, y los que corresponden a los concentrados cuyo conocimiento debe ser turnado por esas autoridades desconcentradas de los órganos centrales de la Institución.

Otra división del procedimiento propondría dos etapas básicas:

- a).- La de la averiguación en estricto sentido por y ante el agente que investiga el cuerpo del delito y la probable o presunta responsabilidad, hasta que se adopta un criterio resolutorio o suspensivo; y
- b).- La de resolución sobre la averiguación, que a su vez se desenvuelve en trámites diversos y conduce a autorizar o modificar las consecuencias resolutorias del criterio sustentado por quien hizo la averiguación.

---

<sup>16</sup> COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Op. cit., p. 916.

Con la consignación se inicia el trascendental periodo instructorio. Este posee, al decir de Florian, fines genéricos y específicos. Los propósitos genéricos de la instrucción son determinar si se ha cometido un delito, identificar a su autor y a los partícipes y decidir si existen elementos suficientes para el ejercicio o si debe sobreseerse; y aplicar, en su caso penas accesorias y medidas de seguridad.<sup>17</sup> Como es obvio, estas puntualizaciones, totalmente válidas para el derecho italiano, deben ser vistas con las naturales reservas a la luz del mexicano. En cuanto a los denominados fines específicos, ellos son: recoger elementos probatorios que el tiempo puede destruir, y poner en seguridad la persona del inculpado, por medio de la prisión preventiva, en casos graves.

Hemos dicho ya que la averiguación previa, desarrollada en sede administrativa, ante el Ministerio Público, es la primera fase del procedimiento penal mexicano. Con ella se abre, pues el trámite procesal que en su hora desembocará, llegado el caso en sentencia firme. No es posible, sin embargo, desencadenar de cualquier manera la averiguación previa. Para que ésta comience es menester que se satisfagan los llamados requisitos de procedibilidad, entendidos éstos como condiciones o supuestos que es preciso llenar para que se inicie jurídicamente el procedimiento penal.

Sobre esta materia es determinante el imperio del artículo 16 de la Constitución Política que habla de denuncia acusación o querella.

La corriente más difundida estima que al amparo de esta norma las voces acusación y querella son sinónimas, ambas a título de requisito de procedibilidad,

---

<sup>17</sup> Citado por ARILLA BAS, Fernando, *El Procedimiento Penal en México*, 4ª ed., México, Ed. Porrúa, 1997.

y que con apego a tal mandato han quedado proscritas en nuestro Derecho las delaciones secreta y anónima y las pesquisas general y particular.

El primer párrafo del artículo 286 bis Código Federal, precepto incorporado en 1988, fija la obligación del Ministerio Público de ejercitar la acción penal cuando aparezca de la averiguación previa que existe denuncia o querrela, que se han reunido requisitos previos que en su caso exija la ley, etcétera. Así, con una fórmula muy amplia, se está distinguiendo entre querrela, propiamente, y otros requisitos que producen los mismos efectos, o bien, remoción de un obstáculo procesal.

Dentro de la llamada averiguación previa se deberá:

- a).- Dar la asistencia a los damnificados. Encontramos así la asistencia médica y la restitución de ciertos bienes.
- b).- Aplicar ciertas medidas cautelares (obviamente, de naturaleza anticipativa, cual es recoger vestigios, ordenar detenciones en los casos específicamente establecidos, vigilar lugares o cosas (aseguramientos), sustituir la detención por caución, protesta y arraigo.
- c).- Realizar la investigación.
- d).- Desahogar medios probatorios (que confirmen o rechacen las aseveraciones denunciadas).
- e).- Documentar sus actividades, etc.

## **2.10. BASE CONSTITUCIONAL DE LA AVERIGUACION**

Al tenor del artículo 19 constitucional, advertimos que la Carta Magna si se refiere a ese periodo denominado averiguación previa, supuesto que los datos recabados en este deberán ser tenidos en cuenta por el tribunal en el momento de determinar si debe o no continuar el procedimiento.

Artículo 19. Ninguna detención podrá exceder el término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresarán:...y los datos que arroje la averiguación previa...”.

Cuestión aparte será la de indicar si el Ministerio Público es el único que puede dirigir, la averiguación previa. El texto constitucional en ninguna parte afirma que el periodo de la averiguación previa deba estar bajo la dirección del Ministerio Público.

Según la ley procesal, la averiguación previa debe concluir en alguna de las siguientes determinaciones:

a).- Archivo o sobreseimiento administrativo; más conocido en México como resolución de archivo, tiene como principales supuestos los siguientes:

- Que del resultado de la investigación se pueda afirmar que los hechos o conductas descubiertas no puedan ser calificados como delictuosos.
- Que el resultado de la investigación, aunque los datos encontrados si pueden ser calificados como delictuosos, la prueba (confirmación) resulta totalmente imposible.
- Que aunque esté confirmada la responsabilidad penal del potencial demandado, resulte que tal responsabilidad se ha extinguido, con lo casos de prescripción de la acción o derecho, revocación de querrela etcétera.

El efecto principal que produce la resolución de archivo o sobreseimiento administrativo consiste en que se extingue el derecho del actor penal para promover y ejercitar la acción procesal penal, que tenga como supuesto a los derechos de esa averiguación. De ahí que se equipare en sus efectos a la

resolución de archivo, con la sentencia absolutoria. (Lo anterior en base a los efectos de la sentencia y a la aplicación del principio non bis in ideu esto es, no ser juzgado dos veces por lo mismo.)

b).- Reserva o suspensión administrativa;

La suspensión administrativa es más conocida con el nombre de reserva. En el fondo, ésta no es una verdadera causa o supuesto de terminación del periodo de averiguación previa, sino tan sólo de suspensión.

A media vía entre el ejercicio de la acción penal y el no ejercicio de la misma o archivo de las averiguaciones, se sitúa la determinación llamada de reserva. En este ámbito, el artículo 131 del Código Federal, prescribe que si de las diligencias practicadas no resultan elementos bastantes para hacer la consignación a los tribunales y no aparezca que se pueda proseguir la averiguación, se reservará el expediente hasta que aparezcan esos datos, y entre tanto se ordenará a la policía que haga investigadores tendientes a lograr el esclarecimiento de los hechos.

c).- Promoción y ejercicio de la acción procesal

En los casos no comprendidos en el archivo o la reserva, el Ministerio Público o potencial actor penal promoverá la acción procesal, dependiendo del principio de oportunidad o de legalidad a propósito de la misma.

## **2.11. FACULTAD RESOLUTIVA DEL MINISTERIO PUBLICO**

El Ministerio Público deberá determinar si promueve o no la acción procesal, entendemos entonces que si el Ministerio Público esta autorizado para resolver si promueve o no la acción, tendrá por lo tanto, cierta facultad resolutive.

La resolución al final de la averiguación previa (de promover o no la acción) será entonces una finalidad, pero evidentemente resolver si existió o no el delito, y si una específica persona es o no responsable.

Respecto a esta facultad resolutoria del Ministerio Público, encontramos en la doctrina dos claras posiciones: negativas y positivas.

Alcalá Zamora respecto a esa función cuasijudicial, sostiene que el Ministerio Público no es una magistratura jurisdicente, sino únicamente requirente, y si por sí y ante sí se le permite impedir que el tribunal decida sobre el fondo, se le erigirá, de hecho en órgano jurisdiccional negativo, ya que no positivo, es decir, no podrá condenar, pero si evitar que se condene.<sup>18</sup>

Desde el punto de vista de la noción de la acción, lo cierto es que ahí no existe, ni puede existir acción penal, dada la ausencia de litigio, contienda que en el mejor de los casos implicaría una solicitud de reconocimiento a la posible renuncia de algún derecho, o a la licitud o de algún auto defensa.

El artículo del Código Federal de Procedimientos Penales dispone que le corresponde exclusivamente a los tribunales declarar cuándo un hecho no es delictuoso.

El Código Penal de 1880 y luego de 1894, establecieron que únicamente los tribunales de justicia podrían determinar la inocencia o la culpabilidad.

---

<sup>18</sup> SILVA SILVA, José A., *Derecho Procesal Penal*, Op. cit., p. 902.

## 2.12. REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD

Son las condiciones legales que deben cumplirse para iniciar una averiguación previa y en su caso ejercitar la acción penal contra el probable responsable de la conducta típica. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos alude a su artículo 16 como requisitos de procedibilidad, la denuncia, la acusación y la querrela.

La denuncia, acusación o querrela a la consignación de las diligencias ante el juez que los compete.

### Duración

- Con detenido delincuencia no organizada y ordinaria 48:00 horas.
- Delincuencia organizada o extraordinaria 96:00 horas.
- Sin detenido tratándose de delitos graves 6 meses tratándose de delitos no graves 3 meses.

Denuncia, relato que hace cualquier persona ante el Ministerio Público o sus auxiliares de un hecho posiblemente delictuoso. Es suficiente para que de inicio el procedimiento y fundamentalmente para el ejercicio de la acción penal.

La denuncia se hará verbalmente o por escrito al Ministerio Público o a cualquier funcionario o agente de la Policía Judicial, situación que obliga a proceder de oficio a la investigación de los delitos, siempre y cuando no se trate de infracciones que requieran para su persecución, el cumplimiento de algún requisito de procedibilidad o que se venza, un obstáculo procesal que impida iniciar el procedimiento o la persecución del mismo.

Para esos fines, se harán constar los hechos en un acta que contenga todas las diligencias que demande la averiguación.

Manuel Rivera Silva considera que la obligatoriedad de la presentación de la denuncia es parcial y no absoluta, ya que para hablar de obligatoriedad se requiere que exista la sanción, señala: "Cuando el legislador quiere que no se cometa un acto, fija una sanción a la comisión del mismo acto. Por ejemplo, si quiere proteger la vida, no establece en forma de principio mortal el "no matarás", sino que recurre a su poder coactivo y establece que al que mate le aplicará determinada pena, provocando en esta forma el temor de hacerse acreedor a la sanción y, por ende, obligando jurídicamente a no privar de la vida a alguien. . . Si el legislador quiere que se denuncien los hechos delictivos de los cuales tiene conocimiento, debe fijar una sanción para cuando no se ejecuta un acto, o sea para cuando no se hace la denuncia".<sup>19</sup>

Como únicamente en el caso citado existe sanción, en todos los demás la denuncia viene a ser una facultad potestativa. Pero si desde el punto de vista estrictamente legal esto es justificable, por otra parte, estimamos que fuera de las situaciones señaladas, la denuncia es un deber de toda persona y su justificación está en el interés general para conservar la paz social.

Acusación.- Es la imputación directa que se hace a persona determinada de la posible comisión de un delito, ya sea perseguible de oficio o a petición de la víctima u ofendido.

Querrela.- Relato que hace una persona directamente ofendida o su representante legítimo e implica la petición o denuncia expresa de investigar y perseguir al delito y al probable responsable<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Citado por OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto, *La Averiguación Previa*, 3ª. ed., México, Ed. Porrúa, 1998, p. 234.

<sup>20</sup> RIVERA SILVA, Manuel, *El procedimiento penal*, 20ª. ed., México, Ed. Porrúa, 1991, p.112.

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

### **2.13. INSPECCION MINISTERIAL**

Es la actividad realizada por el Ministerio Público que tiene por objeto la observación examen y descripción de personas, lugares, objetos, cadáveres y efectos de los hechos, para obtener un conocimiento directo de la realidad de una conducta o hecho, con el fin de integrar la averiguación.

Es necesario que el Ministerio Público inspeccione a las personas principalmente cuando se esta investigando la comisión de los delitos de lesiones, aborto, violación y estupro, con fines de integración del cuerpo del delito.

Cuando el lugar tenga interés para la averiguación y sea posible ubicarlo y describirlo se procederá a su inspección, siendo de suma importancia precisar si se trata de un lugar público o privado, tratándose de un lugar público se o procederá de inmediato a la inspección, pero en caso contrario esto es cuando el lugar tenga carácter de privado.

Cuando en relación a una averiguación se encuentran cosas, se procederá a describir minuciosamente éstas, precisando todas aquellas características que permitan establecer la relación entre el objeto y los hechos por averiguar y así mismo determinar la identificación del objeto.

Es objeto también de la inspección ministerial es el examen de las consecuencias, producidas por la conducta o hechos en personas, lugares y cosas, en averiguaciones de lesiones o daños entre otros.

Congruentemente al artículo 232 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, la razón en la averiguación previa procederá y operará cuando los sujetos relacionados con la averiguación, presenten documentos que deban obrar en la misma y en tal evento se registrará el documento asentando los datos que lo singularicen.

Se hará en la averiguación previa un asiento respectivo de vestigios o pruebas materiales de los hechos que se investigan, un lugar, objetos, ausencia de huellas o vestigios; circunstancias de ejecución, señales de escalamiento, horadación o uso de llaves falsas en los casos de robo, declaraciones respecto de casos de falsedad o falsificación, vínculos de tutela curatela, matrimonio, parentesco, amor, respeto o gratitud entre los indiciados y los testigos, la razón de dicho de los testigos, la circunstancia de no saber o no querer firmar el testigo; las circunstancias especiales del testigo que hagan de sospechar la falta de veracidad y la hora en que sea aprehendido el presunto responsable.

Respecto del ejercicio de la acción penal, esta resolución la toma el Ministerio Público en las averiguaciones previas, con detenido, tratándose de delitos conocidos como desconcentrados o sea aquellos que por disposición del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, corresponde su conocimiento a la Agencias Investigadoras o a las mesas de trámite que no forman parte del sector central.

El envío de la averiguación previa a la mesa de trámite del sector desconcentrado se realiza cuando se inician averiguaciones previas por delitos desconcentrados sin detenido o se deja en libertad al indiciado, a nivel de Agencia

Investigadora y la prosecución de la averiguación correspondiente a la mesa de trámite del Departamento de Averiguaciones previas correspondiente.

Procede remitir averiguaciones previas a las mesas de trámite del sector central cuando se inician averiguaciones previas sin detenido por delitos concentrados.

A la agencia central investigadora se envían las averiguaciones previas que se inicien en las agencias investigadoras del Ministerio público, cuando el conocimiento de los delitos corresponde al sector central y existe detenido.

El evento de que los hechos que motiven el inicio de una averiguación previa constituyan posibles delitos del orden federal, el Agente del Ministerio Público que tomo conocimiento de tales hechos enviará la averiguación previa y en su caso objetos, instrumentos y personas a la Procuraduría General de la República<sup>21</sup>.

Cuando en los hechos que se investigan aparezcan como autor de la conducta antisocial un menor, la averiguación previa relativa se enviará al Consejo tutelar para Menores Infractores del Distrito Federal, institución competente para determinar lo relativo a las conductas infractoras de los menores.

---

<sup>21</sup> GONZALEZ BLANCO, Alberto, *El procedimiento penal mexicano*, México, Ed. Porrúa, 1995, p. 89.

