

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NAYARIT**  
**Unidad Académica de Derecho**



**“CERTIDUMBRE JURÍDICA EN  
LA AVERIGUACIÓN PREVIA”**

(MONOGRAFÍA)

Documento Recepcional que en opción al grado de  
Maestro en Derecho Penal presenta:

**ENRIQUETA MONTOYA GONZÁLEZ**

Ciudad de la Cultura “Amado Nervo”

Tepic, Nayarit, octubre de 2009.

**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NAYARIT**  
**UNIDAD ACADÉMICA DE DERECHO**

**DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO**



**“CERTIDUMBRE JURÍDICA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA”**  
(MONOGRAFIA)

Documento Recepcional que en opción al grado de  
Maestro en Derecho Penal presenta:

**ENRIQUETA MONTOYA GONZÁLEZ**

**Director: DR. CELSO VALDERRAMA DELGADO**

Ciudad de la Cultura “Amado Nervo”

Tepic, Nayarit, Octubre de 2009



## ÍNDICE

<b>Agradecimientos</b> .....	
<b>Introducción</b> .....	

### CAPITULO I

#### BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL MINISTERIO PÚBLICO

1.1.- Roma.....	9
1.2.- Italia.....	9
1.3.- Francia.....	10
1.4.- España.....	10
1.5.- México.....	11

### CAPITULO II

#### AVERIGUACIÓN PREVIA

2.1.- Concepto.....	17
2.2.- Fundamento Legal.....	19
2.3.- Titular de la Averiguación Previa.....	22
2.4.- Inicio de la Averiguación Previa.....	24
2.5.- Requisitos de Procedibilidad.....	32
2.5.1 La Denuncia.....	33
2.5.2 La Querella.....	34
2.5.3 La extinción de la Querella.....	39
2.6.- Averiguación Previa con Detenido.....	42
2.7.- Orden de Aprehensión.....	43
2.7.1 Requisitos para librar una Orden de Aprehensión.....	45
2.7.2 Flagrancia.....	46
2.7.3 Cuasiflagrancia.....	50

2.7.4 Presunción de Flagrancia.....	50
2.7.5 Urgencia.....	51

**CAPITULO III**  
**EL MINISTERIO PÚBLICO**

3.1.- Concepto.....	56
3.2.- Características.....	56
3.3.- Competencia.....	67
3.4.- Atribuciones.....	70
3.5.- El Ejercicio de la Acción Penal.....	73

**CAPITULO IV**  
**LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES**

4.1.- Origen.....	77
4.2.- Concepto.....	78
4.3.- Clasificación de Garantías Individuales.....	85
4.4.- Garantías Sociales.....	88
4.5.- Garantías de Igualdad.....	91
4.6.- Garantías de Libertad.....	101
4.7.- Garantías de Propiedad.....	118
4.8.- Garantías de Seguridad Jurídica.....	119
4.9.- Investigación de campo.....	148

<b>Conclusiones.....</b>	<b>151</b>
<b>Propuestas .....</b>	<b>155</b>
<b>Fuentes de Información.....</b>	<b>156</b>

# ***AGRADECIMIENTOS***

## ***A la Universidad Autónoma de Nayarit:***

Por darnos la oportunidad de continuar en el camino de  
la superación profesional

## ***A mi familia:***

Hijos, Esposo, Hermanos y sobrinos, a todos con gran  
cariño y gratitud por su invaluable e incondicional  
apoyo

## ***A mis Maestros:***

Son muchos para nombrarlos; pero, de todos y cada uno  
tengo un grato recuerdo por su enseñanza

## INTRODUCCIÓN

La averiguación previa en materia federal es el tema de este trabajo, misma que se analizará bajo la óptica de "etapa base" o "etapa previa" de todo proceso penal, que reviste la misma importancia que para un edificio los cimientos.

Se cuestionará qué tanta certeza jurídica existe para el indiciado, en la etapa de averiguación previa, y la necesidad e importancia que significa el establecer plazos o términos en dicha etapa procedimental; en razón de que, en la actualidad, sólo se prevé el plazo que señala el párrafo sexto del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que textualmente dice: "...ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenar su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos en que la ley prevea como delincuencia organizada...", plazo que igualmente señala el Código Federal de Procedimientos Penales.

Sin embargo, dicha etapa se vincula fundamentalmente con la actividad investigadora del Ministerio Público, y, dentro de tal actividad nuestra legislación deja a la institución titular, una libertad absoluta con relación a la temporalidad para determinar o resolver sobre el ejercicio, o no ejercicio, de la acción penal. El único término, al que ya se ha hecho referencia de las cuarenta y ocho horas, cuando el indiciado está detenido, resulta insuficiente para garantizar al inculpado la oportunidad de defenderse y de tener acceso a una justicia pronta y expedita, como lo indica el mandato Constitucional; posteriormente, se explicará el por qué de estas aseveraciones.

Cabe precisar que se analizarán los dos principales supuestos que existen; es decir, cuando se investiga con el inodado en calidad de detenido y cuando no lo está, ya que el plazo a que se ha hecho referencia en el párrafo que antecede, es con relación únicamente al primer caso; y, cuando el indiciado se encuentra en libertad no se prevé término alguno.

**La justificación** del presente trabajo de investigación se basa en la problemática experimentada por la sustentante en el desempeño profesional de la Defensa Pública Federal en la etapa de averiguación previa, pues es práctica recurrente que las declaraciones ministeriales de los indiciados se desahoguen cuando falta pocas horas para que venza el término de cuarenta y ocho horas con que cuenta el ministerio Publico Federal para resolver la situación jurídica del detenido; lo anterior dificulta seriamente que se proporcione una defensa adecuada durante dicha etapa procedimental.

**Planteamiento del problema** la sociedad mexicana exige que en la procuración e impartición de justicia se eliminen los vicios y actos de corrupción que tanto la han dañado; que se perfeccione, de tal suerte que al mismo tiempo que se combate a la delincuencia, también se respeten los derechos y garantías de todo ciudadano que se encuentre a disposición de un Agente del Ministerio Público, en calidad de detenido.

Se advierte que la legislación actual, en la práctica, no conlleva a lograr, ni una defensa adecuada, ni el acceso a la justicia, de manera pronta; sobre todo en lo que corresponde a la etapa de averiguación previa; debido a los razonamientos y motivos que posteriormente se expresarán.

La averiguación previa, como etapa anterior al proceso penal, se vincula fundamentalmente con la actividad investigadora del Ministerio Público y dentro de dicha actividad no se establecen plazos, excepto el antes mencionado, de

las cuarenta y ocho horas, cuando el indiciado se encuentra detenido a disposición de la citada autoridad, durante el cual deberá ponerlo a disposición de un juez, esto cuando de la investigación resulte que se reunieron pruebas idóneas y suficientes para demostrar los elementos del cuerpo del delito que se investiga y acreditar la probable responsabilidad del indiciado, o, en caso contrario, deberá ponerlo en libertad.

Ahora bien, dentro del plazo de referencia, sucede que al indiciado, generalmente, se le toma declaración cuando ya faltan pocas horas para que el aludido término venza; es decir, cuando el Ministerio Público ya integró el expediente, ya recabó otras declaraciones, dictámenes periciales, las ratificaciones correspondientes, e inclusive, cuando procede el ejercicio de la acción penal, ya tiene la resolución elaborada (en la computadora) y lo único que falta es agregar la declaración del indiciado para hacer la correspondiente consignación.

¿Cuáles son las consecuencias de los citados vicios? En principio, que el detenido al emitir su declaración se encuentre en un estado emocional de desesperación, de inseguridad y de incertidumbre total, en ocasiones no sabe ni siquiera qué delito se le imputa, quién lo acusa, cuáles son sus derechos, especialmente desconoce si tiene derecho a la libertad provisional bajo caución o no; asimismo, es frecuente, además, que los familiares del indiciado se encuentren en similar situación emocional que él; y lo más grave: Que se anula toda oportunidad de defensa, en razón de que no designó defensor oportunamente, no se tuvo acceso al expediente y no se tuvo tiempo para ofrecer ningún elemento de prueba; así como la oportunidad de obtener la libertad provisional bajo caución, cuando procede, debido a la falta de tiempo para exhibir la garantía que se le fije; con la consecuente violación al derecho de defensa adecuada y de obtener “inmediatamente” el beneficio de libertad



aludido, ambos los establece la Constitución en su artículo 20 apartado A, fracciones I y IX en relación con el último párrafo del mismo numeral.