A la Dirección de Consignaciones se envían las averiguaciones previas sin detenido, cuando se refieran a hechos sucedidos en entidades federativas.

#### **2.14. GARANTIAS CONSTITUCIONALES EN LA AVERIGUACION PREVIA**

- Nombramiento de un defensor particular.
- Su libertad provisional (libertad previa) porque es previa a un proceso.
- Recepción de pruebas.
- El que establece que nadie puede ser coaccionado (declarar en su contra).

La averiguación previa, como etapa, como fase del procedimiento penal, requiere de garantías que aseguren un irrestricto respeto a los derechos de las personas que con uno u otro carácter, denunciantes o querellantes, ofendidos o víctimas, indiciados, testigos, etc., intervienen en la misma.

El Ministerio Público al integrar una averiguación previa debe observar y respetar íntegramente en todos los actos que realice, las garantías constitucionales establecidas para todos los individuos, de manera que la averiguación se efectúe con absoluto apego a derecho y no vulnere la seguridad y tranquilidad de los individuos.

De conformidad con el artículo 7 de la Constitución Mexicana, se estima que los tipógrafos y otros trabajadores o empleados afines, no incurren en responsabilidad penal, y por tanto no procede su detención y dependencia de un tercero ejecutan la labor meramente física de composición de la publicación, en igual situación se encuentran los expendedores, voceadores, papeleros y trabajadores semejantes que sin dolo intervienen en la divulgación de tales obras.

Para Fernando Arilla Bas<sup>22</sup> el periodo del ejercicio de la acción penal que las leyes de procedimiento acostumbra denominar la averiguación previa, tiene por objeto, como su mismo nombre lo indica reunir los requisitos exigidos por el artículo 16 de la Constitución General de la República, para el ejercicio de la acción penal: El desarrollo de este periodo compete al Ministerio Público.

La actividad averiguadora, primera fase de la persecutoria recibe, en ocasiones, el nombre de diligencias, no significa, en modo alguno que la Policía Judicial, sea un órgano investigador, con facultad de practicar diligencias, con independencia del Ministerio Público. El artículo 21 Constitucional Política de los Estados Unidos Mexicanos, no crea dos instituciones autónomas entre sí, ni siquiera vinculadas por relaciones de coordinación, sino por el contrario, dos instituciones (Ministerio Público y Policía Judicial). Las diligencias de la Policía Ministerial no son otra cosa que las diligencias de averiguación previa y las practicadas, en su caso, por individuos pertenecientes, a la Policía Ministerial, solamente serán válidas si son dirigidas por el Ministerio Público. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto al respecto que no es exacto que las diligencias practicadas por la Policía Ministerial carezcan de validez, porque cuando el Ministerio Público actúa en su carácter de autoridad y jefe de la Policía Judicial, el juez puede atribuir eficacia plena probatoria a las diligencias que aquel practique, sin incurrir en violación al artículo 21 Constitucional.

La averiguación previa se inicia: de oficio, por proceder de oficio se entiende, en razón de la propia autoridad de que está Investido el Ministerio Público de acuerdo con el artículo 21 Constitucional.

Por denuncia el artículo 16 Constitucional dice: No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o de detención, a no ser por la autoridad judicial, sin que

---

<sup>22</sup> ARILLA BAS, Fernando, *El Procedimiento Penal en México*, Op. cit., p 216

proceda la denuncia, acusación o querrela. Se ha entendido que, de acuerdo con el precepto constitucional transcrito, el periodo de la averiguación previa solamente puede iniciarse previa presentación ante el Ministerio Público, de una denuncia, acusación o querrela y que por lo tanto, dicho precepto prohíbe implícitamente la realización de pesquisas. En consecuencia todas las autoridades que ejecuten funciones de Policía Judicial se abstendrán de indagar respecto de la comisión de delitos en general y solamente procederán a aquellos que les han sido denunciados o querellados.

Cuando el Ministerio Público Federal tenga conocimiento por si o por conducto de sus auxiliares, de la probable comisión de un delito, cuya persecución dependa de querrela o de cualquier otro acto equivalente, que deba formular alguna autoridad legitimada, para presentar la querrela o cumplir el requisito equivalente, que deba formular alguna autoridad, los comunicará, por escrito y de inmediato a la autoridad legitimada, para presentar la querrela o cumplir el requisito equivalente, a fin de que resuelvan con el debido conocimiento de los hechos lo que a sus facultades o atribuciones corresponda. Las autoridades harán saber por escrito al Ministerio Público Federal la determinación que adopten. En caso de que conforme a lo que autoriza el artículo 16 Constitucional, el Ministerio Público Federal o auxiliares tengan detenidos a su disposición , así lo harán saber a las autoridades legítimas para formular la querrela o cumplir con el requisito equivalente y otras deberán comunicar por escrito la determinación que adopten, en el lapso de 24 veinticuatro horas.

Para la práctica de la averiguación previa, el Ministerio Público se sujetará a las formalidades exigidas por las normas que regulan la prueba.

La tramitación de la averiguación previa no está sujeta a término alguno, pero entendemos que en aquellos casos en que hubiere detenido, el ejercicio de la acción penal debe ser inmediato a la aprehensión, toda vez que el artículo 16

constitucional, manda que todo detenido que lo haya sido sin orden judicial, en los casos autorizados por el citado precepto, debe ser puesto inmediatamente a disposición de la misma.

El Ministerio Público debe agotar la averiguación previa y, en consecuencia, practicar todas aquellas diligencias que sean necesarias para reunir los requisitos del artículo 16 Constitucional.

La averiguación previa es un procedimiento encaminado a investigar los delitos, para así en su oportunidad, ejercitar la acción penal. Se le llama previa porque es un presupuesto indispensable para que pueda darse el proceso, mismo que se inicia con el ejercicio de la acción penal que durante ese procedimiento se preparó.

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.

Esta facultad siempre había recaído exclusivamente en los agentes del Ministerio público; sin embargo, en materia federal, la Policía Judicial, en ejercicio de sus facultades, debe recibir las denuncias de los particulares o de cualquier otra autoridad, sobre hechos que puedan constituir delitos de orden federal, sólo cuando las circunstancias del caso aquéllas no pueden ser formuladas directamente ante el Ministerio público, que la Policía Judicial Federal informará de inmediato acerca de las mismas y de las diligencias practicadas.

Es indispensable la información del Ministerio Público, desde el principio de la averiguación, y no basta para convalidar las actuaciones, que en segunda

instancia el Ministerio Público ejerza la acción penal, puesto que dicha acción se fundará en diligencias notoriamente ineficaces.

Ninguna ley establece una solemnidad especial para formular la acción penal; basta que le Ministerio Público promueva la incoación de un proceso para que tenga ejercitada la acción penal relativa, tanto más, cuanto que el exceso de trabajo en los tribunales penales no aconsejaría ni permitiría juzgar con un criterio muy riguroso la forma de esa promoción, bastando para los fines de un procedimiento regular, con que exista el pedimento respectivo.

El ejercicio de la acción penal se realiza cuando el Ministerio Público ocurre ante el Juez y le solicita que se aboque al conocimiento del caso: y la marcha de esa acción pasa durante el proceso por tres etapas: investigación, persecución y acusación. La primera tiene por objeto preparar el ejercicio de la acción ante los Tribunales y es lo que constituye la instrucción y, en la tercera o sea la acusación, la exigencia punitiva se concreta y el Ministerio Público puede ya establecer con precisión las penas que serán objeto de análisis judicial y, por lo mismo, esta etapa es la que constituye la esencia del juicio, ya que en ella pedirá en su caso, la aplicación de las sanciones privativas de libertad y pecuniarias incluyendo en éstas la reparación del daño, sea por concepto de indemnización o de restitución de la cosa obtenida por el delito.

El auto de radicación, produce como consecuencia jurídica que el Juez conozca en exclusividad de los hechos materia de la averiguación, atento al principio teórico práctico de la individualidad de la acción penal, que no puede ejercitarse sólo contra uno de los responsables, sino que alcanza a todos ellos. Además, dicho auto fija la jurisdicción del Juez y vincula a las partes al Órgano Jurisdiccional, entre ellas al Ministerio Público que deja de tener el carácter de autoridad por el ejercicio de la acción penal, para asumir su calidad de parte en el proceso, sin que pueda adoptar en el mismo asunto el doble aspecto de autoridad

y de parte porque se quebrantaría el principio del equilibrio, fundado en la igualdad de las partes. Por consiguiente, si se ejercita acción penal por el Ministerio Público, éste carece de facultades para iniciar o continuar una averiguación al margen y paralelamente a la que sigue al Juez de la causa, respecto de los mismos hechos ya consignados o en cuanto a personas distintas del indiciado, pero ligadas con esos hechos, puesto que esta investigación concierne al Juez al abocarse al conocimiento de la averiguación, a petición del Ministerio Público.

Las nuevas diligencias practicadas por el Agente del Ministerio Público, una vez ejercitada la acción penal ante el órgano jurisdiccional, carece de valor en razón a que éste ya no tiene el carácter de autoridad al haberse constituido en parte procesal y por tanto, no está capacitado para efectuar nuevas actuaciones por sí mismo en la averiguación, ya que sólo puede practicarlas el Juez de la causa.

## **2.15. ACCION PENAL**

Es el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal. Paralelamente la acción penal consiste en la actividad que se despliega con tal fin. La acción establece cuatro cometidos diversos y sucesivos: provocar, en primer lugar, la comprobación del delito; poner los elementos, subjetivos y objetivos del proceso a disposición del juez, a fin de que no se pierdan; proponer al juez las razones de la comprobación o establecimiento de la certeza; provocar finalmente, el nuevo examen de las providencias. La acción penal es en la doctrina más generalizada, el poder jurídico de promover la actuación jurisdiccional a fin de que el juzgador pronuncie acerca de la punibilidad de hechos que el titular de aquella reputa constitutivos de delito. (Alcalá Zamora y Levene). Esta acción es la exteriorización de la voluntad indispensable para la actuación del Derecho Penal objetivo, la base

y la razón de ser del Derecho penal, haciendo legítimo su normal desenvolvimiento (Gold-Stein, Diccionario).

La acción penal es el poder-deber del Estado para obtener de quien tiene la jurisdicción y la competencia, la sanción prevista por la realización de un hecho punible (Chiossone, Manuel). La acción penal (Meza Velázquez) es la potestad de poner en movimiento la jurisdicción para obtener, mediante el proceso, un pronunciamiento judicial sobre un hecho delictuoso o de apariencias delictuosas. Valdés apunta que acciones penales son aquellas por las que se pide la pena establecida por las leyes, como las que proceden de hurto u otro delito. Puede decirse que la acción penal es una acción pública ejecutada en representación del Estado por el Ministerio Público, y cuyo objeto es obtener la aplicación de la ley penal.

Para el ejercicio de la acción es indispensable la información del Ministerio Público desde el principio de la averiguación, y no basta para convalidar las actuaciones, que en segunda instancia el Ministerio Público ejerza la acción penal, puesto que dicha acción se fundará en diligencias notoriamente ineficaces.

Basta la consignación que del reo haga el Ministerio Público, para que se entienda que este funcionario ha ejercido la acción penal, pues justamente es la consignación lo que caracteriza el ejercicio de dicha acción, a reserva de que después y ya como parte dentro de la controversia penal, el Ministerio Público promueva y pida todo lo que a su representación corresponda.

El ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, obliga al órgano jurisdiccional a resolver sobre la petición que aquél deduce. En consecuencia, tan luego como el Juez reciba la consignación, dictara auto de radicación, en el que resolverá si el ejercicio de la acción penal reúne o no los requisitos del artículo 16 Constitucional.

Este auto sujeta a las partes y a los terceros al órgano jurisdiccional e inicia el periodo de preparación del proceso. A partir del momento en que se reciba la consignación con detenido, el Juez dispone de un término de cuarenta y ocho horas para tomar, dentro de él, la declaración preparatoria del consignado, y de otro de setenta y dos horas para resolver, también dentro de él, si decreta formal prisión o la libertad de aquél.

El Ministerio Público debe agotar la averiguación previa, en consecuencia, practicar todas aquellas diligencias que sean necesarias para reunir los requisitos del artículo 16 Constitucional, puede subdividirse en otros dos: 1.- Que esté agotada la averiguación en cuyo caso el Ministerio Público decretará el archivo, es decir el no ejercicio de la acción penal y 2.- Que no esté agotada la averiguación en cuyo caso el Ministerio Público deberá archivar las diligencias provisionalmente, en tanto desaparece la dificultad material que pidió llevarlas a cabo.

En el segundo caso pueden presentarse, a su vez otras dos situaciones; Que se encuentre detenido el responsable y que no se encuentre. Si se encuentra detenido, el Ministerio Público deberá consignar dentro de las veinticuatro horas siguientes a la detención en los términos del artículo 107 Constitucional, toda vez que el vocablo aprehensión que contiene dicho precepto debe tomarse no en sentido rigurosamente procesal, sino genéricamente. Y si no se encuentra detenido, consignará solicitando orden de aprehensión. En los casos de que el delito por el cual se consigna tenga señalada únicamente una sanción no corporal o una alternativa que incluya alguna no corporal, el Ministerio Público se limitará en la consignación a solicitar que el juez cite al inculpado para que comparezca ante él.

El Ministerio público una vez que se ha ejercitado la acción penal, se convierte de autoridad en parte, y, por ende, extinguido el período de preparación del ejercicio de dicha acción carece de facultades de investigación. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto que después de la consignación que el Ministerio Público hace a la autoridad judicial, termina la averiguación previa y el Ministerio Público no debe seguir practicando diligencias de las cuales no tenga conocimiento el juez hasta que le sean remitidas después de la consignación y es inadmisibles que, al mismo tiempo, se sigan dos procedimientos, uno ante el juez de la causa y otro ante el Ministerio Público. En consecuencia, las diligencias practicadas por el Ministerio Público y remitidas al juez con posterioridad a la consignación, no puede tener valor alguno, ya que proceden de parte interesada, como lo es el Ministerio Público, y que esa institución sólo puede practicar válidamente diligencias de averiguación previa.

La conversión del Ministerio Público de autoridad en parte le veda igualmente ejercitar la acción penal, sin averiguación previa, contra personas cuya responsabilidad se acredite en el curso de un proceso o ampliar el ejercicio de la ya ejercitada.

El ejercicio de la acción penal puede estar condicionado a la resolución de una cuestión prejudicial. La palabra prejudicial significa lo que precede al juicio. Sin embargo, cuando menos por lo que respecta a nuestra legislación, no todas las cuestiones conocidas con este nombre, preceden al juicio, pues algunas preceden al ejercicio de la acción.

El Ministerio Público forma una institución única, por lo que, una vez abandonado el ejercicio de la acción, por parte de uno de sus miembros, no pueden reanudarse por otro, sin vulnerarse el principio de unidad y responsabilidad de la misma institución.

El artículo 21 de la Constitución, al confiar la persecución de los delitos y del ejercicio de la acción penal al Ministerio Público, lo hizo sin traba y sin distinción de ninguna especie; así, si el Agente del Ministerio Público se desiste de la acción penal, violando la ley orgánica respectiva, esto será motivo para que se le siga el correspondiente juicio de responsabilidad, más no para anular su pedimento, ni menos para que los tribunales se arroguen las atribuciones que son exclusivas del Ministerio Público y manden continuar el procedimiento, a pesar del pedimento de no acusación, pues esto equivale al ejercicio de la acción penal y a perseguir un delito, violando abiertamente el artículo 21 Constitucional.

Cuando da instrucciones el Procurador de Justicia, a uno de sus Agentes para que se desista de la acción penal, obra como parte y debe desecharse por improcedente la demanda de amparo que contra tal acto se interpone.

Conforme a la Ley Orgánica del Ministerio Público del Fuero Común, en el Distrito Federal, los agentes del Ministerio Público, adscritos a los tribunales penales, sólo pueden desistirse de la acción persecutoria o de los pedimentos que hubieren formulado, cuando así lo resuelva el Procurador General, oyendo el parecer de los Agentes auxiliares; pero aun cuando el Agente del Ministerio Público haya sido autorizado para desistirse y por lo mismo, hubiera obrado en el ejercicio de facultades expresas, el Juez del proceso no está obligado a aplicar exactamente la ley, dentro de sus facultades, para imponer penas, su función decisoria sólo puede estar supeditada a las constancias del proceso, y si en éste existen indicios bastantes para considerar comprobados los elementos constitutivos de un delito y la presunta responsabilidad del reo, el auto de formal prisión que dicte el Juez, no obstante el desistimiento del Ministerio Público, está arreglado a derecho.

El Agente del Ministerio Público y el Procurador General de Justicia señalados como responsables, no obraron como autoridades, sino como partes al

desistirse de la acción penal, por lo que contra tal acto que de ellos se reclama, es improcedente el amparo en términos de la fracción XVIII del artículo 73 en relación con la fracción I, del artículo 1 de la Ley de Amparo a contrario sensu, y es operante el sobreseimiento fundado en el artículo 74 fracción III de la propia ley.

La petición del Ministerio Público, que interviene en la revisión, cuando es adversa al pedimento condenatorio, hecho por el agente adscrito, al juzgado de Distrito, implica jurídicamente un desistimiento del recurso interpuesto por el agente últimamente citado, puesto que ambos pertenecen a la misma Institución y por consiguiente, procede declarar firme el fallo del inferior.

Una vez provocada la jurisdicción al ponerse en movimiento la acción penal por el órgano público encargado de su ejercicio, la institución del Ministerio Público sólo podrá desistirse en los casos expresamente previstos por la ley, ya que su obligación en conducir el proceso hasta la sentencia que deba dictar la autoridad judicial; y si el Ministerio Público como institución de buena fe que debe ser, estimó que los agravios expresados por el acusado en la apelación, eran fundados, al considerar que el Juez de primera instancia hizo inexacta apreciación de las pruebas del proceso, no por ello debe entenderse que el Tribunal estaba obligando a resolver el recurso absolviendo al inculpado, puesto que es facultad exclusiva de la autoridad judicial fallar con vista de las constancias procesales y, en consecuencia, dictar resolución de propia autoridad, ya que sólo así se mantiene el orden jurídico establecido por el artículo 21 Constitucional.

**CAPITULO III**  
**MEDIDAS CAUTELARES PENALES**

### **3.1. CONCEPTO.**

Etimológicamente, la palabra medida, en la acepción que nos atañe, significa prevención, disposición; prevención a su vez, equivale a conjunto de precauciones y medidas tomadas para evitar un riesgo. En el campo jurídico, se entiende como tales a aquellas medidas que el legislador ha dictado con el objeto de que la parte vencedora no quede burlada en su derecho.

### **3.2. SINTESIS DE LA EVOLUCION HISTORICA DE LAS MEDIDAS CAUTELARES.**

La aplicación de medidas cautelares en el proceso penal es tan antigua como el derecho mismo. La necesidad de asegurar la presencia del acusado en el proceso, motivo el aseguramiento de los mecanismos propios, desde las más antiguas épocas.

El derecho romano recoge remotos antecedentes sobre la detención y el aseguramiento del acusado. Los magistrados romanos estaban investidos de la facultad de citar ante sí a los inculcados, estableciendo el día y lugar en que debían comparecer, pudiendo ser tanto en algún sitio de la propia ciudad, como fuera de ésta.

Si el inculcado no concurría a la citación, podía el magistrado disponer su detención y, de esta forma, hacer efectivo su llamado, mediante la conducción de la persona a su presencia.

Aquellos que no concurrían a la citación y trataban de ocultarse para no comparecer ante el magistrado que reclamaba se presentara, se les incluía en una lista de "buscados", algo así como "prófugos" o "rebeldes", quienes de ser

capturados eran presentados ante el magistrado y, además, se les embargaban sus bienes.

En el Derecho Romano, no se conocían las medidas cautelares tal como se conciben en la actualidad, sin embargo, contaba con ciertas instituciones parecidas y que cumplían con similares objetivos a las de hoy en día.

La *Pignoris Capio*, era un procedimiento que consistía en la toma por el acreedor, como garantía, de determinados bienes del deudor, con el objeto de constreñirlo al pago de su deuda. Constituía una de las acciones de la ley ejecutiva del procedimiento procesal de la *legis actiones*, consistente en la toma de un objeto, realizada por el acreedor de entre los bienes del deudor al mismo tiempo que pronunciaba determinadas palabras y sin ser necesaria, tal vez, la intervención del magistrado; tal derecho correspondía al soldado contra quien debía entregar el dinero para adquirir su caballo o debía pagar el forraje o alimento del mismo, y en otros supuestos, en favor de los publicanos y del que hubiese entregado un animal para un sacrificio y no recibiese el precio<sup>23</sup>.

También constituía un medio de coacción de que gozaba el magistrado en virtud de su *imperium* para embargar bienes a la persona que desobedeciera sus mandatos. Con posterioridad, las *legis actiones* fueron reemplazadas por el procedimiento formulario, denominado de esa manera porque el magistrado redactaba un documento pequeño, en presencia y con la colaboración de las partes, en el cual se concretaban las pretensiones del actor y del demandado en el litigio y se indicaba al juez la cuestión a resolver otorgándole el poder de juzgar, así, la fórmula le daba a éste poder para condenar al demandado en la suma que anteriormente debería haber entregado para liberar la prenda

---

<sup>23</sup> ARANGO RUIZ, Vincenzo, *Las acciones en el derecho romano*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1945

Finalmente, en el Derecho Romano, una vez trabada la litis con la contestación, la cosa litigiosa no podía ser enajenada, ni destruida, ni deteriorada, de manera que debería ser entregada al ganancioso en el estado en que se hallaba al iniciarse la contención. Aquí se puede encontrar un símil con las medidas preventivas actuales, particularmente con la prohibición de enajenar y gravar y con el secuestro.

También el magistrado podía disponer el aseguramiento mediante la prisión provisional de aquel inculcado que citaba o detenía; decisión que estaba a su libre arbitrio, pudiéndola ordenar en otros casos por ejemplo, cuando eran desobedecidas sus órdenes.

Esta prisión preventiva se ejecutaba de distintas formas. Podía imponerse en hechos graves o contra la seguridad del estado, para que se cumpliera en cárceles públicas; en otros casos se guardaba bajo la custodia de soldados, quienes residían junto con el propio inculcado, asegurado con la prisión preventiva, o lo vigilaban de cerca, siguiendo sus pasos; también se ejecutaba bajo la custodia de una persona de la ciudad, que era la encargada de su vigilancia. Estas dos últimas formas de prisión preventiva estaban reservadas, generalmente, para aquellos que, por su posición social y económica, ocupaban un lugar privilegiado dentro de la sociedad dividida en clases de la antigua Roma.

La facultad de elegir cualquiera de las variantes de esta medida, quedaba a disposición del magistrado, quien tomaba en consideración para la determinación de la medida a imponer, la fortuna económica y la categoría social del acusado, la gravedad del hecho imputado y los elementos de prueba que obrasen contra él.

Desde ésta época existía ya, también como medida cautelar para asegurar al indiciado, la fianza, cuyas modalidades fueron variando; está era una forma de gozar de libertad con alguna garantía, que generalmente se concedía cuando no

se trataba de un crimen grave y siempre que no fuera un delito contra la seguridad del estado. El acusado que no depositara la fianza fijada por el magistrado, era constituido en prisión provisional.

Sin embargo, era admitido por los romanos que el acusado se sustrajera de la acción judicial, mediante el exilio voluntario, lo cual se consideraba en aquella época, como la más severa sanción que se podía imponer, llegando a ser denominado por algunos jurisconsultos la "pena capital".

Cuando un acusado carecía de fiador y por tanto, se le encarcelaba, esta medida no podía durar más de un año, en cuyo término debía resolverse el proceso penal; de igual forma sucedía en el caso de los hombres libres a quienes se les juzgaba de inmediato o, a lo sumo, en un lapso de 30 días, si se trataba de algún delito que implicaba la sanción de muerte.

Las mujeres también eran objeto de un tratamiento diferenciado; no se les constituía en prisión provisional, y aquellas que no podían proporcionar la fianza impuesta, les era sustituida esta medida de aseguramiento por el simple compromiso de presentarse ante la autoridad. Solo en casos muy excepcionales, las mujeres eran internadas en monasterios o entregadas a otras mujeres para que las custodiaran de manera pública, quedando en libertad bajo este tipo de vigilancia, que era considerada como una forma de prisión provisional.

Tales medidas estaban encaminadas a reducir la cantidad de inculpados sujetos a prisión provisional y agilizar el proceso penal, con lo que se conseguía además la igualdad de posibilidades entre la parte acusada y la acusadora, en una etapa en la que existía poca participación del estado en la promoción de los procesos penales, los cuales, en general, eran generados por acusaciones de otros ciudadanos y la justicia se impartía con la participación popular de los ciudadanos, sin que éstos se dedicaran profesionalmente a la actividad de impartir

justicia. Cabe destacar que de tales funciones estaban excluidos los esclavos, las mujeres, los plebeyos y los que no tenían la condición de ser ciudadanos<sup>24</sup>.

Esta forma de enjuiciar los hechos se ha denominado como sistema acusatorio. Generalmente, en el sistema acusatorio, se utilizaba muy poco la medida cautelar de prisión provisional, por lo que algunos consideran que es también un rasgo típico de esta forma de efectuar el proceso penal. Este sistema de enjuiciar que se desarrollaba en Roma, lo observamos también en Grecia.

El procedimiento inquisitivo implicaba la generalización de la medida cautelar de prisión provisional a casi todos los acusados, pues solo así se conseguía someterlos a torturas, mantener en secreto las actuaciones y poder desarrollar el proceso escrito, sin oposición al juez.

Por otra parte, esta medida cautelar garantizaba que el acusado no escapara de la, generalmente, temible pena que se le podía imponer. No es concebible el desarrollo de un proceso criminal en esta época, sin que el reo se encontrara en prisión a disposición del inquisidor que aplicaba las más refinadas y crueles torturas para conseguir la confesión.

Existían dos tipos de torturas, la ordinaria, destinada a conseguir la confesión del delito por parte del inculcado, responsabilizándose con la realización de los hechos imputados; y la tortura extraordinaria, que se administraba antes de la ejecución de la pena, con el fin de que el reo delatara a sus presuntos cómplices.

Además la tortura se aplicaba para conocer si el acusado era responsable de algún otro delito, ajeno a los que se les atribuían, e incluso, desconocido por

---

<sup>24</sup> MAIER, Julio B., *Derecho Procesal Penal*, Tomo I.

sus inquisidores, quienes no tenían ni la menor sospecha fundada de que el acusado hubiera cometido otros hechos semejante.

La confesión del reo, como prueba convincente en esta manera de enjuiciar, era más absoluta si se obtenía por medio del tormento, considerando que no era suficiente la deposición extrajudicial del acusado, o sea, sin la aplicación de la tortura física. Esta confesión obtenida mediante el dolor físico y su secuela psíquica, debía ser ratificada posteriormente, bajo juramento, cuando concluyeran las sesiones de tortura y firmada por escrito, pero en esa ocasión el acusado se retractaba, o de cualquier otra manera no confirmaba lo que antes había dicho bajo el influjo del castigo corporal, entonces era atormentado de nuevo<sup>25</sup>.

Hoy en día parece ser que esta situación no ha variado mucho pues bajo el disfraz de la "legalidad", la orden de búsqueda, localización y presentación, que no esta regulada como tal en el código federal de procedimiento penales, tiene como finalidad obtener la confesión del indiciado y es una tortura para contra quien se dirige al momento en que se ordena su cumplimiento mediante agentes federales de investigación.

El triunfo de la revolución francesa (1789), significó el derrumbe del sistema inquisitivo; la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, el restablecimiento del principio del debate judicial entre las partes, así como la defensa de oficio del acusado, introdujeron importantes modificaciones al procedimiento inquisitorial; comenzaron a mezclarse instituciones del sistema acusatorio con los del inquisitivo, surgiendo un sistema de enjuiciar mixto, que tuvo su consagración en el código de instrucción criminal, francés, promulgada en

---

<sup>25</sup> CAFFERATA NORES, J., *La Excarcelación*, Buenos Aires Argentina, 1988, pp.20-21.

1808 y que sirvió para difundir la esencia de este nuevo sistema de enjuiciar, denominado "mixto".<sup>26</sup>

Al tenor de estos principios, el procedimiento penal fue evolucionado, de acuerdo con la experiencia práctica y el análisis de sus instituciones tomado lo mejor del procedimiento acusatorio e inquisitivo, y rechazando sus aspectos inhumanos, obsoletos y contrarios a los fines de la justicia, estructurándose un sistema de enjuiciar mixto, denominado también como "acusatorio formal", que se mantiene en nuestros días en nuestro país.

En el Derecho Español, encontramos en las "Siete Partidas", sancionadas por el Rey Alfonso "El Sabio", específicamente en la Tercera, normas sobre materia procesal en donde se establecía que si el demandado enajenaba la cosa después del emplazamiento, la enajenación era nula, en consecuencia el comprador debía perder el precio que había pagado por ésta, siempre y cuando hubiera tenido conocimiento previo de la demanda; es así que se nos asemeja al secuestro de la cosa litigiosa, prohibiendo al demandado disponer de la cosa sobre la cual versa la litis. Así mismo, sobre la medida del arraigo dispusieron las Leyes de Toro y la Novísima Recopilación.