Se considera que la extensión de las garantías y derechos de los procesados a las garantías del indiciado durante la averiguación previa, es una conquista importante para el Derecho Procesal Penal Mexicano, que tiene el propósito de dar al indiciado la oportunidad de una defensa adecuada, lo que se traduce en certeza jurídica de su situación; sin embargo, para que en la práctica ese objetivo se logre, se requiere establecer plazos en esta etapa procedimental. Específicamente, señalar de manera concreta que el Ministerio Público deberá desahogar la diligencia de declaración ministerial del indiciado detenido, dentro de un plazo breve, con posterioridad al momento en que se decreta su retención por parte de dicha autoridad; con la finalidad de que el indiciado tenga la oportunidad, temporalmente hablando, de que “inmediatamente” pueda obtener su libertad provisional bajo caución, cuando proceda; y, una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza, como lo ordena el citado artículo 20.

**La hipótesis** de este trabajo radica en la necesidad apremiante que existe de dar certidumbre jurídica a los justiciables dentro de la etapa de averiguación previa; para lo cual es necesario establecer un plazo determinado para que se tome la declaración ministerial al detenido; y, posteriormente disponga de un tiempo que le permita el ofrecimiento de pruebas que le garanticen una defensa adecuada, en términos de lo que establece el artículo 20 de la Carta Magna.

El presente trabajo consta de cinco capítulos, en su primera parte se abordarán los antecedentes históricos del Ministerio Público, como autoridad integradora de la averiguación previa, con la finalidad de ponderar los cambios que tal figura ha sufrido, siempre en la constante búsqueda de mejorar su

función; además de la natural conveniencia de estudiar dicha figura en su contexto histórico. Por ser la Historia una prueba irrefutable de la natural y necesaria evolución de toda institución humana y jurídica; no podría ser el Ministerio Público una excepción.

En el segundo apartado recopila diferentes conceptos de “Averiguación Previa”, se citan los emitidos por diversos autores, con la finalidad de ampliar lo más posible la idea acerca de dicha etapa; ello resulta básico, para posteriormente precisar lo que acorde a nuestro sistema jurídico se puede y debe establecer, para efectos de que durante ésta, se cumpla con los presupuestos Constitucionales, sobre todo en materia de respeto a las Garantías de Seguridad Jurídica.

Posteriormente se hablará de la Institución “Ministerio Público”, se abordará la polémica que en torno a su nomenclatura se ha presentado, siempre, por parte de los diversos juristas que están en desacuerdo con el nombre, con las características que como institución se le atribuyen y con otros aspectos inherentes a su figura. Asimismo, se hará referencia al Ministerio Público de la Federación, sus atribuciones y competencia.

El capítulo cuarto trata de las Garantías Individuales, tema sobresaliente y muy relacionado con la propuesta e idea principal de este trabajo; en el sentido de realzar la importancia que reviste para toda sociedad, el garantizar el respeto y establecimiento de una legislación que permita la adecuación jurídica a la realidad social; asimismo, el cumplimiento del mandato constitucional específico de que todo ciudadano tiene derecho a una defensa adecuada (artículo 20 de la Constitución) y a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. (artículo 17 de la Carta Magna); todo lo cual ha sido preocupación desde la

primera Constitución (1824) que rigió en nuestro país, que tenía un apartado intitulado "Reglas a que se sujetará en todos los estados y territorios de la Federación la administración de justicia" y establecía una serie de garantías relacionadas con el proceso jurisdiccional; y, así sucesivamente las Constituciones de 1857 y 1917 conservaron o retomaron los textos de referencia; sin embargo, cabe destacar que el artículo 17 Constitucional ha sufrido una sola reforma desde 1917, publicada en el Diario Oficial de la Federación del 17 de marzo de 1987, de la cual se derivó el actual texto de ese numeral. La reforma tuvo por objeto precisar y ampliar el alcance de la garantía, así como establecer las obligaciones del Estado en materia de administración de justicia, y, se agregó que los tribunales deberán dictar sus fallos de manera "pronta, completa e imparcial"

La etapa de averiguación previa es regulada, sustancialmente, por los artículos 16, 20, 21 y 102 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, y del 113 al 141 del Código Federal de Procedimientos Penales; de los cuales, con relación al tema, destaca el plazo de cuarenta y ocho horas que se impone al Ministerio Público para consignar o poner en libertad al indiciado, cuando éste se encuentra en calidad de detenido; sin embargo, no se establece en qué término le deberá tomar la declaración ministerial, esto para darle oportunidad a la "adecuada defensa" que manda la Constitución Federal en esta etapa procedimental; es decir, para que le permita ofrecer y desahogar pruebas documentales, testimoniales, periciales u otras, puesto que el artículo 20 de la Carta Magna así lo ordena. Cuando el indiciado no se encuentra en calidad de detenido, no se hace referencia a ningún término para la integración de la indagatoria, lo que resulta contrario a los principios constitucionales que se mencionan.

Ahora bien, no obstante las reformas constitucionales al artículo 20, relativamente recientes (1996), que hicieron extensivas las garantías de los

acusados a la averiguación previa; el citado numeral, en el último párrafo señala: “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”.

Los **métodos** que se emplearon en esta investigación fueron primordialmente el método científico. El cual es evidente al existir un planteamiento del problema, la etapa experimental materializada en cuatro capítulos y los resultados que se expresan en forma de conclusiones. El método deductivo por partir de conceptos generales para arribar a los particulares como se tiene el apartado relativo a las conclusiones. Se empleo el método fenomenológico por la objetividad del presente trabajo de investigación, el método histórico por la reseña que se hizo de ciertos conceptos.

Las **técnicas de investigación** utilizadas fueron la documental y la telemática. Así como la experiencia como Defensora Pública Federal de la suscrita, lo que implica una investigación de campo.

Las **fuentes de información** consultadas, son diversas pero específicas en lo relativo al tema de la presente monografía.

Finalmente, la **tipología del presente trabajo**, en virtud de que resulta práctica y objetiva adquiere un carácter propositivo.

## **CAPITULO I**

### **BREVES ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL MINISTERIO PÚBLICO**

#### **1.1 ROMA**

El origen y la razón de ser del Ministerio Público se generan por el conocimiento de los delitos y el procesamiento de sus autores, doble función y responsabilidad a que ha estado sujeto el Estado en su misión de juzgar, y en su caso sancionar, a través de sus propios medios punitivos. Al respecto cabe formular un cuestionamiento: ¿Cómo podría tener información el juzgador acerca del delito y circunstancias de su ejecución, para ponerse en práctica la actividad jurisdiccional?

Históricamente han existido enjuiciamientos en los que el juez era el propio investigador de los delitos, como ocurría en el tiempo de la inquisición; el juez averiguaba y acusaba, sin defensa, y finalmente él mismo sentenciaba.

En términos generales, la actividad jurisdiccional requiere de la existencia de un actor, con carácter institucional, por lo que corresponde al Estado asumir esa responsabilidad, así como la de investigar la comisión de los delitos, juzgar, y en su caso sancionar al responsable; para lo cual se requiere que exista un organismo público que se encargue de poner en movimiento esas funciones del Estado.

Ahora bien, para que el juez tenga, primero el conocimiento de la comisión de un delito y luego los elementos para juzgar, resulta indispensable que a un organismo de carácter público se confie esa delicada función; consecuentemente, así es como aparece el Ministerio Público, como un órgano investigador y acusador.