### **3.3. CARACTERISTICAS.**

La necesidad de que existan medidas cautelares en el proceso penal obedece a la combinación de dos factores: por un lado, todo proceso con las debidas garantías se desarrolla siguiendo unas normas de procedimiento por lo que su duración es temporal; y por otro, la actitud de la persona a la que afecta el proceso, que si es culpable o así se siente, su tendencia natural le llevará a realizar actos que dificulten o impidan que el proceso penal cumpla su fin (hará

---

<sup>26</sup> DOMÍNGUEZ F., *El Derecho a la Libertad en el Proceso Penal*, Buenos Aires Argentina, Ed. Némesis, 1984, prólogo.

desaparecer los datos que hagan referencia al hecho punible, se ocultará, etc.) Por ello, la ley faculta al órgano jurisdiccional a que adopte determinadas precauciones para asegurar que puedan realizarse adecuadamente los diversos actos que conforman el proceso, y para que al término del mismo la sentencia que se dicte sea plenamente eficaz.

En consecuencia, podemos definir las medidas cautelares como aquel conjunto de actuaciones encaminadas al aseguramiento del juicio y a la efectividad de la sentencia que se dicte.<sup>27</sup>

El fundamento específico de las medidas cautelares que se adoptan en el proceso penal coincide en lo sustancial con el que se adopta en el ámbito civil; y sus características son:

a) Jurisdiccionalidad. La medida debe ser adoptada por un órgano dotado de jurisdicción, ya que es una manifestación más de la función jurisdiccional.

b) Instrumentalidad. Las medidas no pueden configurarse con un fin en sí mismas, sino como mero instrumento para hacer efectivo el proceso y la ejecución de la sentencia que eventualmente se dicte.

c) Idoneidad. Supone la adecuación de la medida a la situación jurídica cautelable, Dicho en otros términos, la medida debe ser idónea para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia. Las medidas deben ser homogéneas pero no idénticas.

d) Proporcionalidad. Si son varias las medidas que se pueden acordar, se debe adoptar la menos perjudicial, siempre que se garantice una efectividad semejante.

---

<sup>27</sup> Diccionario Jurídico Mexicano, Tomo III, I-O, Op. cit., p. 2091.

e) Provisionalidad. No son definitivas, pudiéndose modificar en función del resultado del proceso o si se alteran los presupuestos que llevaron a adoptarlas.

A diferencia del proceso civil en el penal no se exige la Constitución de una fianza, los presupuestos de las medidas cautelares se reducen a dos:

a) *Fumus boni iuris*. Juicio de probabilidad consistente en atribuir razonadamente un hecho punible a una persona determinada y,

b) *Periculum in mora*. Encaminado a garantizar la efectividad del proceso y la sentencia.

Además se entiende que también existe *periculum in mora*, en el caso de medidas de carácter personal, cuando se aprecia:

a) Riesgo de fuga, por cuanto dicha fuga no sólo impide la ejecución del contenido penal de la sentencia, sino también la celebración del proceso.

b) Riesgo de ocultación de pruebas obstrucción de la investigación.

c) Riesgo en la comisión de nuevos delitos.

### **3.4. CLASIFICACION.**

De acuerdo con la mayoría de los doctrinarios, "los actos procesales cautelares se pueden dividir en dos grandes grupos, según tiendan a limitar la libertad individual o a limitar la libertad de disposición sobre un patrimonio. A los primeros les llamaremos actos cautelares personales, y a los segundos, actos cautelares reales".

Los actos cautelares reales o patrimoniales pueden tener, a su vez, varias finalidades, según tiendan a asegurar los medios de prueba; o a asegurar la condena al pago de una cantidad de dinero, por las personas responsables criminalmente, o por los terceros responsables civiles. No obstante, lo que algún grupo de autores considera, desde un punto de vista amplio del término, como medidas cautelares tendientes a asegurar los medios de prueba (entrada y registro en lugar cerrado; detención, apertura y examen de correspondencia privada e intervención y observación telefónica y el secuestro del "cuerpo del delito", etc.), en realidad son "actos para la investigación del delito", por lo que no serán objeto de nuestro estudio.

Existen otro tipo aunque se parezcan a las cautelares no lo son, por lo que tampoco las trataremos; nos estamos refiriendo a las llamadas "medidas preventivas". La inhabilitación o suspensión del cargo, profesión u oficio, y la privación del permiso de conducir, no se podrán considerar medidas cautelares porque no concurre uno de los elementos esenciales de este tipo de actuaciones (el "*periculum in mora*"), ya que el imputado no puede impedir o dificultar la ejecución de penas con el contenido mencionado.

#### **3.4.1. MEDIDAS CAUTELARES REALES.**

Las medidas cautelares reales o patrimoniales son aquellas que tienden a limitar la libre disposición de un patrimonio con el objeto de asegurar las responsabilidades pecuniarias de cualquier clase que puedan declararse en un proceso penal. Sobre este particular conviene remarcar que las medidas cautelares asegurarán los pronunciamientos patrimoniales de cualquier clase, por lo tanto, no sólo la responsabilidad civil "*ex delicto*" derivada de la acción civil acumulada a la penal (restitución de la cosa, e indemnización de daños y perjuicios), sino también, los pronunciamientos penales con contenido patrimonial

(la pena de multa y las costas procesales fundamentalmente). Evidentemente, aunque se está asegurando cosas distintas, el objeto final es el mismo, el pago de una cantidad de dinero; por ello, como explicaremos, las medidas cautelares que se adopten serán esencialmente las mismas: la caución, depósito, hipoteca, prenda, fianza personal y fideicomiso<sup>28</sup>.

Cuando se trata de asegurar el pago de una cantidad de dinero, el Código Federal de Procedimientos Penales ha previsto los tipos de medidas cautelares: la caución, depósito, hipoteca, prenda, fianza personal y fideicomiso. La regulación de esta materia se encuentra básicamente en el capítulo I del título décimo tercero del Código Federal de Procedimientos Penales, que dispone lo relativo a libertad provisional bajo caución del inculcado en la averiguación previa y en el proceso.

Para poder determinar cuando procede acordar este tipo de medidas cautelares, existen pequeñas diferencias en función de la persona a la que afecta la medida cautelar:

1. Cuando afectan a los presuntos responsables penales (supuesto ordinario).

Tratándose de medidas dirigidas frente al imputado, se podrán acordar desde el mismo momento en que aparezcan indicios de criminalidad contra alguna persona. Además, dado el carácter instrumental que tienen, si lo que se asegura son las responsabilidades civiles derivadas del delito. Desde ese momento, el órgano jurisdiccional podrá ordenar, de oficio, las medidas que estime oportunas, correspondiéndole fijar el alcance y la cuantía de las mismas. Con la particularidad, a diferencia de los procesos civiles, de que el perjudicado no está obligado a prestar contracautela alguna para que sea eficaz la medida acordada.

---

<sup>28</sup> SILVA SILVA, José A., *Derecho Procesal Penal*, 2ª. ed., México, Ed. Harla, 1997, p. 826.

En los dos supuestos que acabamos de exponer las medidas cautelares personales que regula el Código Federal de Procedimientos Penales es la caución.

#### **3.4.1.1 LA CAUCION.**

Reunidos los presupuestos para que pueda acordarse la medida cautelar real, la primera actuación va dirigida a que el sujeto pasivo, inculpado o tercero civil responsable, preste fianza suficiente. El órgano jurisdiccional competente, mediante auto, determinará la cantidad de la caución. Según el artículo 399 del Código Federal de Procedimientos Penales la caución puede ser en depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso formalmente constituidos. El régimen jurídico de la caución como medida cautelar real es común al de la caución para la libertad provisional, conteniendo el Código Federal de Procedimientos Penales una regulación detallada de las clases y requisitos de la caución exigible.

#### **3.4.2. MEDIDAS CAUTELARES PERSONALES.**

Son aquellas que pretenden asegurar la sujeción del imputado al proceso y, en su caso, la presencia del presunto autor del hecho ante el órgano jurisdiccional, ya sea para garantizar su declaración ante el juez instructor, o para evitar su inasistencia y consecuente frustración de la celebración del juicio oral ante el juzgador<sup>29</sup>. A diferencia del proceso civil en el que predominan las medidas cautelares sobre bienes (aunque también se pueden adoptar algunas de carácter personal, como, por ejemplo, el arresto del quebrado; que en realidad sería una medida cautelar penal adoptada en un proceso civil, en vista de posibles responsabilidades penales), en el penal, las más características son las

---

<sup>29</sup> ZAMORA PIUERCE, Jesús, *Garantías y Proceso Penal*, 12ª, ed., México, Ed. Porrúa, 2003, p. 535.

personales, aunque no se les de semejante denominación (la citación, la detención y la prisión y libertad provisionales).

El principal problema que plantea este tipo de medidas es lograr un punto de equilibrio entre dos intereses confluentes en el proceso penal y que son aparentemente contrapuestos: el respeto a los derechos del imputado (a la libertad, reconocido en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) y la eficacia en la represión de los delitos, como medio para restablecer el orden y la paz social. Por ello, la restricción a la libertad ha de ser excepcional, no automática, condicionada siempre a las circunstancias del caso, proporcional a la finalidad que se persigue, y, sin que pueda constituir en ningún caso un cumplimiento anticipado de la pena, ya que ello pugnaría con la naturaleza cautelar de la medida (de ahí que deban respetarse escrupulosamente los límites legales que se establecen, y que explicaremos a continuación, en relación con la privación de la libertad acordada cautelarmente).

#### **3.4.2.1. LA DETENCION.**

El régimen constitucional de la libertad personal está establecido, esencialmente, en los artículos 16, 19, 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el Código Federal de Procedimientos Penales regulan la detención bajo una serie de actuaciones diversas consistentes todas ellas en una privación de la libertad de la persona, entendida como restricción de su derecho a la libre ambulación, de una duración muy breve que son causa de distintas acciones y que necesariamente deben practicarse cuando expresa y exclusivamente la ley lo prescriba

La detención es una forma temporal de privación de la libertad personal de un presunto culpable, al que se le atribuye la comisión de un hecho que reviste caracteres de delito.

Ni la Constitución ni las leyes reglamentarias, permiten detener a una persona por cualquier motivo; ni tampoco esta acción, en algunos casos, la pueden realizar todas las personas.

No en todos los hechos que revistan características de delito, es posible detener a una persona privarla de su libertad.

Cabe aclarar que aunque el concepto de libertad personal, en su sentido más amplio, implica que una persona pueda hacer todo aquello que desea ejecutar, de acuerdo con las normas de sociedad y sus derechos individuales, en este caso, cuando el código penal se refiere a la libertad personal, lo hace en un sentido restrictivo, específico, entendiendo como tal la capacidad de locomoción del individuo, su libertad de moverse en el espacio de acuerdo con su voluntad.

La detención consiste fundamentalmente en la limitación de este derecho, aunque de la ejecución de tal limitación se deriven prohibiciones de otras facultades, como la referida a la comunicación con cualquier persona. Es incuestionable que la prohibición de la libre locomoción de una persona, provoca restricciones a otros derechos individuales.

#### **3.4.2.2. SUPUESTOS EN LOS QUE PROCEDE.**

La libertad es un derecho fundamental proclamado y garantizado por el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de ahí que dicho artículo, diga que nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y en la forma que las leyes prescriban.

Los supuestos o casos en los que procede la detención están contenidos en los artículos 266 a 268 Bis del código de procedimientos penales para el Distrito Federal y 193 y 193 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales. De la lectura de los citados preceptos nos obliga a diferenciar dos clases de detención.

### **3.4.2.3. LA DETENCION COMO MEDIDA CAUTELAR.**

Es la que tiene lugar cuando el proceso penal todavía no se ha incoado, o durante la tramitación del mismo, ya que en estos casos cumple su función aseguradora. Los presupuestos de esta detención son los siguientes:

#### **A) EN CASO DE DELITO FLAGRANTE.**

Por cualquier persona, sea o no agente de la autoridad. Menciona, en efecto, el artículo 16 constitucional que, en tal caso, "cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos inmediatamente a disposición de la autoridad inmediata".

Se entiende al efecto, que el delincuente es aprehendido, en flagrante delito no sólo cuando es arrestado en el momento de estarlo cometiendo, sino también cuando después de ejecutado el acto delictuoso el delincuente es materialmente perseguido y detenido en el curso de la persecución ininterrumpida como lo establecen los artículos 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y según el artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales existe flagrancia, además de las hipótesis mencionadas, cuando en el momento de haber cometido el delito alguien señala al inculpado como responsable del mismo, y se encuentra en su poder el objeto, instrumento, o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su culpabilidad.

El acto material de aprehender al delincuente *in fraganti*, que es legítimo por ministerio de la Constitución y no precisa, por lo tanto, de auto previo de la autoridad judicial, es facultativo para el particular y obligatorio para la autoridad o sus agentes<sup>30</sup> y;

#### **B) EN CASO DE DELITO NO FLAGRANTE, LA APREHENSION REQUIERE PREVIO AUTO DE DETENCION.**

El auto que dicta la detención de una persona, por regla general, solamente puede ser dictado por la autoridad judicial, a solicitud del ministerio público, previa comprobación de los elementos exigidos por el artículo 16 constitucional, es decir, “sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado”.

Por excepción, dispone el propio artículo 16 constitucional que “solamente en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley 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. Los artículos 266 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y 194, del Código Federal de Procedimientos Penales, autorizan al Ministerio Público a detener en el caso antes mencionado.

---

<sup>30</sup> ARILLA BAS, Fernando, *El procedimiento penal en México*, Ed. Porrúa, México, 1999, p.89.

#### 3.4.2.4. LA DETENCION COMO MEDIDA EJECUTIVA.

Tiene por objeto imponer la realización de una ejecución actual y no garantizar la futura ejecución.

Por último, al margen de lo mencionado en los códigos procesales penales, también se pueden encontrar algunos supuestos de detención que no participan plenamente de la naturaleza de medidas cautelares y que poseen dudosa legitimidad constitucional. Nos estamos refiriendo a las detenciones que pudieran practicarse dentro del ámbito del procedimiento sumarísimo de la ley de extranjería; la detención de indocumentados, etcétera.

#### 3.4.2.5. POTESTAD PARA DETENER.

La eficacia de esta medida cautelar va ligada a la inmediatez en la actuación y la proximidad a los hechos; por ello, la potestad para detener no es exclusiva de los órganos jurisdiccionales<sup>31</sup>, debiendo distinguirse varios supuestos:

A) La facultad de detener de los particulares siempre que concorra uno de los supuestos previstos en el artículo 167 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, (delincuente *in fraganti*, al que se fuga de un establecimiento penitenciario, etc.). Lo que se pretende es remarcar el hecho de que no se trata de una obligación, sino de un derecho o facultad que tiene cualquier ciudadano, que en caso de ejercitarse le obliga a dar cuenta inmediata a la autoridad o ponerlo a su disposición, como se verá. Por ello, el ejercicio legítimo de este derecho excluye cualquier tipo de responsabilidad penal por detenciones ilegales.

---

<sup>31</sup> COLIN SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, Op. cit., p. 886.

B) La obligación de detener de la Autoridad o Agente de Policía Judicial que les viene impuesta por su especial misión de descubrimiento de los delitos y de sus presuntos autores. A diferencia de la detención que pudieran practicar los particulares, la de los funcionarios de policía, es una obligación cuyos límites determina fundamentalmente el artículo 266 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (incluye los casos previstos en el caso urgente cuando, atendiendo a las circunstancias del hecho o de la personalidad del imputado, se pueda presumir que se sustraerá a la acción de la justicia). Esta potestad de detener también la tiene el ministerio público.

C) La facultad de ordenar la detención que tiene en todo caso el órgano jurisdiccional (artículo 16 Constitucional). Los jueces y tribunales pueden ordenar la detención de un particular en cualquiera de los casos previstos por el ordenamiento, sin que deba entenderse que su actuación está subordinada a la de la policía, sino que, sólo actuaran de esta forma si, en contra de lo que sería normal, las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado no lo han hecho antes.

#### **3.4.2.6. DURACION DE LA DETENCION.**

Con carácter general la Constitución en su artículo 16 y 268 Bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal ya nos indican que la detención sólo puede durar el tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendientes al esclarecimiento de los hechos. No obstante, debido a la gravedad que tiene la medida cautelar y en aras de una mayor protección de los derechos de los particulares, el legislador quiso establecer unos límites temporales concretos para que la persona detenida sea puesta en libertad o a disposición judicial.

Junto a estas prescripciones sobre la duración del plazo que podrían considerarse las ordinarias, existe una regulación especial respecto de los delitos

cometidos por delincuencia organizada contenida en el artículo 268 Bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (puede prorrogarse cuarenta y ocho horas más por el ministerio público y por el órgano jurisdiccional competente, el plazo de setenta y dos horas, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en dicho precepto).

Si se sobrepasaran los plazos indicados se podría incurrir en un delito cometido por funcionario público contra las garantías constitucionales, previsto en el artículo 225 fracción X del nuevo Código Penal para el Distrito Federal. También debe tenerse en cuenta la existencia de un proceso específico, el de "*habeas corpus*", para la tutela jurisdiccional del derecho a la libertad ambulatoria frente a las privaciones o restricciones ilegítimas del mismo.

#### **3.4.2.7. LA ENTREGA DEL DETENIDO AL ORGANO JURISDICCIONAL**

Una vez que se ha procedido a la detención del particular, como lo hemos señalado, debe ponerse al detenido a disposición judicial de forma inmediata, por ello, la regla general que debería aplicarse sobre la materia, es la de entregarlo al juez más próximo, y habiendo varios al que estuviera de guardia.

Una vez puesto el detenido a disposición judicial, la naturaleza de la detención determina un diferente trato:

A) Cuando la detención tiene naturaleza ejecutiva, se ordenará el traslado inmediato del detenido al establecimiento penitenciario o lugar donde deba cumplirse la condena.

B) Si la detención tiene naturaleza cautelar, deben diferenciarse a su vez dos supuestos:

B.1) Si la entrega al juez se realiza a través de la consignación con detenido y se considera competente, practicará las primeras diligencias y elevará la detención a prisión o decretará la libertad del detenido, según proceda, en el plazo de setenta y dos horas; por el contrario, si no se considera competente, instruirá las primeras diligencias, resolverá sobre la situación personal del detenido en el plazo indicado, y pondrá las diligencias y el preso, en su caso, a disposición del juez competente.

B.2) Si la entrega se realiza cumpliendo una orden de aprehensión, también deberemos diferenciar según se realice la puesta a disposición del detenido al juez que esté conociendo o no: si es el que conoce, elevará la detención a prisión, o la dejará sin efecto en el término de setenta y dos horas (artículo 297 Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal); si no conoce de la causa, se formará la documentación específica sobre la detención (persona y circunstancias del que ha practicado la detención, las razones de la misma, etc.) y se remitirá, así como al detenido al órgano jurisdiccional que estuviere conociendo.

En todos los casos examinados, el auto elevando la detención a prisión o dejándola sin efecto, se pondrá en conocimiento del Ministerio Público y también se debería de notificar al querellante particular, si lo hubiere, y al imputado, al cual se le hará saber asimismo el derecho que le asiste para pedir de palabra o por escrito la reposición del auto consignándose en la notificación las manifestaciones que hiciera.

#### **3.4.2.8. EL STATUS JURIDICO DEL DETENIDO.**

Hablar del status jurídico del detenido es referirse a los efectos que produce sobre la persona privada de su libertad la detención:

A) El principal efecto es la privación de la libertad ambulatoria en condiciones diferentes a la del cumplimiento de una pena privativa de la libertad (artículo 18 Constitucional).

B) La detención deberá practicarse de la forma que menos perjudique a la persona, reputación y patrimonio; el detenido tiene derecho a que se le informe de los hechos que se le imputan, de las razones por las que se le ha privado de su libertad, así como de los derechos que le asisten.

C) La condición de detenido tiene una duración breve y estrictamente determinada tal y como hemos expuesto.

D) Existe un régimen especial de detención que también coincide con el de la prisión provisional relativa a la detención provisional. Por regla general este tipo de detención sólo puede practicarse previa resolución judicial.

### **3.5. LA PRISION PROVISIONAL.**

“La historia de la humanidad –dice Erich Fromm<sup>32</sup>- no sólo es un proceso de individuación creciente, sino también de creciente libertad. El anhelo de libertad no es una fuerza metafísica y no puede ser explicada en virtud del derecho natural; representa, por el contrario, la consecuencia necesaria del proceso de individuación y del crecimiento de la cultura. Los sistemas autoritarios no pueden suprimir las condiciones básicas que originan el anhelo de libertad; ni tampoco pueden destruir la búsqueda de libertad que surge de esas mismas condiciones”.

Por su parte, Eduardo J. Couture en el octavo mandamiento del abogado señala: “TEN FE. Ten fe en el derecho, como el mejor instrumento para la convivencia humana; en la justicia, como destino normal del derecho; en la paz,

---

<sup>32</sup> FROMM, Erich, *El miedo a la libertad*, Ed. Paidós, México, 1992, p.35.

como sustitutivo bondadoso de la justicia; y sobre todo, ten fe en la libertad, sin la cual no hay derecho, ni justicia, ni paz<sup>33</sup>.

La libertad es uno de los bienes más preciados del hombre y en virtud de que uno de los efectos de la orden de aprehensión es justificar la prisión preventiva de un detenido, para ello debe acreditarse en forma plena el cuerpo del delito de que se trate y una vez comprobada la existencia del delito hay que estudiar la probable responsabilidad del inculpado. Solo de esta forma se puede respetar la garantía de seguridad jurídica de un gobernado.

Ahora bien, la Constitución establece la prisión preventiva en el artículo 18 para quienes se encuentran procesados "por delito que merezca pena corporal". Al respecto, se abre un debate, que se encuentra lejos de cerrarse, entre quienes afirman que, mediante la prisión preventiva, se priva de la libertad al procesado sin que medie juicio, es decir, se le sanciona para determinar si se le debe sancionar, lo cual es violatorio de la garantía de previo juicio contenida en el artículo 14 Constitucional y aquellos otros que señalan que la prisión preventiva es una medida cautelar y provisional que se justifica por la necesidad social de preservar el proceso penal y de asegurar la ejecución de la pena.

Una de las instituciones procesales que ha recibido más fuertemente el impacto de la crítica y de las discusiones políticas es la prisión preventiva, y es que, como señala el profesor Winfried Hassemer "es digno de elogio que la discusión acerca de la prisión preventiva no se haya apaciguado: a través de ella se priva de la libertad a una persona que según el derecho debe ser considerada inocente.<sup>34</sup>

---

<sup>33</sup> COUTURE J., Eduardo, *Los mandamientos del abogado*, Ed. Desalma, Buenos Aires, 1986, p. 51.

<sup>34</sup> HASSEMER, Winfried, *Crítica al derecho penal de hoy*, 1ª ed., Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, S.R.L., 1995, p. 105.

En la concepción jurídica de Carrara, la detención preventiva, además de la función de "coerción procesal", en relación con las necesidades de la disponibilidad del imputado por parte del juez instructor y de preservación de la pureza de las pruebas, se convirtió en una garantía para la ejecución de la pena, en tanto evita el peligro de fuga frente a una eventual sentencia condenatoria. De esta forma, la prisión preventiva logra la finalidad de "anticipar el efecto intimidatorio de la pena", que según sus defensores desanima al mismo autor de delitos y a los ciudadanos en general en cuanto a la realización de hechos delictivos. Esta posición ha sido el fundamento de los períodos históricos de recrudescido autoritarismo, y más concretamente "durante el largo período del terrorismo italiano", como lo llama el profesor Franco Ippolito, en el que se recurrió a un uso simbólico de la detención preventiva, con el fin de "dar seguridad a la colectividad", asignándole un carácter de "sedante social" frente a las agresiones y actos de terrorismo que las estructuras del Estado no estaban en condiciones de prevenir y contrarrestar.<sup>35</sup>

En la cultura progresista de los últimos años, se niega que entre sus finalidades pueda incluirse la intimidación, la ejemplariedad o el intento por apaciguar el alarmismo social. La única finalidad que esta cultura de las garantías y de los derechos le asigna a la prisión preventiva es aquella excepcional, de carácter instrumental, necesario para evitar el entorpecimiento del juicio.

### **3.5.1. DERECHOS FUNDAMENTALES Y PRISION PREVENTIVA.**

A).- La protección constitucional de la libertad.

Al haber optado nuestro constituyente por la democracia como el régimen político aplicable, se estaba definiendo por un sistema de gobierno que garantiza

---

<sup>35</sup> HIPÓLITO, Franco, *La detención preventiva*, Revista de Derecho constitucional No. 19, abril a junio de 1996, Corte Suprema de Justicia de El Salvador, 1997, p.18.

un pleno respeto al ser humano y le reconoce su dignidad y derechos fundamentales.

En este contexto, el derecho a la libertad, como parte de ese conjunto de derechos y garantías individuales y sociales, fue ubicado dentro de los primeros artículos del texto constitucional, pudiendo apreciarse de esta forma el grado de reconocimiento que el constituyente le otorgó. La libertad deviene entonces en el bien por excelencia durante la existencia del ser humano.

El concepto va más allá del aspecto ambulatorio, abarca la libertad de pensamiento, de reunión, de expresión, de cátedra, de comercio etc., pero para los efectos del tema que nos interesa, nos limitaremos al derecho a la libertad ambulatoria, en relación con el desarrollo del proceso penal. La protección que el régimen democrático brinda en ese sentido se extiende a cualquier persona, incluyendo por supuesto a todos aquellos que ingresan a la maquinaria del sistema penal en condición de supuestos acusados por un hecho delictivo. El Estado debe garantizarles el reconocimiento absoluto de todos sus derechos y deberes, y brindarles medios de protección para cuando éstos le sean desconocidos.

Debemos reconocer sin embargo, que por desgracia, la realidad nos presenta un cuadro diferente, según el cual, el sujeto sometido a proceso pasa a formar parte de una categoría distinta de ciudadanos, para quienes los derechos fundamentales no tienen vigencia plena.

Como principios fundamentales del reconocimiento al derecho a la libertad, vigentes en nuestro país, tenemos el artículo 14 de la Constitución Política.

B).- La coerción en el proceso penal.

Como resulta obvio, la sanción en este tipo de procesos es la consecuencia natural de la actuación de la ley material, resultado del haberse comprobado la

realización de una conducta típica y antijurídica, por un sujeto capaz, al que puede serle reprochada jurídicamente, y como producto de una sentencia condenatoria dictada por un tribunal competente<sup>36</sup>. La comprobación del derecho aplicado en relación con los hechos que se declaran acreditados es un paso lógico anterior a la sentencia, inexcusable en un Estado de Derecho. De esta manera, el procedimiento penal cumple una función instrumental, posibilita la realización del derecho penal material, de tal suerte que la interpretación acerca de su finalidad, naturaleza, alcance y eficacia de sus normas y principios, debe ceñirse a ese carácter, que también tiene una función garantizadora cuya configuración sistemática está definida en la propia Carta Magna.

Desde esta perspectiva, "todo otro acto de coerción estatal aplicado antes de la sentencia, deberá tener finalidades y características distintas a las de la sanción penal"<sup>37</sup>. En primer lugar, porque debe destacarse que, mientras no haya sentencia, el imputado es jurídicamente un inocente y no sería admisible por ningún motivo, un anticipo de pena, y en segundo lugar, porque si la privación de libertad inferida de una sentencia requiere el debido proceso, el Estado, para asegurar la realización del juicio y el cumplimiento de la decisión del tribunal, puede utilizar los recursos coercitivos, pero éstos se convierten en la práctica de una función instrumental y de garantía.

La coerción procesal afecta generalmente al imputado, pero pudiera también afectar a testigos; y por otra parte, puede recaer sobre derechos patrimoniales o personales, pero en este trabajo nos ocuparemos de la coerción personal contra el imputado, a través de la prisión preventiva.

La tendencia dominante en la doctrina latinoamericana confirma la tesis de que la prisión preventiva solamente puede perseguir fines de aseguramiento procesal y no aquellos de carácter penal material.

<sup>36</sup> ZAMORA PIERCE, *Garantías y Proceso Penal*, 12ª.ed., Ed. Porrúa, 2003, p.535.

<sup>37</sup> DOMÍNGUEZ, F. y otros, *El derecho a la libertad en el proceso penal*, Buenos Aires, Argentina, Ed. Némesis, 1984, prólogo.

También un sector de la doctrina alemana llega a conclusiones similares a las que se propugnan en Latinoamérica. Se afirma entonces que: "la prisión preventiva sólo puede cumplir una función de aseguramiento del proceso".<sup>38</sup>

### 3.5.2. CONCEPTO

Es la medida consistente en la limitación de la libertad individual de una persona, ordenada por el órgano jurisdiccional competente y que tiene por objeto el ingreso de ésta en el centro penitenciario como instrumento para asegurar los fines del proceso y la eventual ejecución de la sentencia.

La prisión provisional, como todas las medidas cautelares personales supone una privación de la libertad, pero por ser más acusada que el resto debe ser aplicada con especial cuidado; por ello, el Consejo de Europa ha señalado en repetidas ocasiones los principios sobre los que debe inspirarse: no es obligatoria; tiene un carácter excepcional por lo que deberá acordarse como "*ultima ratio*" cuando sea estrictamente necesaria atendiendo a las especiales circunstancias del caso; y en ningún caso se puede aplicar con fines punitivos.