Tanto la figura, entendida como institución, representante social y otras características que se le atribuyen, como el nombre de Ministerio Público, han sido discutidos, polémicos y cuestionados desde sus orígenes, hasta la actualidad.

En relación a su origen tampoco se tiene la certeza de dónde se encuentra su antecedente más remoto; pues algunos tratadistas refieren que están en el Derecho Griego, donde el “Arconte” era el magistrado que a nombre de la víctima del delito y sus familiares intervenía en el juicio; sin embargo, no se tienen pruebas suficientes, ni datos que demuestren que ello haya sido así.

No obstante lo destacado de los sistemas jurídicos de Griegos y Romanos, no se tienen antecedentes ciertos y seguros de que haya existido la figura del Ministerio Público; en virtud de que la investigación de los delitos estaba a cargo de la víctima y sus familiares.

En la antigua Roma existía una actividad similar a la del Ministerio Público, en los funcionarios denominados “Judices Questiones” de las Doce Tablas, ya que su función consistía en comprobar el delito; pero tampoco se encontró material suficiente para detallar y asegurar con precisión su función, porque se les relaciona e identifica más propiamente con la actividad jurisdiccional.

## **1.2.- ITALIA**



En la Italia Medieval existió la figura de los “Sindice o Ministrales”, que eran colaboradores o auxiliares en la presentación de denuncias de hechos delictivos ante la propia autoridad jurisdiccional; de ahí que tampoco se tenga la certeza de que éstos se puedan considerar como antecedentes de la figura en comento.

### **1.3.- FRANCIA**

En Francia, existió una figura llamada Procurador y abogado del Rey, que fungía como una magistratura encargada de los negocios judiciales de la Corona. Surgió un procedimiento de persecución de los delitos de oficio o por pesquisa, lo que dio origen al Ministerio Público, aunque con funciones limitadas a investigar los delitos, hacer efectivas las multas y las confiscaciones decretadas como parte de una pena.

A mediados del siglo XIV, durante la época de Napoléon la figura del Ministerio Público se ubicó en los juicios del orden penal y dependía del Poder Ejecutivo, por considerarse un representante directo del interés social en la persecución de los delitos y se dividía en “párquets” cada uno formaba un tribunal francés.

### **1.4.- ESPAÑA**

En España, durante la época del “Fuero juzgo” había una magistratura especial, con facultades para actuar ante los tribunales cuando no hubiera un interesado que acusara directamente al delincuente y fungía como mandatario del Rey. También en la Novísima Recopilación, se reglamentaron las funciones del Ministerio Fiscal y en las Ordenanzas de Medina también se menciona a los

fiscales. Inicialmente su función consistía en perseguir a quienes cometían infracciones relativas al pago de contribuciones fiscales y multas.

## 1.5.- MÉXICO

En México se ha considerado que el Ministerio Público tiene sus orígenes en los modelos de España y Francia; también se ha mencionado como posible influencia el "Attorney General" norteamericano, que corresponde al Procurador General de los Estados Unidos; asimismo, a la "procuratura" del Derecho Soviético también se le ha relacionado con el Ministerio Público mexicano, por la misión esencial de la Procuraduría General de la República.

Entre 1857 y 1917 surgió en México la figura del Procurador General de la República, misma que se constituyó con la unión de dos magistrados que residían en la Suprema Corte, que eran *el procurador general y el fiscal general*; en la actualidad sus funciones concurren con las del procurador y dependen del Poder Ejecutivo; pero, en el pasado pertenecieron al Poder Judicial, de ahí que se le relacione con dicho poder.

Durante la etapa anterior a las deliberaciones del Constituyente de Querétaro, los jueces de instrucción tuvieron a su cargo la investigación de los delitos; a ello se debe que a la policía que les auxiliaba se le llamara "policía judicial" en su carácter de investigadora.

De esa manera tan incipiente fue que en los primeros años del siglo XIX surgió en México la figura del Ministerio Público. Fue Venustiano Carranza quien propuso al Ministerio Público como un factor de justicia procesal. Pretendía con ello evitar los vicios del sistema procesal de su tiempo y restituir a los jueces la dignidad y respetabilidad que habían perdido; decidió que el Ministerio Público debería tener a su cargo exclusivamente la persecución de

los delitos, así como el allegar las pruebas, y consideró que con la figura del Ministerio Público en la forma que lo propuso, se aseguraría la libertad individual.

Fue entonces cuando en el artículo 21 Constitucional se asignó a la autoridad judicial la imposición de las penas y el castigo a las infracciones de reglamentos de policía y la persecución de los delitos, en forma exclusiva, al Ministerio Público, con el apoyo de la policía a su mando.

Asimismo, correspondió al Ministerio Público valorar los resultados de la indagatoria y determinar si se ha comprobado la existencia del delito y la probable responsabilidad del indiciado en su comisión; sin pasar por alto que, para que legalmente pueda proceder a la actividad referida, se deberá dar cumplimiento a determinados requisitos de procedibilidad; de los cuales posteriormente se hablará.

El decreto Constitucional de Apatzingán se refirió a los fiscales ante el Supremo Tribunal de Justicia, uno con función penal y otro civil. La primera Constitución Mexicana de 1824, en su artículo 124 incluyó un fiscal en la Suprema Corte de Justicia, lo cual también motivó la idea de “judicial” acerca del Ministerio Público, misma que ha prevalecido, hasta la actualidad.

*“El artículo 124 de la primera Constitución mexicana –la Carta Federal de 1824- incluyó un fiscal en la Suprema Corte de Justicia: de ahí entre antecedentes- viene la “ideal judicial”, valga la expresión, acerca del Ministerio Público, que se ha filtrado hasta la Constitución de 1917, como luego indicaré. La propia Constitución de 1824 dispuso la adscripción de promotores fiscales en los tribunales de circuito (artículo 140)”<sup>1</sup>.*

---

<sup>1</sup> Carbonell, Miguel, Coordinador. “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada y concordada”. Editorial Porrúa, México 2002. Pág. 344

El Ministerio Público en nuestro país, pues, tiene su origen en los funcionarios que se encargaban de pesquisas y averiguación de los delitos, con influencias española y francesa; se le consideró como una pieza fundamental del Derecho Penal. También se le ha considerado como una figura típica del enjuiciamiento mixto, como parte del proceso inquisitivo continental y el acusatorio inglés.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 21 atribuyó al Ministerio Público la facultad exclusiva de perseguir los delitos, función que anteriormente correspondió al juez instructor; desde entonces surgió el polémico monopolio de la acción penal a favor del Ministerio Público.

La legislación secundaria de la época también se refería al Ministerio Público con los criterios típicos de ese tiempo, en que prevalecía la denominación de fiscal, debido a que entre sus funciones también asumía la defensa de los intereses económicos del fisco; a todo ello se debe que se le haya denominado, y aún en la actualidad se le llame, indebidamente, "fiscal".

Dentro del período comprendido de 1824 a 1836, aún dominaba la herencia española, y fue una época de crecientes preocupaciones liberales en torno a la formación de la República independiente. El Congreso Constituyente no fue la excepción del ambiente de tensión que imperaba en el desarrollo del país. La preocupación principal de ese tiempo lo fue sin duda la libertad del individuo, como ser humano amparado por la ley; se buscaba una ley que además de considerarlo con igualdad, le garantizara la libertad y el respeto por parte del Estado; era la búsqueda de la época. Todo ello influyó sobre el Ministerio Público y frenó su evolución.

En 1856 el Constituyente debatía un proyecto que sostenía que al procedimiento penal debía preceder acusación o querrela de parte ofendida, o a instancia del Ministerio Público, como representante de la sociedad; ello generaba una doble problemática: la supresión de procedimientos de oficio y el crecimiento de la figura del Ministerio Público frente al particular, en su derecho de acudir y poner en movimiento la función jurisdiccional.

Algunos diputados y juristas se oponían a dicho proyecto, argumentando que se privaba a los ciudadanos del derecho de acusar y, que el pueblo no debía delegar lo que por naturaleza le corresponda ejercer por sí mismo.