La prisión provisional y la detención presentan la nota común de constituir una privación de la libertad individual de la persona, pero tienen importantes diferencias; entre otras: la detención es de corta duración (máximo setenta y dos horas), mientras que la prisión puede persistir todo el tiempo que dure el proceso en tanto que las causas que la motiven no desaparezcan; la detención puede llevarla a efecto cualquier particular, autoridad o agente de la policía judicial, mientras que la prisión requiere siempre la resolución de un órgano jurisdiccional que la acuerde.

---

<sup>38</sup> LLOBET, Javier, *La prisión preventiva (límites constitucionales)*, San José, Costa Rica, Ed. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A., 1997, p.177.

### 3.5.3. PRESUPUESTOS PARA ACORDAR LA MEDIDA CAUTELAR.

Podríamos afirmar que, en general, las constituciones no aseguran la facultad del Estado para detener preventivamente, sino en cambio garantizan el derecho de las personas a gozar de su libertad durante el proceso, como consecuencia no solo de las disposiciones que establecen la libertad ambulatoria, sino también del principio de inocencia que impide la aplicación de una pena sin una sentencia condenatoria firme que destruya el estado jurídico de inocencia del que goza toda persona. "Por esta razón, la regla es la libertad. A pesar de la existencia de esa regla, se admite que, excepcionalmente y bajo ciertas circunstancias, resulte posible que el derecho a la libertad sea restringido antes de que exista una sentencia penal condenatoria, a través de la prisión preventiva. Ello no autoriza, sin embargo, a otorgar fines materiales a este tipo de privación de libertad, es decir, a detener preventivamente para tratar de realizar alguna de las finalidades propias de la pena. Dado el carácter de medida cautelar de la detención, ésta solo puede tener fines procesales".<sup>39</sup>

Con carácter general, para decretar la prisión provisional será necesario que concurran las siguientes circunstancias:

- A) Que conste en la causa un hecho que revista los caracteres de delito.
  
- B) Que aparezcan en la causa acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad de la persona contra quien se haya de dictar el auto de prisión.

El hecho de que el legislador haya establecido estos criterios generales, no quiere decir que se deban aplicar con carácter automático desde el momento en que se aprecie su concurrencia, acordando, en consecuencia, la prisión

---

<sup>39</sup> BOVINO, Alberto, *Temas de Derecho Procesal Guatemalteco*, 1ª ed., Guatemala, Fundación Miran Mack, 1996, p. 40.

provisional. El órgano jurisdiccional podrá tomar en consideración otras circunstancias para decidir sobre la procedencia o no de la medida:

A) Que el delito no sea considerado como grave, cuando el inculcado carezca de antecedentes penales, o estos deban considerarse cancelados y se pueda creer fundadamente que no tratará de sustraerse a la acción de la justicia, no podrá decretarse la prisión provisional y sólo la libertad del inculcado con fianza (artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

B) Si el delito no es considerado como grave, no procede la prisión provisional, salvo que el juez la considere necesaria atendiendo a las circunstancias del hecho, la alarma social que su comisión haya producido o la frecuencia con la que se cometan hechos análogos y mientras esas circunstancias subsistan, o haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley, o cuando el ministerio público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculcado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad. Esta petición tendrá que ser solicitada por el ministerio público (artículo 20 fracción I de la Constitución Federal).

C) Con independencia de la gravedad de la pena previsible, procede la prisión provisional si el imputado no comparece, sin motivo legítimo, a una citación que le hubiera cursado el órgano jurisdiccional que conoce de la causa (artículo 568 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

### 3.5.4. DURACION DE LA PRISION PROVISIONAL.

La regla general sobre la materia viene dada por su naturaleza de medida cautelar, por lo que:

A) La prisión provisional se podrá mantener mientras dure el proceso dado su carácter instrumental; en consecuencia, se extinguirá cuando el proceso se termine con sentencia absolutoria y, también, cuando concluya con sentencia condenatoria, porque si la pena es privativa de libertad, desde el mismo día de la firmeza de la sentencia se inicia el cumplimiento de la pena, por lo que pierde la medida su naturaleza cautelar. En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención y del arraigo. (Artículo 25 segundo párrafo del Código Penal para el Distrito Federal).

B) También concluirá la prisión provisional en el momento en que cesen las causas que la motivaron, o lo que es lo mismo, cuando desaparezcan los presupuestos necesarios para acordarla. En estos casos, la prisión provisional se podrá extinguir o sustituir por una medida de libertad provisional.

Sin embargo, a pesar de la mencionada naturaleza cautelar, el artículo 20 fracción VIII ha establecido, como mecanismo protector del inculpado, para que no quede privado de su libertad de una forma prolongada, por ejemplo, como consecuencia de unas dilaciones indebidas que puedan producirse en el proceso. De esta forma, la duración de la prisión provisional está sujeta a los siguientes plazos:

A) En función de la pena que corresponda al delito que se imputa se fija la duración: Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere

de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa. (Artículo 20 Fracción VIII Constitucional).

B) Atendiendo a determinadas circunstancias la duración puede prorrogarse: si se hubiera dictado sentencia condenatoria y ésta fuere recurrida, la prisión provisional podrá prolongarse.

### **3.5.5. PROCEDIMIENTO PARA ACORDAR LA PRISION PROVISIONAL.**

El procedimiento se regula preferentemente en el artículo 297 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, conforme a la redacción establecida se distingue que en el auto de formal prisión se dictará en el caso de que “el delito sea sancionado con pena privativa de libertad”.

La resolución que acuerda la prisión provisional deberá ser un auto debidamente motivado, cuyo régimen de recursos contra el auto que se pronuncia sobre la procedencia o no de la prisión provisional cabe el juicio de amparo en el caso del Distrito Federal, toda vez que esta resolución no es apelable, al no encontrarse en los supuestos que señala el artículo 418 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

### **3.5.6. MODALIDADES DE LA PRISION PROVISIONAL.**

El efecto fundamental de la prisión provisional es la privación de libertad del sujeto afectado por la medida, (debe tenerse en cuenta, que tal y como dijimos, la situación jurídica del detenido provisionalmente coincidirá con la del que está sujeto a prisión provisional). Podemos diferenciar hasta tres tipos distintos de regímenes:

La prisión preventiva. Esta modalidad supone el reconocimiento al preso y al detenido de unos derechos establecidos por la ley, que deberán respetarse desde el primer momento de la detención: que la prisión se haga del modo menos perjudicial para su persona, reputación y patrimonio; a ser informado de los hechos que se le imputan y de las razones de su privación de libertad; a guardar silencio; a no declarar contra sí mismo; a designar, ser asistido y entrevistarse con su abogado; a que se ponga en conocimiento de terceros el hecho y el lugar de su privación de libertad; a ser asistido por un intérprete; a ser reconocido por el Médico Forense (artículo 20 Constitucional).

Ahora bien, retomando la idea de que una de las consecuencias de la orden de aprehensión es la privación de la libertad del sujeto, es a partir de este momento donde aquella se inicia. En tal virtud, queda transformada en prisión preventiva la mera detención que hasta ese momento, en su caso, hubiera tenido lugar. Tómese en cuenta, a esta altura que en el auto de formal prisión no revoca por sí, en forma automática, la libertad provisional que anteriormente se hubiese concedido, a menos que la revocación conste en el propio auto.

Diversos autores señalan, que con el mismo auto se opera un cambio en la situación jurídica del inculpado, cambio que se vincula con la mutación de la detención en prisión preventiva. Así, el inculpado cesaría de ser detenido para pasar a ser procesado<sup>40</sup>.

---

<sup>40</sup> HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A. *Programa de Derecho Procesal Penal*, 5ª. ed., México, Ed. Porrúa, 2000, p. 419.

Según se desprende de la siguiente jurisprudencia de nuestros más altos tribunales que a la letra establece:

LIBERTAD PERSONAL, RESTRICCIÓN DE LA (CAMBIO DE SITUACIÓN JURÍDICA). La libertad personal puede restringirse por cuatro motivos: la aprehensión, la detención, la prisión preventiva y la pena; cada uno de los cuales tiene características peculiares. El conjunto de normas jurídicas que condicionan y rigen la restricción de la libertad, en los distintos casos de que se ha hablado se llama situación jurídica anterior, pues cada forma de restricción de la libertad excluye a las otras, y por lo mismo, desaparecen los efectos del acto reclamado, y es improcedente el amparo contra la situación jurídica anterior. Quinta Época: Tomo XXVIII, pág. 1405. López Valentin. Jurisprudencia. 1113 (Quinta Época). Apéndice 1917-1988. Segunda Parte. Pág. 1788. Apéndice 1917- 1985. Jurisprudencia 157. Segunda Parte. Pág. 319. Apéndice 1917-1975. Jurisprudencia 186. Segunda Parte. Pág. 389. Apéndice 1917-1965. Jurisprudencia 182. Pág. 364. Apéndice 1917-1954. Jurisprudencia 62.

### **3.5.7. LA SUMA DE CONDENA AL PENADO, Y LA INDEMNIZACION DE DAÑOS Y PERJUICIOS EN CASO DE ABSOLUCION.**

Si concluido el proceso penal, el imputado resulta finalmente condenado, aunque se haya intentado que la prisión provisional sea diferente al cumplimiento de una pena, es evidente que desde un punto de vista material se le ha privado de su libertad, por ello, el tiempo de prisión preventiva que hubiera sufrido, se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la condena, cualquiera que sea la clase de pena impuesta (artículo 25 Código Penal para el Distrito Federal). El abono de la condena se interpreta en sentido amplio, en beneficio del condenado, entendiéndose incluido en él no sólo la prisión provisional en sentido estricto, sino

también cualquier otra clase de privación de libertad, como la detención o el arraigo.

Lógicamente, quien ha sido privado de su libertad y resulta absuelto por inexistencia del hecho imputado o, por esta misma causa se dictara auto de sobreseimiento libre, debería tener derecho a una indemnización si se le hubieran irrogado perjuicios. La cuantía de la indemnización debería de fijarse en función del tiempo de privación y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido.

### **3.6. LA LIBERTAD PROVISIONAL.**

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal generalmente establece y reglamenta la libertad caucional, conciliando dos intereses opuestos: el interés público de que el procesado permanezca en prisión preventiva durante el proceso, con el fin de garantizar la efectividad de la sentencia, y el interés privado del procesado, quien tiene derecho a que se le presuma su inocencia en tanto no haya sido condenado por sentencia ejecutoriada. Sin embargo, creemos que esta tesis no ha inspirado la teleología de la fracción I del artículo 20 Constitucional, toda vez que el auto de formal prisión establece una presunción de responsabilidad

#### **3.6.1. CONCEPTO.**

La libertad provisional también supone una limitación de la libertad del imputado aunque de grado mucho menor a la prisión provisional. Se podría definir como, medida cautelar en virtud de la cual se limita la libertad del imputado al imponerle el cumplimiento de determinadas obligaciones (prestación de fianza en su caso, comparecencias periódicas), con el objeto de garantizar su presencia en

el proceso penal<sup>41</sup>. La presente medida se encuentra regulada en el artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

### **3.6.2. PRESUPUESTOS PARA ACORDAR LA LIBERTAD PROVISIONAL.**

Además de los presupuestos generales que deben concurrir para que pueda acordarse cualquier medida cautelar, existen unos específicos para la libertad provisional que permiten decretarla en los siguientes casos:

Si el hecho objeto de investigación reviste los caracteres de un delito considerado como grave, cuando el inculcado carezca de antecedentes penales, o éstos deban considerarse cancelados y se pueda creer fundadamente que no tratará de sustraerse a la acción de la justicia y, además, el delito no haya producido alarma. En este supuesto sólo podrá decretarse la libertad del inculcado, pero siempre con fianza (artículo 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

### **3.6.3. LOS EFECTOS U OBLIGACIONES QUE CONLLEVA LA SITUACION DE LIBERTAD PROVISIONAL.**

La limitación de la libertad individual que supone la libertad provisional se manifiesta en forma de obligaciones:

A) La obligación del imputado de comparecer periódicamente ante el órgano jurisdiccional. El artículo 567 Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal es muy claro cuando afirma que el inculcado, en el supuesto de que se haya acordado la libertad provisional, constituirá "*apud acta*" obligación de comparecer en los días que le fueren señalados en el auto respectivo, y además

---

<sup>41</sup> LOPEZ BORJA DE QUIROGA, Jacobo, *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, Madrid, Ed. Akal/iure, 1999, p. 600.

cuantas veces fuere llamado ante el juez o tribunal que conozca de la causa. En otras palabras, por el secretario de acuerdos del juzgado en un acta recogiendo la obligación del imputado a comparecer, que por lo general suele ser los días lunes de cada semana, pudiendo variar en función del riesgo de fuga u ocultación.

B) La obligación de haber constituido una caución, cuando proceda, de la clase y cuantía que se refleje en el auto que acuerde la medida. La calidad y cantidad de la caución se determinará en función de la naturaleza del delito, el estado social, antecedentes del inculcado y las circunstancias que permitan conocer si puede tener interés en ponerse fuera del alcance judicial. En relación con la naturaleza de la fianza, manera de constituirse, admitirse y ser sustituida, se estará a lo dispuesto en el artículo 562 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

No obstante, aunque se hable de caución, este término no se utiliza en su sentido estricto de obligación personal de garantía contraída por tercero; en realidad, hablar de caución es hablar de caución genérica, al poder englobar tanto, el depósito en efectivo, la fianza, la hipoteca, la prenda, entre otros medios (ver el artículo 562 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

La finalidad que tiene la caución cuando se acuerda, es la de servir de garantía de la comparecencia del imputado cuando fuera llamado por el órgano jurisdiccional que conozca de la causa. Por tal motivo, si el inculcado no compareciere, la caución del tipo que sea, se realizará con intervención del ministerio público, destinando el importe que se obtuviera al pago de la víctima o del ofendido por el delito la garantía relativa a la reparación del daño; las que versen sobre las sanciones pecuniarias y para el cumplimiento de las obligaciones derivadas del proceso se harán efectivas a favor del Estado. (Artículo 569 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

El auto que acuerde la libertad con caución se puede reformar, pudiéndose disminuir el importe de las obligaciones procesales, la reparación del daño y las sanciones pecuniarias, cuando exista imposibilidad económica demostrada para otorgar la caución señalada inicialmente, aún con pagos parciales. No obstante, debe tenerse en cuenta que si el imputado recupera su capacidad económica para cubrir los montos de las garantías inicialmente señaladas, de no restituir éstas en el plazo que el juez señale para ese efecto, se le revocará la libertad provisional que tenga concedida. (Artículo 560 Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

Por último, conviene tener en cuenta que la caución se puede cancelar si concurre alguna de las causas expresadas en el artículo 568 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal: si el procesado es reducido a prisión; si se dicta auto firme de sobreseimiento, sentencia firme absolutoria, o, si es condenatoria, presentando al reo para cumplir condena; y por muerte del inculpado estando pendiente la causa.