En la Constitución de 1857, con la trascendental reforma de 1900, surgió la figura del Procurador General de la República, ubicándolo dentro del Poder Ejecutivo, ya no en el Judicial, lo que en la actualidad aún prevalece.

En 1916-1917 dominaba la fatal actuación de la judicatura de Porfirio Díaz, reinaban la opresión y la corrupción, por encima de cualquier supuesto legal y económico. Ello determinó el texto de Carranza, orientó la fórmula final del artículo 21 Constitucional y tuvo otras consecuencias importantes, como fue la supresión de las secretarías de Justicia y de Instrucción Pública. Posteriormente José Vasconcelos sustituyó la segunda con la Procuraduría General de la República y creó además la Secretaría de Gobernación.

Fue en ese tiempo cuando los jueces de instrucción tuvieron como responsabilidad, además de decir el derecho, la investigación de los delitos; en esa tarea indagadora eran auxiliados por la policía, razón por la que se llamó a ésta "policía judicial", título inadecuado que hasta hoy, en algunos casos, existe.

La figura del Ministerio Público seguía siendo incipiente y en ocasiones decorativa; mientras que al juez se atribuía las tareas de investigación que de

acuerdo a la legislación correspondían al Ministerio Público; lo que ocasionaba una serie de abusos, excesos de poder, represión y tortura a los reos por parte de los juzgadores, en su afán de sobresalir como administradores de justicia y debido también a su falta de preparación y capacitación para el desempeño de tan delicada función, en detrimento de la sociedad.

Posteriormente, se llegó a considerar, que la actividad jurisdiccional se debería condicionar a la existencia de un actor, como parte e interés del propio Estado; entonces fue cuando apareció el Ministerio Público, con el carácter más firme de órgano investigador y acusador. Venustiano Carranza lo propuso como un factor de justicia procesal y, a la postre de libertad, que evitara el sistema procesal tan viciado que existía, dejando exclusivamente a su cargo la persecución de los delitos, de tal forma que la libertad individual quedara asegurada.

Fueron las bases del actual artículo 21 Constitucional que asigna a la autoridad judicial la imposición de las penas y al Ministerio Público la persecución de los delitos; que más correcto sería decir de los probables delincuentes.

La reforma de diciembre de 1994 adicionó el artículo 21 con el siguiente párrafo: "Las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley". Reforma que formó parte del proyecto de reformas al Poder Judicial.

No obstante que ni la Federación, ni el Estado de Nayarit han legislado al respecto, se ha aceptado el criterio de que es el Juicio de Amparo mediante el cual se debe combatir la resolución de no ejercicio de la acción penal dictada por el Ministerio Público; a pesar de tratarse de un orden jurisdiccional diferente



del que se debiera seguir, como es el procedimiento penal. En la actualidad la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya se ha pronunciado en el sentido de que es procedente el Juicio de Amparo contra la referida resolución ministerial de no ejercicio de la acción penal.

Cabe hacer mención que el legislador al plantear las reformas de 1994 no se refirió precisamente al Juicio de Amparo, sino que se vislumbra que pensó en diversa vía jurisdiccional, que permitiera alcanzar los objetivos previstos en el artículo 21 Constitucional. Entre los analistas en la materia se ha hablado de diferentes posibilidades, entre ellas de una sala o magistratura unitaria, dentro del Tribunal Superior de Justicia; el pleno del mismo tribunal; así como de otro juzgado penal del mismo orden jurisdiccional, u otro órgano judicial nuevo.

La persecución de los delitos, el llevar adelante la investigación del hecho ilícito y de la, o las, personas que resulten responsables de su comisión, se desarrolla durante la etapa denominada "averiguación previa", y es ésta en la que se presentan también los hechos que motivaron y sirvieron de inspiración a este trabajo.

## **CAPITULO II**

### **LA AVERIGUACIÓN PREVIA**

#### **2.1 CONCEPTO**

La averiguación previa es un procedimiento autónomo, antes del proceso penal; se considera también como etapa procedimental, que inicia el Ministerio Público, cuando tiene noticia de la comisión de un delito; y, consiste en la práctica de diversas diligencias de investigación, con la pretensión de ejercitar la acción penal, una vez que se acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

César Augusto Osorio y Nieto refiere: "Como fase del procedimiento penal, puede definirse la averiguación previa como etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal"<sup>2</sup>.

Por su parte Guillermo Colín Sánchez sostiene: "...Averiguación Previa, etapa procedimental en la que el Estado por conducto del Procurador y los agentes del Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de Policía Judicial, practica las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar,

---

<sup>2</sup> Osorio y Nieto César Augusto. "La Averiguación Previa". Pág. 4. Décima edición. Editorial Porrúa. México, 1999.

en su caso, la acción penal, para cuyos fines, deben estar acreditados los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad”<sup>3</sup>.

Concepto emitido por supuesto, antes de las reformas en que se volvió a hablar de cuerpo del delito, en lugar de elementos del tipo

Por su parte Jorge Alberto Silva Silva refiere que existen dos corrientes respecto de la averiguación previa, la primera, formada por quienes no aceptan que haya fundamentación constitucional para que exista la averiguación previa, y que dicha etapa no corresponde a un período necesario o indispensable, ya que no existe precepto legal que así lo ordene; con la cual él coincide; y, la otra que, justifica la existencia de dicha figura procesal.

Sin embargo, dicho autor reconoce que debido a que la averiguación previa se encuentra desarrollada en nuestro *derecho secundario* y que, por lo tanto, debe ser objeto de estudio. Señala: “Aunque la investigación no es siempre actividad ajena al proceso jurisdiccional, en esta fase el Ministerio Público realiza una investigación anticipada, previa, preliminar o preparatoria a la que habrá de sucederse en la instrucción judicial, donde se tenderá a la *confirmación o rechazo* de los datos que originalmente arrojó la averiguación previa”<sup>4</sup>.

“La Averiguación Previa viene a ser, la piedra angular de ese edificio tan aparentemente bien construido denominado Procedimiento Penal, puesto que con ella el Ministerio Público debe plasmar las bases sobre las que se aplicará la jurisdicción del juez, cuyos elementos fundamentales son la comprobación del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del

---

<sup>3</sup> Colín Sánchez, Guillermo. “Derecho Mexicano de Procedimientos Penales”. Pág. 311. Decimosexta edición. Editorial Porrúa. México, 1997.

<sup>4</sup> Silva Silva, Jorge Alberto. “Derecho Procesal Penal”. Pág. 254.. Segunda edición. Editorial Oxford. México, 2002.

acusado, bajo pena de nulidad del procedimiento y libertad del inculpado si falta uno de ellos”<sup>5</sup>.

Se ha cuestionado por diversos estudiosos del Derecho si la averiguación previa se encuentra establecida en la Constitución, o no; debido a que nuestra Carta Magna no hace un señalamiento concreto de la misma, es decir, como un período procesal o de investigación; sino que, el artículo 20 fracción X, se refiere a la averiguación previa sólo para mencionar que las garantías del procesado, 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.

Dentro de nuestro sistema jurídico, todo proceso penal tiene, necesariamente, como antecedente o como base, una averiguación previa; presentada físicamente por un expediente, integrado con todas las diligencias y pruebas recabadas durante la investigación realizada por el Ministerio Público que se consideraron aptos y suficientes para la acreditación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad penal, requisitos indispensables para el ejercicio de la acción penal.

## **2.2.- FUNDAMENTO LEGAL**

La averiguación previa en nuestra legislación aparece comentada, aunque no en forma detallada o conceptual, en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 20, fracción X, la menciona, refiriendo que las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la *averiguación previa*, no obstante que se refiere a ésta como etapa del procedimiento; así, se tiene por sentado que forma

---

<sup>5</sup> Castro, Juventino V. "El Ministerio Público en México". Pág. 95. Editorial Porrúa. México 1996.

parte del procedimiento, puesto que en el apartado B fracción II del numeral en comento, en relación a la víctima u ofendido, establece: “Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la *averiguación previa* como en el proceso, y a que se desahoguen las diligencias correspondientes”; de donde se aprecia que la equipara con el proceso penal; es decir, se le considera una etapa procedimental.

El diverso artículo 21 Constitucional, no obstante que establece, en un principio de legalidad, las facultades del Ministerio Público, y las de la autoridad judicial; sin embargo, no menciona expresamente el período de *averiguación previa*.

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

También se refieren a esta etapa procedimental, entre otros, los artículos 1 fracción I y 2 del Código Federal de Procedimientos Penales, cuyo texto dice:

Artículo 1. El presente Código comprende los siguientes procedimientos. I El de *averiguación previa* a la consignación a los tribunales, que establecen las diligencias necesarias para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita o no la acción penal. Artículo 2. Compete al Ministerio Público Federal llevar a cabo la *averiguación previa* y ejercer, en su caso, la acción

penal ante los tribunales. En la *averiguación previa* corresponderá al Ministerio Público:

- I. Recibir las denuncias o querellas que le presenten en forma oral o por escrito sobre hechos que puedan constituir delito.
- II. Practicar y ordenar la realización de todos los actos conducentes a la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, así como a la reparación del daño.
- III. Solicitar a la autoridad jurisdiccional las medidas precautorias de arraigo, aseguramiento o embargo que resulten indispensables para la averiguación previa, así como las órdenes de cateo que procedan;
- IV. Acordar la detención o retención de los indiciados cuando así proceda;
- V. Dictar todas las medidas y providencias necesarias para proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas;
- VI. Asegurar o restituir al ofendido en sus derechos en los términos del artículo 38;
- VII. Determinar la reserva o el ejercicio de la acción penal;
- VIII. Acordar y notificar al ofendido o víctima el no ejercicio de la acción penal y, en su caso, resolver sobre la inconformidad que aquéllos formulen;
- IX. Conceder o revocar, cuando proceda, la libertad provisional del indiciado;
- X. En caso procedente promover la conciliación de las partes; y
- XI. Las demás que señalen las leyes.

De lo antes transcrito se evidencia que las diligencias que debe practicar el Ministerio Público para cumplir con sus responsabilidades, dentro del amplio campo de la impartición de justicia, las debe realizar, precisamente, en la etapa llamada *averiguación previa*; sin embargo, ya señalaba que, nuestra Carta Magna no se refiere a ella de forma descriptiva, ni como una etapa procedimental o procesal; sino que, sólo la menciona,



como *averiguación previa*; en cambio, el Código Federal de Procedimientos Penales sí es descriptivo, como ya consta en la transcripción anterior de los artículos 1 y 2 de dicho Ordenamiento Legal.

### **2.3.- TITULAR DE LA AVERIGUACION PREVIA**

Los artículos 14, 16, 19, 21 y 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, le dan la titularidad de la acción penal y competencia a la figura del Ministerio Público de la Federación y regulan su actuación en general.

En México el Ministerio Público es el titular de la Averiguación Previa, y ésta se inicia, invariablemente, por una noticia que se hace del conocimiento del Ministerio Público, dicha noticia se refiere a la realización de un hecho presumiblemente delictuoso; el portador de la noticia puede ser cualquier persona física en particular, o bien los elementos de alguna corporación policíaca.

De manera secundaria intervienen, ocasionalmente, en la iniciación de la Averiguación Previa, algunos funcionarios de diferentes ámbitos gubernamentales, como de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, de la Secretaría de Agricultura y Ganadería y de Hacienda y Crédito Público, entre otros.

El citado artículo 21 Constitucional, establece como atribución principal del Ministerio Público el investigar y perseguir los delitos, redacción ésta, que ha sido objeto de múltiples críticas; pues se considera que lo correcto sería "perseguir a los delincuentes, o probables responsables de la comisión de delitos".

La etapa investigadora es necesariamente *previa al proceso penal, de* ahí su nombre de “averiguación previa”, de cuyo resultado se decide sobre el ejercicio, o no, de la acción penal. En la actividad investigadora el titular se auxilia, conforme al citado numeral, por una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato, anteriormente era la llamada Policía Judicial Federal (PJF), ahora desaparecida; posteriormente, fueron los llamados Agentes Federales de Investigación (AFI) y en la actualidad son los Policías Ministeriales Federales (PMF), quienes apoyan en la investigación al Ministerio Público de la Federación; apoyo que consiste en la posibilidad de recibir denuncias, en cuyo caso dará aviso inmediato al Ministerio Público; también apoyan en el desahogo de las diligencias de investigación relacionadas con los hechos delictivos materia de la averiguación; con el límite lógico, jurídico y criminalístico que justifique la necesidad de la diligencia y su vinculación con los hechos, siempre con la tendencia de acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal.

Otro aspecto importante de la función de dicha corporación, es la entrega de citatorios y notificaciones, así como la presentación de inculpados o testigos, como medidas precautorias. Es destacable el hecho de que los elementos policíacos carecen de facultades para recibir declaraciones del indiciado y en caso de que lo hagan, éstas carecen de todo valor. Igualmente, la ley les prohíbe detener a personas, excepto cuando se esté en casos de flagrancia; o bien, se tengan instrucciones por escrito del Ministerio Público, en casos de justificada urgencia, como lo establece la ley; o, en el cumplimiento de órdenes de aprehensión.

Cabe resaltar que, toda persona que tenga conocimiento de que se está cometiendo un delito, tiene la obligación de denunciarlo; e inclusive, está autorizado legalmente para proceder a la detención del responsable, puesto que el combatir la delincuencia es de interés general.

Asimismo, es trascendental señalar el hecho de que las resoluciones del Ministerio Público de no ejercicio y desistimiento de la acción penal, podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley.

#### **2.4.- INICIO DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA**

La Averiguación Previa se inicia, invariablemente, por una noticia que se da al Ministerio Público, de un hecho posiblemente constitutivo de delito, que le proporciona cualquier particular o agente policíaco, en tratándose de delitos perseguibles de oficio; es decir, que es suficiente la denuncia, para que el Ministerio Público actúe, de acuerdo con sus facultades. Caso diferente cuando se trata de delitos que requieren, para su persecución, de la presentación de una querrela, por parte debidamente facultada para ese fin.

Como ya se ha mencionado, la Averiguación Previa, como etapa procedimental consiste en un cúmulo de actividades o diligencias realizadas por el Ministerio Público, en función de su labor investigadora de los delitos con la finalidad de reunir las pruebas aptas y suficientes para acreditar el cuerpo del delito y demostrar también la probable responsabilidad; y, en su caso, proceder a ejercitar la acción penal, de su exclusiva competencia.

En cuanto a la exclusividad de la competencia para ejercitar acción penal por parte del Ministerio Público, cabe destacar que existen excepciones. Actualmente se considera que el monopolio ha disminuido, a

raíz de las reformas a la Constitución que abrió la posibilidad de impugnar, vía jurisdiccional, la resolución de no ejercicio de la acción penal o su desistimiento.

Otra disminución a dicho monopolio lo constituye la investigación de delitos con recursos de procedencia ilícita, misma que debe realizarse en forma conjunta el Ministerio Público de la Federación y la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, conforme lo establece la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. Situación que ha desatado controversia, respecto de su inconstitucionalidad.