### **3.7. EL ARRAIGO.**

El vocablo arraigo es un sustantivo del verbo arraigar (se), procedente del latín vulgar *adradicare*, referida a "echar raíces".

El arraigo, procesalmente hablando es considerado como un acto perjudicial cuando se realiza con anterioridad al juicio, cuando hubiere temor de que se ausente o se oculte a la persona contra quien deba entablarse demanda<sup>42</sup>.

Esta medida cautelar del arraigo (artículos 301 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y 205 del Código Federal de

---

<sup>42</sup> Colegio de Profesores de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, UNAM, *Diccionario Jurídico Harla*, Derecho Procesal, volumen 4 1ª. ed., México, Ed. Harla, 1996, p.31.

Procedimientos Penales) una medida cautelar restrictiva de la libertad: el arraigo, que viene a ser, a nuestro juicio, de dudosa constitucionalidad, por no hallarse expresamente autorizada por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, aunque no la prohíba. En efecto, siendo las garantías individuales derechos subjetivos públicos limitativos del poder del Estado, derechos que, según el artículo 1° de la citada Ley Fundamental, solamente pueden ser restringidos o suspendidos en los casos y con las condiciones que ella misma establece, las limitaciones de la libertad, en este caso de locomoción, solamente podrán ser legitimados por la propia Constitución, a cual no autoriza más limitaciones a la libertad procesal del individuo que la detención (artículo 16) y la prisión preventiva (artículo 18).

El Ministerio Público podrá solicitarlo al juez "cuando por la naturaleza del delito o de la pena aplicable, el imputado no deba ser internado en prisión preventiva", norma que contradice la insita a *contrario sensu* en el artículo 18 constitucional, el cual al disponer que "sólo por delito que merezca pena corporal, habrá lugar a prisión preventiva", dispone tácitamente que por delito que merezca pena no corporal, el probable sujeto activo del mismo, debe permanecer forzosamente en libertad, sin sufrir restricción de ninguna especie.

Por otra parte, si bien es cierto que el artículo 11 constitucional subordina el ejercicio del derecho de tránsito y residencia a las facultades de la autoridad judicial en los casos de responsabilidad penal, no lo es menos que, debiendo ser dicha responsabilidad, objeto de declaración jurisdiccional, que obviamente no concurren en un simple procesado, y menos aún en un simple sujeto de averiguación previa, contra quien ni siquiera se ha ejercitado acción penal, de donde se infiere, lógica y jurídicamente, que el mencionado artículo 11 constitucional no autoriza ninguna medida restrictiva de la libertad de carácter procesal.

### **3.8. LA ORDEN DE COMPARECENCIA.**

#### **3.8.1. CONCEPTO**

Constituye la mínima expresión de coerción a la libertad personal, en virtud de la cual se le impone a una persona a la que se imputa un hecho punible, o contra la que resulta alguna indicación fundada de culpabilidad, una conducta, consistente en la comparecencia ante el Juez instructor para ser oída (a no ser que la Ley disponga lo contrario o que desde luego proceda su detención). Se encuentra regulada en los artículos 271 párrafo tercero del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

En relación con su naturaleza, aunque algunos autores no la contemplan como medida cautelar, es indudable que está encaminada al aseguramiento del juicio y eficacia de la sentencia que en su día se dicte como consecuencia de los importantes efectos que van ligados a la misma, siendo una garantía del derecho a la tutela judicial efectiva y a la defensa<sup>43</sup>.

#### **3.8.2. EFECTOS.**

El efecto inmediato de la citación consiste en originar la obligación por parte del citado en el lugar, día y hora que se le señale para ser oído en la presencia judicial; pudiendo convertirse la orden de comparecencia en orden de aprehensión si no compareciere ni justificare causa legítima que se lo impida. Por el contrario, la falta de citación o la practicada sin los requisitos que exige la Ley, es base suficiente para invocar causa de indefensión, en la medida de que al denunciado o querrellado se le impide la audiencia o la defensa en tiempo adecuado. En

---

<sup>43</sup> BARRITA LOPEZ, Fernando A., *Averiguación Previa (enfoque interdisciplinario)*, 4ª. ed., México, Ed. Porrúa, 1997, p.156.

consecuencia, dada la trascendencia que tiene la orden de comparecencia, debe procurarse que la misma llegue al interesado, citándole en los términos legales.

La comparecencia del probable responsable le permite defenderse dando las explicaciones y efectuando las manifestaciones que considere oportunas, pudiendo desvirtuar, de esta forma, los cargos o motivos de sospecha que pesen sobre él; además evita los perjuicios que una detención le ocasionaría.

Por el contrario, tal y como hemos dicho, la incomparecencia sin justificar causa legítima que se lo impida puede motivar que se dicte una orden de aprehensión, lo que implica una más amplia limitación de la libertad individual de la persona. Sobre este particular debe tenerse en cuenta que la incomparecencia sin causa no supone una conversión automática y obligatoria de la orden de citación en aprehensión. La disposición legal debe interpretarse en el sentido de que si el citado dejase de comparecer sin justificación de causa legítima, haría surgir contra él un nuevo motivo de sospecha que conllevaría la autorización que se le da al órgano jurisdiccional para decretar su aprehensión.

**CAPITULO IV**  
**LA ORDEN DE BUSQUEDA, LOCALIZACION Y PRESENTACION**  
**DEL INDICIADO EN LA AVERIGUACION PREVIA**

#### **4.1. DEFINICION PERSONAL**

##### **ORDEN DE PRESENTACIÓN**

Es el acto a través del cual, el Ministerio Público en la etapa de Averiguación previa, ordena privar momentáneamente de su libertad, a una persona en calidad de probable inculpado, con la finalidad de obtener su declaración ministerial.

#### **4.2. FUNDAMENTO LEGAL**

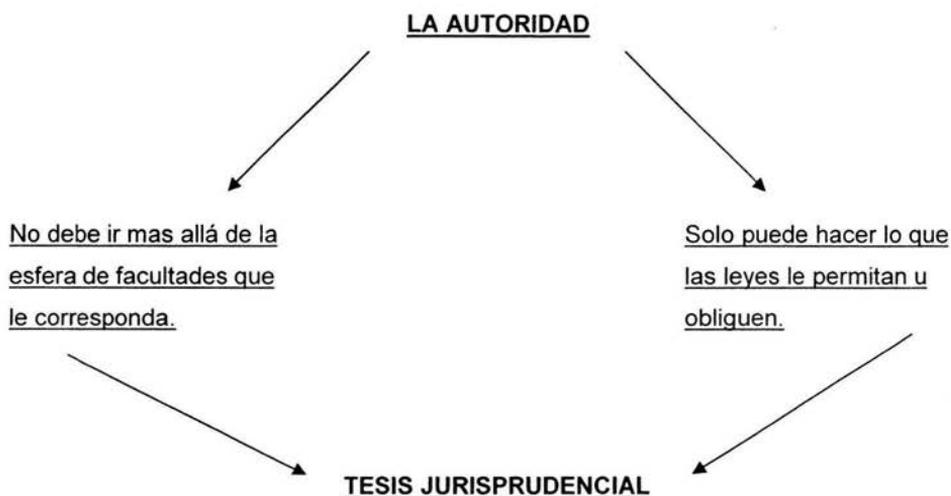
##### **CONSTITUCIONAL**

El artículo 21, primer párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señala: "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 artículo 102, segundo párrafo de la carta Magna, por su parte menciona: Incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las ordenes de aprehensión contra los inculpados; buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de estos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine.

#### 4.3. FACULTADES DE PERSECUCION E INVESTIGACION DEL MINISTERIO PUBLICO

La orden de presentación a juicio de la expositora, es un ACTO DE MOLESTIA, unilateral, imperativo y coercitivo, perturba el ánimo de la persona y tiene el carácter de provisional, por lo tanto, debe de estar FUNDADO Y MOTIVADO, tal y como lo ordena el artículo 16 Constitucional.



De conformidad con los postulados y principios fundamentales que acoge nuestra Constitución, las autoridades, los poderes y los órganos de los Estados están sujetos a la ley en su organización, funcionamiento, facultades y atribuciones, y solo pueden actuar en aquello que les ha sido concedido, pues en lo que guarda silencio lo tiene prohibido.  
Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito. Novena época t.XVI, Octubre de 2002

#### 4.4. LEYES SECUNDARIAS

##### CÓDIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES

El artículo 136 del Código Federal de Procedimientos Penales, señala: "En ejercicio de la acción penal, corresponde al ministerio publico: VI.- En general, hacer todas las promociones que sean conducentes a la tramitación regular de los procesos."

Analizando el anterior artículo del Código Federal de Procedimientos Penales, tendríamos que cuestionarnos: ¿Que es una promoción?, ¿Cuales son todas esas promociones? y ¿Si existe un listado?; ya que del artículo mismo, no se desprende que el Ministerio Público tenga la facultad de girar una orden de presentación.

En el mismo Código Federal de Procedimientos Penales, no se señala tampoco, el tiempo que puede estar una persona en calidad de presentada a disposición del Ministerio Público Federal, cosa por demás grave e inconstitucional.

Por las situaciones antes mencionadas valdría la pena que la autoridad, en este caso el Ministerio Público Federal señalará de forma totalmente puntual, cuales son las garantías constitucionales, o reglamentos secundarios que protegen a una persona en calidad de presentada.

Así tenemos que algunas tesis y algunas jurisprudencias dictadas por la Suprema Corte de la Nación, son las únicas que hasta el día de hoy hacen referencia a la comentada orden de búsqueda, localización y presentación.

CONTRADICCIÓN DE TESIS QUE SUSTENTA QUE LA ORDEN DE PRESENTACIÓN ES PARTE DE UNA "SIMPLE DILIGENCIA".

Novena Época Instancia: Primera Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XX, Agosto de 2004 Tesis: 1a./J. 52/2004  
Página: 212 Materia: Penal Jurisprudencia.

ORDEN DE BUSQUEDA, LOCALIZACION Y PRESENTACION DEL INDICIADO PARA DECLARAR DENTRO DE LA AVERIGUACION PREVIA. ES UNA DILIGENCIA QUE INTEGRA EL MATERIAL PROBATORIO EN DICHA FASE.

El principio acusatorio contenido en el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos obliga al Ministerio Público a que antes de ejercer la acción penal, esto es, hacer la acusación correspondiente, realice la investigación y persecución del delito, lo que se traduce en una facultad y una obligación consistente en recabar el acervo probatorio suficiente para demostrar el cuerpo del delito y la responsabilidad del inculpado.

En esas circunstancias, la orden de localización, búsqueda y presentación del indiciado para que declare dentro de la averiguación previa no es otra cosa que una diligencia más para integrar el material probatorio que el Ministerio Público debe allegar dentro de esta fase procesal, para obtener los elementos suficientes para ejercer la acción penal.

Contradicción de tesis 80/2003-PS. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. 2 de junio de 2004. Unanimidad de cuatro votos.

Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Eunice Sayuri Shibya Soto.

Tesis de jurisprudencia 52/2004. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha dos de junio del dos mil cuatro.

Analizando la tesis anterior, se resalta el hecho de que el privar a una persona de su libertad aunque sea de forma temporal es parte de una diligencia, con lo cual no estoy de acuerdo, ya que esa privación aunque de manera temporal, tiene que surgir de un mandato que tiene que cumplir con lo dispuesto en el Artículo 16 constitucional, que a la letra dice:

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 de procedimiento.

Por lo anterior, es notorio que la orden de búsqueda, localización y presentación del indiciado para declarar dentro de la averiguación previa es un acto de molestia y por ende, dicha orden debe estar fundada y motivada.

A su vez, el artículo 21 constitucional, tan solo menciona la función que le corresponde al Ministerio Público, y desde luego que de ese precepto no se desprende la facultad de privar de la libertad aunque sea de forma momentánea y temporal al indiciado:

Artículo 21. 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 auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato.

Así mismo, se podría estar violando en perjuicio del indiciado, la garantía que salvaguarda el artículo 20 constitucional, en su fracción II; ya que de presentar al indiciado ante el Ministerio Público en base a la orden de búsqueda, localización y presentación del indiciado para declarar dentro de la averiguación previa, se le deja en total estado de indefensión, pues no tendría la asistencia de un defensor.

Artículo 20. En todo proceso de orden penal, el inculpado, la víctima o el ofendido, tendrán las siguientes garantías:..

...II. No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez, o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio;...

...Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna.

CONTRADICCION DE TESIS QUE SUSTENTA QUE LA ORDEN DE BUSQUEDA, LOCALIZACION Y PRESENTACION DEL INDICIADO PARA DECLARAR DENTRO DE LA AVERIGUACION PREVIA. NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE NO AUTOINCRIMINACION NO CONTENIDO EN LA FRACCION II DEL APARTADO A DEL ARTICULO 20 DE LA CONSTITUCION.

Novena Epoca Instancia: Primera Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XX, Agosto de 2004 Tesis: 1a./J. 53/2004

Página: 232 Materia: Constitucional, Penal Jurisprudencia.

ORDEN DE BÚSQUEDA, LOCALIZACIÓN Y PRESENTACIÓN DEL INDICIADO PARA DECLARAR DENTRO DE LA AVERIGUACION PREVIA.

NO TRANSGREDE EL PRINCIPIO DE NO AUTOINCRIMINACION NO CONTENIDO EN LA FRACCION II DEL APARTADO A DEL ARTICULO 20 DE LA CONSTITUCION FEDERAL.

El citado numeral concede al indiciado, entre otros, el derecho de no declarar si lo estima conveniente, lo que conduce a establecer que menos aún está obligado a declarar en su contra. Luego, la orden de localización, búsqueda y presentación del indiciado para que declare dentro de la averiguación previa no transgrede el principio de no autoincriminación contenido en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque únicamente se cita al indiciado a que comparezca dentro de esta fase procesal para declarar, sin que tal acto implique que no esté facultado para no hacerlo, de manera que esa citación, lejos de violentar algún derecho, le protege de la defensa dentro del proceso, porque lo posibilita para comparecer y manifestar lo que a su derecho convenga.

Precedentes Contradicción de tesis 80/2003-PS. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. 2 de junio de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: José de Jesús Gudiño Pelayo. Secretaria: Eunice Sayuri Shibya Soto. Tesis de jurisprudencia 53/2004. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha dos de junio de dos mil cuatro.

No coincido plenamente con la anterior contradicción de tesis, ya que si bien es cierto que el indiciado tiene el derecho a no declarar, también cierto lo es que al acudir ante el Ministerio Público que giró una orden de localización, búsqueda y presentación del indiciado para que declare dentro de la averiguación

previa, se le presiona psicológicamente y/o emocionalmente a rendir su declaración sin contar con la asesoría de su abogado.

TESIS JURISPRUDENCIAL QUE SOSTIENE QUE LA ORDEN DE PRESENTACIÓN NO ES RESTRICTIVA DE LA LIBERTAD

Novena Epoca Instancia: Primera Sala Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XX, Agosto de 2004 Tesis: 1a./J. 54/2004  
Página: 232 Materia: Penal Jurisprudencia.