Esta etapa se inicia, necesariamente, con la denuncia a que se ha hecho referencia, o bien con una querrela, según sea el caso del delito de que se trate. Los delitos que se persiguen de oficio son los que requieren únicamente de la presentación de la denuncia. Los delitos que requieren de la presentación de querrela son aquellos que afectan sólo intereses particulares; mismos que, a continuación se detallan:

- I. Violación de correspondencia;
- II. Ejercicio indebido del propio derecho;
- III. Hostigamiento sexual;
- IV. Estupro;
- V. Violación a la esposa o concubina;
- VI. Adulterio;
- VII. Amenazas comprendidas en el artículo 282, C.P.;
- VIII. Lesiones comprendidas en el artículo 289, C.P., salvo que se causen a menores o pupilos ejerciendo la patria potestad o la tutela;
- IX. Lesiones producidas por tránsito de vehículos;
- X. Abandono de cónyuge;
- XI. Difamación y calumnia;

- XII. Privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales;
- XIII. Abuso de confianza;
- XIV. Daño en propiedad ajena;
- XV. Los delitos previstos en el Título XII del Código Penal, cuando sean cometidos por un ascendiente, descendiente, cónyuge, parientes por consanguinidad hasta el segundo grado, concubina o concubinario; adoptante o adoptado y parientes por afinidad hasta el segundo grado, o terceros que hubieran participado en la ejecución del delito con los sujetos antes mencionados;
- XVI. Fraude y delitos equiparables al fraude;
- XVII. Despojo, excepto en las hipótesis previstas en los dos últimos párrafos del artículo 395 del C.P.;
- XVIII. Peligro de contagio entre cónyuges; y
- XIX. Violencia familiar, excepto que la víctima sea menor o incapaz.

Así pues, por exclusión, los delitos no comprendidos en la enumeración anterior, serán perseguibles de oficio, con la sola presentación de denuncia por parte de cualquier persona o agente policíaco.

Ahora bien, la querrela la puede formular el ofendido, o víctima del delito; las personas físicas pueden presentarla mediante poder general con cláusula especial, excepto en tratándose del delito de privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales, estupro y adulterio.

Las personas morales podrán formular querrela a través de apoderado investido de poder general para pleitos y cobranzas, con cláusula especial; sin que sea necesario acuerdo especial o ratificación previa de los órganos sociales.

La querrela se puede presentar por comparecencia, en forma verbal, ante el Ministerio Público, caso en que esta autoridad deberá asentar, por escrito, los datos del querellante, como son sus generales de identificación, que expresamente manifieste el deseo de enderezar la acción penal en contra de persona determinada y por hechos concretos que son constitutivos de delito y además se deberá acreditar la personalidad del querellante.

Existe un caso de querrela muy particular, cuando el ofendido es un menor de edad, entonces, la querrela puede ser presentada por cualquiera de los ascendientes, hermanos o representantes legales. En el caso, se presentan algunos supuestos que requieren de señalamiento especial:

- a) El menor desea querrellarse, pero los ascendientes no;
- b) El menor y uno de los ascendientes desean querrellarse, pero otro no;
- c) El menor no desea querrellarse, pero los ascendientes sí;
- d) El menor y uno de los ascendientes no desean querrellarse, pero otro sí;

En el supuesto del inciso a) debe prevalecer la voluntad del menor, por ser el interesado y titular directo del derecho a la querrela y ello bastará para que el Ministerio Público inicie su función investigadora.

En el caso del inciso b) también es procedente el inicio de la averiguación previa, ya que la voluntad del menor, apoyada por un ascendiente y ello justifica la procedencia.

En el supuesto del inciso c) también corresponde el inicio de la indagatoria, ya que hay la manifestación expresa de quienes representan los intereses del menor.

El cuarto caso, inciso d) igualmente, procede poner en marcha la función investigadora del Ministerio Público, puesto que se manifiesta el interés de un representante del menor, facultado para la formulación de la querrela. Queda claro, que la ley y los criterios de interpretación que imperan, tienden siempre a proteger lo más posible los intereses de los menores de edad.

Las actividades más usuales que constituyen una averiguación previa, atendiendo una estructura sistemática con secuencia cronológica, precisa y ordenada, son fundamentalmente las siguientes:

La conformación de todo expediente de averiguación previa, consiste primeramente en una carátula que contiene, generalmente, el nombre de la Delegación, Agencia Investigadora, número progresivo de expediente y el delito que se investiga.

Para iniciar la investigación se dicta lo que en la práctica le llaman un "acuerdo de inicio", mencionando, lugar, día y hora, nombre del agente del Ministerio Público que actúa en la misma; enseguida se hace una narración de los hechos que motivaron el inicio de esa indagatoria y se ordena la práctica de las diligencias que resulten necesarias, de acuerdo a la naturaleza y características propias del delito a investigar.

A toda averiguación previa precede una noticia que se hace del conocimiento del Agente del Ministerio Público, de hechos posiblemente constitutivos de un delito perseguible de oficio, noticia que puede proporcionar cualquier particular, o un miembro o agente de cualquier corporación policíaca; en la práctica éstos últimos, generalmente, son quienes provocan la iniciación de la indagatoria, con la puesta a disposición de una persona detenida.

Cuando es un particular quien proporciona la noticia de los hechos, probablemente delictivos, el Ministerio Público le interrogará acuciosamente, a fin de obtener los mayores datos posibles del evento. En el caso de que los denunciados sean elementos de corporaciones policíacas, éstos elaboran un oficio de puesta a disposición, también llamado parte informativo, dirigido a la referida autoridad, en el que asentarán las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos motivo de la denuncia, oficio y contenido que posteriormente deben ratificar.

Enseguida el Ministerio Público se avoca a recabar las declaraciones de testigos, del inculcado y de la víctima del delito, en su caso; así como a solicitar los dictámenes periciales que resulten necesarios para establecer aspectos relevantes en relación con los hechos y objetos del delito que motivaron la indagatoria.

Las declaraciones revisten fundamental importancia dentro de la averiguación previa, consisten en la narración de determinados hechos propios o circunstancias que hace una persona, que puede tener el carácter de indiciado, o de testigo; esa declaración se plasma por escrito y se agrega el documento al expediente; durante el desahogo de la declaración el Ministerio Público tiene la facultad de interrogar al declarante, con la finalidad de obtener una mayor información, sobre los mismos hechos.

Las declaraciones, para que tengan validez probatoria, tanto de indiciados, como de testigos, deben necesariamente, cumplir con todas las formalidades de ley, que cada caso en particular requiera.

En tratándose del indiciado, ya sea en calidad de detenido, o que se presentare voluntariamente a declarar, o a través de citatorio, se le harán del



conocimiento los derechos contenidos en el artículo 128 del Código Federal de Procedimientos Penales, que consisten esencialmente en:

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

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

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

- a) No declarar si así lo desea, o en caso contrario, a declarar asistido por un defensor;
- b) Tener una defensa adecuada por sí, por abogado o por persona de su confianza, o si no quisiere o no pudiere designar defensor, se le designará desde luego un defensor de oficio;
- c) Que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la averiguación;
- d) Que se le faciliten todos los datos que solicite para su defensa y que consten en la averiguación, para lo cual se permitirá a él y su defensor consultar en la oficina del Ministerio Público y en presencia del personal, el expediente de la averiguación previa;
- e) Que se le reciban los testigos y demás pruebas que ofrezca y que se tomarán en cuenta para dictar la resolución que corresponda,

concediéndole el tiempo necesario para ello, siempre que no se traduzca en entorpecimiento de la averiguación y las personas cuyos testimonios ofrezca se encuentren en el lugar donde aquélla se lleva a cabo. Cuando no sea posible el desahogo de pruebas, ofrecidas por el inculpado o su defensor, el juzgador resolverá sobre la admisión y práctica de las mismas; y

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

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

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

IV.- Cuando el detenido fuere un indígena o extranjero, que no hable o no entienda suficientemente el castellano, se le designará un traductor que le hará saber los derechos a que se refiere la fracción anterior. Si se tratare de un extranjero, la detención se comunicará de inmediato a la representación diplomática o consular que corresponda; y

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

Las reformas que dieron origen a los cambios dentro de la averiguación previa, ocasionaron que se le comparara a dicha etapa con la de preinstrucción en el proceso penal; en razón de que se equipara la declaración ministerial con la preparatoria, debido también al contenido de

las fracciones II, III y IX del artículo 20 Constitucional; hay quienes opinan que la función del Ministerio Público se vio alterada sustancialmente, de conformidad con lo establecido en su fundamento legal, los artículos 21 y 102 constitucionales.

El hecho de que durante la averiguación previa se ofrezcan, admitan, desahoguen y valoren pruebas por parte del Ministerio Público, se ha considerado por algunos autores, como Marco Antonio Díaz de León, que su función ya se equipara a la del juzgador, pues observa, al menos parcialmente, las formalidades esenciales del procedimiento, de conformidad con los artículos 14 y 20 constitucionales.

Sin embargo, lo cierto es que nuestra legislación ha evolucionado hasta esos niveles; y ahora, es necesario buscar y encontrar los caminos legales, que permitan y aseguren la finalidad de esas reformas; que los órdenes fáctico y jurídico, tengan una verdadera correspondencia y leal adecuación; lo que indudablemente, se traducirá en beneficios para el indiciado, mediante el verdadero y puntual respeto a las garantías individuales de seguridad jurídica.

El artículo 16 constitucional párrafo séptimo, establece: "...ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenar su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos en que la ley prevea como delincuencia organizada..."; lo cual también se establece en el Código Federal de Procedimientos Penales en el artículo 194 bis.

## **2.5.- REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD**

Son considerados como presupuestos procesales, es decir, los requisitos mínimos, e indispensables para que pueda iniciarse un proceso penal.

En el Derecho Positivo Mexicano los requisitos básicos de procedibilidad son: la denuncia y la querrela.

### **2.5.1.- LA DENUNCIA**

“Es el acto por medio del cual cualquier persona, haya o no resentido los efectos del delito, hace del conocimiento del Ministerio Público la comisión de hechos que pueden llegar a constituir un delito. La función del denunciante se limita a dar parte a la autoridad investigadora de la comisión de tales hechos; pero una vez presentada la denuncia, será dicha autoridad la encargada de cumplir sus funciones de averiguar y, en su caso, de ejercer la acción penal, sin que la voluntad del denunciante tenga legalmente relevancia alguna para suspender ni para poner término al procedimiento iniciado o al proceso promovido”<sup>6</sup>.

“La denuncia es la transmisión de un conocimiento sobre determinado hecho con apariencia delictuosa, que cualquier persona hace (o debe hacer) a la autoridad competente. No entraña, como la querrela, la expresión de la voluntad de que se persiga el delito. Opera en el supuesto de delitos perseguibles de oficio y es ineficaz en la de los que se persiguen a instancia del legitimado para querrellarse (que algunos denominan delitos “privados”, aun cuando sólo es privada la instancia para perseguirlos). Se considera que la persecución mediante denuncia –o sea, “de oficio”-constituye el dato

---

<sup>6</sup> Carbonell, Miguel. “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada y Concordada”. Decimosexta edición. Tomo I, Artículo 16. Editorial Porrúa. México 2002. Pág. 233.

contemporáneo en la evolución jurídica. Como efecto de la continuada asunción de las tareas persecutorias por parte del Estado”<sup>7</sup>.

Al respecto, se debe mencionar que el denunciante no tiene el carácter de parte dentro de la averiguación previa o del proceso penal; por ello su única participación consiste precisamente en la presentación de la denuncia y no tiene ninguna intervención posterior a ese momento de presentación de la denuncia y su ratificación; no podrá interponer recursos, ni ofrecer pruebas, ni tener acceso al expediente, puesto que la denuncia es sólo el requisito de procedibilidad.

### **2.5.2.- LA QUERELLA**

La querella tiene una doble acepción: se le considera sinónimo de acción y como requisito de procedibilidad.

Como acción, su ejercicio compete a los particulares, cuando sus intereses o derechos se ven afectados, entonces tienen la facultad de poner en acción las instancias jurisdiccionales.

Como requisito de procedibilidad se resume en la manifestación del conocimiento sobre hechos probablemente delictivos y la expresión de voluntad, a efectos de que se investigue, se persiga procesalmente, y en su caso, se sancione al responsable o responsables de la comisión del hecho delictuoso.

En el caso de los delitos que se persiguen por querella predomina el interés del particular, o privado, sobre el interés público; razones de política

---

<sup>7</sup> García Ramírez, Sergio y Adato Green, Victoria. “Prontuario del Proceso Penal Mexicano”. Novena Edición. Editorial Porrúa. México, 1999. Pág. 33 y 34.

criminal son las que mantienen la vigencia de la querella, así como el perdón del ofendido, por parte de quienes están legitimados para concederlo; con lo cual se genera el sobreseimiento de la causa. Esto tiene como característica que depende de la voluntad del ofendido el hecho de que se persiga y castigue un delito o de que quede impune, puesto que sin la presentación de la querella el hecho no podrá, ni ser investigado, mucho menos castigado.

Cabe destacar que la querella no determina, que el hecho, supuestamente delictivo, sea castigado; debido a que la sola presentación de la querella, no significa que se llegará a ejercitar acción penal, o a la imposición de una pena o sanción; sino que, lo único que determina o provoca este requisito de procedibilidad, es poner en movimiento la indagatoria, por parte del Ministerio Público, para que al concluirla, determine si se cumplen los requisitos base para ejercitar la correspondiente acción penal; y ejercerla, o en su defecto, optar por el no ejercicio de la acción penal.

La querella consiste pues, en la manifestación de la voluntad del sujeto pasivo del delito, que comparece ante el Ministerio Público con la finalidad de que dicha autoridad tome conocimiento de un delito que no es perseguible de oficio, y por tanto requiere de la querella para integrar la averiguación que corresponda, con la pretensión de castigo para el responsable.

La querella es, básicamente, la petición que hace una persona, generalmente ante el Ministerio Público, aunque puede presentarse también ante el Procurador General de la República; y consiste en solicitar que se investigue y se dé seguimiento legal a un hecho ilícito, del que fue víctima el propio querellante o su representado. También se dice que es una excepción

---

al carácter público de la acción penal, debido a que se trata de intereses particulares relativos a bienes subjetivos, motivo por el que el titular de esos bienes es el único que debe determinar cuándo su lesión, quiere que sea castigada.

La querrela se puede resumir, como el derecho del querellante u ofendido, a decidir si desea, o no, que se persiga y castigue penalmente al sujeto activo que con su conducta le causó un daño o perjuicio, que sólo le afecta a él.

Colín Sánchez, considera que: "La querrela es el derecho o facultad que tiene una persona a la que se designa querellante, víctima de un hecho ilícito penal, para hacerlo del conocimiento del procurador de justicia o del agente del Ministerio Público, y con ello dar su anuencia para que se investigue la conducta o hecho y satisfechos que fueren los requisitos previstos en el artículo 16, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente, se lleve a cabo el proceso correspondiente". Asimismo señala "La querrela es un derecho potestativo del ofendido por el delito, para dar su anuencia a la autoridad para su investigación y persecución del probable autor, todo lo cual permite concluir que la intervención de la autoridad está sujeta a lo anterior; si no hay manifestación de voluntad, no es posible proceder; de ahí que la querrela sea un requisito de procedibilidad"<sup>8</sup>.

Los elementos de la querrela son la comparecencia del ofendido ante el Ministerio Público, la que puede ser en forma personal, o por escrito, mediante la cual se haga una relación detallada de los hechos que se consideran delictivos y que el compareciente manifieste expresamente que

---

<sup>8</sup> Colín Sánchez, Guillermo. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales". Decimosexta edición. Editorial Porrúa, México, 1997. Págs. 321 y 323.

solicita que se castigue al autor o autores del delito. En el caso de la comparecencia, se levantará la misma por escrito.

En todo caso, ya sea por comparecencia, o por escrito, la querrela que se formule deberá ser ratificada en forma personal ante el Ministerio Público; por ende, es indispensable que el querellante comparezca personalmente ante dicha autoridad y manifieste su voluntad expresamente, previa su identificación; y en el caso de que se trate de representante legal, deberá acreditar documentalmente ese carácter.