ORDEN DE BUSQUEDA, LOCALIZACION Y PRESENTACION DEL INDICIADO PARA DECLARAR DENTRO DE LA AVERIGUACION PREVIA. NO ES RESTRICTIVA DE LA LIBERTAD, POR LO QUE NO SE TRADUCE EN UNA ORDEN DE DETENCION.

La finalidad de la orden de detención es privar de la libertad a una persona, a diferencia de la orden de localización, búsqueda y presentación del indiciado para que declare dentro de la averiguación previa, cuyo objeto no es restringir su libertad, sino lograr su comparecencia dentro de esta fase procesal para que declare si así lo estima conveniente, ya que incluso puede abstenerse de hacerlo, además de que una vez terminada la diligencia para la que fue citado, puede reincorporarse a sus actividades cotidianas, por lo que no puede considerarse que se le priva de su libertad.

Contradicción de tesis 80/2003-PS. Entre las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Circuito, el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Tercer Circuito y el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito. 2 de junio de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: José de Jesús Gudiño

Pelayo. Secretaria: Eunice Sayuri Shibya Soto. Tesis de jurisprudencia 54/2004.

Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de fecha dos de junio de dos mil cuatro.

La anterior contradicción de tesis, desde mi personal punto de vista, vuelve a dejar de lado la cuestión de que cualquier privación de la libertad por provisional que sea resulta en un acto de molestia, y por ende dicha orden debe estar motivada y fundamentada en base al artículo 16 constitucional.

Habría que cuestionarle a los magistrados a que tipo de libertad se refieren, a lo deambulatorio, o la que se deriva de una pena de prisión ¿Y mientras se desocupa el Agente del Ministerio Público para que me tome mi declaración ese tiempo estoy en calidad de presentado o de detenido?

TESIS AISLADA QUE SOSTIENE QUE LA ORDEN DE PRESENTACION ES ILEGAL.

Novena Epoca Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo: XVII, Enero de 2003 Tesis: XX.3o.4 P Página: 1822 Materia: Penal Tesis aislada.

ORDEN DE BÚSQUEDA, LOCALIZACION Y PRESENTACION DEL INDICIADO PARA OBTENER SU DECLARACION ANTE EL MINISTERIO PUBLICO EN RELACION CON LOS HECHOS QUE SE LE ATRIBUYEN Y QUE SON MATERIA DE INVESTIGACION. ES ILEGAL.

La búsqueda, localización y presentación del indiciado para obtener su declaración ante el Ministerio Público en relación con los hechos que se le atribuyen, implica una orden de detención, pues si bien no se trata de una privación total de la libertad, sin embargo, sí trae consigo cierta restricción

de ella, máxime que para integrar una averiguación previa no es requisito sine qua non que obre la declaración del indiciado y menos que se le constriña a comparecer ante la autoridad investigadora a rendirla, extremo que se encuentra consagrado como garantía constitucional en nuestra Ley Suprema, en el artículo 20, apartado A, fracción II y último párrafo del citado apartado; por ende, acorde a lo previsto por el artículo 16 de nuestra Carta Magna, el Ministerio Público está impedido para obtener coactivamente la comparecencia a declarar del presunto implicado en los hechos que investiga, aun cuando aduzca que sea para "hacer efectiva su garantía de defensa", ya que ello es contrario al espíritu del legislador constitucional.

TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL VIGÉSIMO CIRCUITO. Amparo en revisión 309/2002. 11 de octubre de 2002. Unanimidad de votos. Ponente: Elvira Concepción Pasos Magaña. Secretaria: Mirna Lorena Ávila Rodríguez.

La anterior tesis, aunque aislada, esta mas apegada a derecho, ya que en ella se expresa la situación fundamental de resguardar en todo momento las garantías individuales de todo ciudadano, y a no permitir que las autoridades, en este caso el Ministerio Público, procedan bajo su libre arbitrio afectando los derechos fundamentales del indiciado.

## CONCLUSIONES

**PRIMERA.-** El Ministerio Público, tiene la obligación de observar y respetar íntegramente en todos los actos que lleve a cabo las garantías Constitucionales.

**SEGUNDA.-** El Ministerio Público, es una institución indispensable por su función pública, ya que garantiza el respeto de los intereses de la sociedad y los derechos del inculpado. Lo anterior, debido a que se trata de una institución de buena fe, que aplica la Ley con estricto apego a derecho.

**TERCERA.-** El Ministerio Público, esta facultado para emplear los medios de investigación que considere pertinentes, con la única limitación de que estos no sean contrarios a derecho.

**CUARTA.-** Las leyes mexicanas son correctas en su contenido, más no así en su aplicación, no siempre encontramos una justa y equitativa aplicación de la ley. En particular, cuando el inculpado cuenta con muchos recursos económicos logra salir absuelto del delito que se le imputa, no así una persona de escasos recursos que aunque se trate de un delito menor, se encuentra cumpliendo una condena.

**QUINTA.-** La averiguación previa tiene como objeto en la determinación del Ministerio Público el ejercicio de la acción penal o el no ejercicio, esto significa que la averiguación no es sinónimo de preparación del ejercicio de la acción penal.

**SEXTA.-** Las garantías constitucionales en la averiguación previa, incluyen ciertos beneficios para el inculpado, el más importantes es la libertad provisional, con el cual se evita la pena corporal de la privación de la libertad.

**SÉPTIMA.-** La orden de búsqueda, localización y presentación, que no esta regulada como tal en el código federal de procedimiento penales, tiene como finalidad obtener la confesión del indiciado y es una tortura para contra quien se dirige, al momento en que se ordena su cumplimiento mediante agentes federales de investigación.

**OCTAVA.-** Dentro de la clasificación de las medidas cautelares no se ubica a la orden de búsqueda, localización y presentación, por lo cual no puede hacerse uso de ella como tal, ni mucho menos alegar que se trata de una simple diligencia, pues no se encuentra regulada en el Código Federal de Procedimientos Penales.

**NOVENA.-** El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el Código Federal de Procedimientos Penales regulan la detención bajo una serie de actuaciones diversas consistentes todas ellas en una privación de la libertad de la persona, entendida como restricción de su derecho a la libre ambulación, de una duración muy breve que son causa de distintas acciones y que necesariamente deben practicarse cuando expresa y exclusivamente la ley lo prescriba.

**DÉCIMA.-** El arraigo es una medida cautelar restrictiva de la libertad: el arraigo, que viene a ser, a nuestro juicio, de dudosa constitucionalidad, por no hallarse expresamente autorizada por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, aunque no la prohíba. En efecto, siendo las garantías individuales derechos subjetivos públicos limitativos del poder del Estado, derechos que, según el artículo 1º de la citada Ley Fundamental, solamente pueden ser restringidos o suspendidos en los casos y con las condiciones que ella misma establece, las limitaciones de la libertad, en este caso de locomoción, solamente podrán ser legitimados por la propia Constitución, a cual no autoriza más limitaciones a la libertad procesal del individuo que la detención (artículo 16) y la prisión preventiva (artículo 18).

**DÉCIMA PRIMERA.-** La orden de presentación, es un ACTO DE MOLESTIA, unilateral, imperativo y coercitivo, perturba el ánimo de la persona y tiene el carácter de provisional, por lo tanto, debe de estar FUNDADO Y MOTIVADO, tal y como lo ordena el artículo 16 Constitucional.

**DÉCIMA SEGUNDA.-** Al día de hoy solamente tenemos que algunas tesis y algunas jurisprudencias dictadas por la Suprema Corte de la Nación, son las únicas que hacen referencia a la comentada orden de búsqueda, localización y presentación.

**DÉCIMA TERCERA.-** La orden de búsqueda, localización y presentación es inconstitucional, toda vez que al no estar regulada y fundamentada en ningún precepto legal, el Ministerio Público procede bajo su libre arbitrio, afectando los derechos fundamentales del indiciado.

**BIBLIOGRAFIA**

- ARANGO RUIZ, Vincenzo, *Las acciones en el derecho romano*, Madrid, Ed. Revista de Derecho Privado, 1945.
- ARELLANO GARCÍA, Carlos, *Teoría General del Proceso*, México, Ed. Porrúa, 1989.
- ARILLA BAS, Fernando, *El Procedimiento Penal en México*, 4ª ed., México, Ed. Porrúa, 1997.
- BARRITA LÓPEZ, Fernando A., *Averiguación previa (enfoque interdisciplinario)*, 4ª ed, México, Ed. Porrúa, 1997.
- BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho Procesal*, Volumen II, México, Ed. Porrúa, 1969.
- CAFFERATA NORES, J., *La Excarcelación*, Buenos Aires Argentina, 1988.
- CARNELUTTI, Francesco, *Derecho Procesal Civil y Penal*, trad. Enrique Figueroa Alfonso, Vol. 2, México, Ed. Harla, 1997.
- COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo, *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*, 14ª ed, México, Ed. Porrúa, 1997.
- DÍAZ DE LEÓN, Marco A., *Diccionario de Derecho Procesal Penal*, Tomo II, 4ª ed, México, Ed. Porrúa, 2000.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y ADATO GREEN Victoria, *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*, 10ª ed, México, Ed. Porrúa, 2002.

GONZALEZ BLANCO, Alberto, *El procedimiento penal mexicano*, México, Ed. Porrúa, 1995.

GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José, *Derecho Procesal Penal Mexicano*, 10ª ed., México, Ed. Porrúa, 1991.

HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio A. *Programa de Derecho Procesal Penal*, 5ª. ed., México, Ed. Porrúa, 2000.

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS, *Diccionario Jurídico Mexicano*, Tomo I, A-CH, 8ª ed, México, Ed. Porrúa/UNAM, 1995.

LLOBET, Javier, *La prisión preventiva (límites constitucionales)*, San José, Costa Rica, Ed. Imprenta y Litografía Mundo Gráfico, S.A., 1997.

OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto, *La Averiguación Previa*, 3ª. ed., México, Ed. Porrúa, 1998.

Poder Judicial de la Federación, *Las Garantías de Seguridad Jurídica*, México, SCJN, 2003, (colección garantías individuales 2).

RIVERA SILVA, Manuel, *El procedimiento penal*, 20ª. ed., México, Ed. Porrúa, 1991.

SILVA SILVA, José A., *Derecho Procesal Penal*, 2ª ed, México, Ed. Harla, 1997.

ZAMORA PIUERCE, Jesús, *Garantías y Proceso Penal*, 12ª, ed., México, Ed. Porrúa, 2003.

## LEGISLACION

*Código Penal Federal*, México, Ed. Sista, 2005.

*Código Penal para el Distrito Federal*, México, Ed. Sista, 2005.

*Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Ed. Porrúa, 2005.

*Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República*, México, Ed. Porrúa, 2005.

## OTRAS FUENTES

Colegio de Profesores de Derecho Procesal, Facultad de Derecho, UNAM, *Diccionario Jurídico Harla, Derecho Procesal*, volumen 4, 1ª. ed., México, Ed. Harla, 1996.

Página Web de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, [www.scjn.gob.mx](http://www.scjn.gob.mx)

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, materia penal, t. XX, agosto de 2004, tesis 1ª/J.54/2004; CD-ROM: IUS.

## INDICE.

### “LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA ORDEN DE BUSQUEDA, LOCALIZACION Y PRESENTACION”

	pag.
INTRODUCCION.	
CAPITULO PRIMERO	
EL MINISTERIO PUBLICO	
1.1. Concepto.....	1
1.2. Naturaleza Jurídica.....	9
1.3. Principios Rectores.....	11
1.4. Atribuciones del Ministerio Público.....	13
CAPITULO SEGUNDO	
LA AVERIGUACION PREVIA	
2.1. Concepto.....	18
2.2. Cuerpo del Delito.....	22
2.3. División en México.....	24
2.4. Nociones de la Averiguación Previa.....	25
2.5. Averiguación.....	26
2.6. Averiguación Previa.....	27
2.7. Naturaleza Jurídica.....	29
2.8. inicio de la Averiguación Previa.....	29
2.9. Objeto de la Averiguación Previa.....	30
2.10. Base Constitucional de la Averiguación.....	33
2.11. Facultad Resolutiva del Ministerio Público.....	35
2.12. Requisitos de Procedibilidad.....	37
2.13. Inspección Ministerial.....	39

2.14. Garantías Constitucionales en la Averiguación Previa.....	42
2.15. Acción Penal.....	47

## CAPITULO TERCERO

### MEDIDAS CAUTELARES PENALES

3.1. Concepto.....	54
3.2. Síntesis de la Evolución Histórica de las Medidas Cautelares.....	54
3.3. Características.....	60
3.4. Clasificación.....	62
3.4.1. Medidas Cautelares Reales.....	63
3.4.1.1. La Caución.....	65
3.4.2. Medidas Cautelares Personales.....	65
3.4.2.1. La Detención.....	66
3.4.2.2. Supuestos en los que procede.....	67
3.4.2.3. La Detención como Medida Cautelar.....	68
3.4.2.4. La Detención como Medida Ejecutiva.....	70
3.4.2.5. Potestad para Detener.....	70
3.4.2.6. Duración de la Detención.....	71
3.4.2.7. La entrega del Detenido al Organo Jurisdiccional.....	72
3.4.2.8. El Status Jurídico del Detenido.....	73
3.5. La Prisión Provisional.....	74
3.5.1. Derechos Fundamentales y Prisión Preventiva.....	76
3.5.2. Concepto.....	79
3.5.3. Presupuestos para acordar la Medida Cautelar.....	80
3.5.4. Duración de la Prisión Provisional.....	82
3.5.5. Procedimiento para Acordar la prisión Provisional.....	83
3.5.6. Modalidades de la Prisión Provisional.....	83
3.5.7. La suma de Condena al Penado, y la Indemnización de Daños y Perjuicios en caso de Absolución.....	85

3.6. La Libertad Provisional.....	86
3.6.1. Concepto.....	86
3.6.2. Presupuestos para acordar la Libertad Provisional.....	87
3.6.3. Los Efectos u Obligaciones que conlleva la situación de Libertad Provisional.....	87
3.7. El Arraigo.....	89
3.8. La Orden de Comparecencia.....	91
3.8.1. Concepto.....	91
3.8.2. Efectos.....	91

#### CAPITULO CUARTO

#### LA ORDEN DE BUSQUEDA, LOCALIZACION Y PRESENTACION DEL INDICIADO EN LA AVERIGUACION PREVIA

4.1. Definición Personal.....	94
4.2. Fundamento Legal.....	94
4.3. Facultades de persecución e Investigación del Ministerio Público.....	95
4.4. Leyes Secundarias.....	96

CONCLUSIONES.....	104
-------------------	-----

BIBLIOGRAFIA.....	107
-------------------	-----