En tratándose de delitos que para su persecución se requiere de la querrela, el Ministerio Público está impedido para proceder a la investigación de los hechos, si no tiene la manifestación, que conste por escrito, en forma expresa y clara de la voluntad del ofendido o de su representante legítimo, en el sentido de que se presenta la querrela; misma que señala como requisito para que se libere una orden de aprehensión, el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Respecto a la querrela, el artículo 16 en cita, establece en el párrafo segundo: “No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado”.

Se considera que la naturaleza jurídica de la querrela se ubica dentro del campo del Derecho de Procedimientos Penales, pues la acepción más aceptada, es que se trata de un requisito de procedibilidad; criterio con el que coinciden doctrinistas connotados, como Florián, Battaglini, Riccio, Ranieri,



Vanini y otros. En México así opinan, González Bustamante, Franco Sodi, Ignacio Villalobos y Piña Palacios, entre otros.

El fundamento legal de la querrela se encuentra en los artículos 113, 114, 115, y del 118 al 120 del Código Federal de Procedimientos Penales; se establece sustancialmente que la querrela del ofendido, es necesaria solamente en los casos en que la propia ley lo determine.

El artículo 118 establece: “Las denuncias y las querellas pueden formularse verbalmente o por escrito. Se contraerán, en todo caso, a describir los hechos supuestamente delictivos, sin calificarlos jurídicamente, y se harán en los términos previstos para el ejercicio del derecho de petición. Cuando una denuncia o querrela no reúna estos requisitos, el funcionario que la reciba prevendrá al denunciante o querellante para que la modifique, ajustándose a ellos. Asimismo, se informará al denunciante o querellante, dejando constancia en el acta, acerca de la trascendencia jurídica del acto que realizan, sobre las penas en que incurre quien se produce falsamente ante las autoridades, y sobre las modalidades del procedimiento según se trate de delito perseguible de oficio o por querrela”.

Existe una alternativa, entre la escritura y la oralidad, igualmente válidas; con la salvedad de que en el caso de que se opte por la segunda, es requisito que se plasme por escrito en el expediente; como una garantía para los justiciables, debido al principio de que “no existe lo que no obre en el expediente”; ya que el juzgador, al resolver se basará únicamente en el acervo documental del expediente.

Así pues, en el caso de que la denuncia o la querrela se presenten verbalmente, se harán constar en un acta que levantará el funcionario que las reciba, para hacer fe y dejar constancia en autos de los detalles y datos

que el querellante exponga. Tanto en este caso como cuando se hagan por escrito, deberán contener la firma o huella digital del que las presente y su domicilio.

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

Para que la querella se tenga por formulada legalmente, se requiere que reúna los requisitos que la ley establece, deberá contener: lugar, día y hora, Ministerio Público que la recibe y la relación de los hechos que son materia del reclamo, por tratarse de hechos presumiblemente delictivos; misma que posteriormente deberá ser ratificada.

Las personas morales, a diferencia de las físicas, para ejercitar su derecho a presentar querella, requiere de la intervención de un apoderado, con probada capacidad legal y que tenga poder para pleitos y cobranzas, con cláusula especial que refiera que está facultado para presentar querellas a nombre de su representada.

En el supuesto de que el Ministerio Público, sin satisfacer alguno de los requisitos de procedibilidad, iniciara la averiguación y realizara la consignación, ello traería como consecuencia que el proceso fuera inválido.

### **2.5.3.- EXTINCIÓN DE LA QUERELLA**

La querrela se extingue:

- a) Por muerte del agraviado;
- b) Por perdón;
- c) Por muerte del responsable, y
- d) Por caducidad.

Como el derecho a querrellarse le corresponde al agraviado, la muerte de éste lo extingue, siempre y cuando no se haya ejercitado; de lo contrario, se continuará con el trámite que corresponda, en virtud de que la querrela como requisito de procedibilidad ya se cubrió, y no existe obstáculo legal para continuar con el procedimiento que corresponda y el derecho que de ella derive no se extingue.

El perdón puede ser otorgado en cualquier momento, ya sea de la averiguación previa o del proceso penal y hasta en etapa de ejecución de sentencia.

Durante la etapa de averiguación previa, no obstante que se haya cumplido con los requisitos para el ejercicio de la acción penal, en tratándose de delitos perseguibles por querrela, el perdón, es motivo suficiente para detener la actuación del Ministerio Público y se extingue además la acción penal; lo mismo ocurre en cualquier momento del proceso penal.

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

“Lo dispuesto en el párrafo anterior es igualmente aplicable a los delitos que sólo pueden ser perseguidos por declaratoria de perjuicio o por algún otro acto equivalente a la querrela, siendo suficiente para la extinción de la acción penal la manifestación de quien está autorizado para ello de que el interés afectado ha sido satisfecho.

“Cuando sean varios los ofendidos y cada uno pueda ejercer separadamente la facultad de perdonar al responsable del delito y al encubridor, el perdón sólo surtirá efectos por lo que hace a quien lo otorga.

“El perdón sólo beneficia al inculpado en cuyo favor se otorga, a menos que el ofendido o el legitimado para otorgarlo, hubiese obtenido la satisfacción de sus intereses o derechos, caso en el cual beneficiará a todos los inculpados y al encubridor”.

El perdón, es un acto unilateral, del que perdona, que renuncia, a través del perdón, a un derecho que le corresponde; por lo que no necesita de ser aceptado para que surta sus efectos legales.

La muerte del ofensor o responsable, por obvia razón, también pone fin al derecho de querrela; y por ende, a la indagatoria o al proceso; puesto que al fallecer el directamente responsable de la comisión de ese delito, no hay forma de continuar con el proceso ya que desaparece el objeto y la posibilidad de lograr sus fines.

La caducidad es otra forma de extinguir o poner fin al derecho de querrela, y se entiende por esta figura el sólo transcurso del tiempo, para lo cual es suficiente un año, contado a partir de la fecha en que el ofendido o agraviado tenga conocimiento de los hechos delictivos y del delincuente y en tres años fuera de esta circunstancia, así lo dispone el artículo 107 del

Código Penal Federal, y agrega que una vez llenado el requisito de procedibilidad dentro del plazo antes mencionado, la prescripción seguirá corriendo según las reglas para los delitos perseguibles de oficio.

A la caducidad también se le suele llamar prescripción, lo cual es incorrecto, puesto que la prescripción es un medio de adquirir bienes o de liberarse de obligaciones, mediante el sólo transcurso del tiempo.

## **2.6.- AVERIGUACION PREVIA CON DETENIDO**

Principalmente, el motivo de detención es la flagrancia. Cuando dicha figura se actualiza, los agentes policíacos, en cumplimiento a su función de auxiliares del Ministerio Público, proceden a la detención del sujeto activo, para ponerlo a disposición del titular de la averiguación previa.

Los elementos aprehensores proceden a la elaboración de un oficio, al que se le denomina, parte informativo, oficio de puesta a disposición o acta de policía, entre otros; consiste en el documento que los policías elaboran, donde se hace constar en forma detallada, el día, hora, lugar y circunstancias por las que se procedió a la detención del indiciado.

Con dicho documento el Ministerio Público da inicio a la averiguación previa, asienta la fecha y hora de recepción del oficio, enseguida la fecha y hora de la retención, cuando la considera procedente, de lo contrario, no decreta la retención y ordena la libertad del detenido; también ordena la práctica de todas las diligencias que resulten necesarias para el esclarecimiento de los hechos motivo de la indagatoria; como pueden ser la ratificación del parte informativo u oficio de puesta a disposición, la práctica de dictámenes periciales cuando se requiera de conocimientos especializados, ya sea médicos, químicos, de balística forense, o de

cualquier otro tipo, según las características del delito; así como inspecciones ministeriales y las investigaciones que considere necesarias.

La declaración ministerial es la diligencia de mayor importancia y trascendencia en el desarrollo de una averiguación previa con detenido, consiste en el acto en que se hace comparecer al indiciado ante el Ministerio Público, y que éste le hace saber el hecho ilícito que se le imputa, quién depone en su contra, qué pruebas existen en el expediente; asimismo, le hace saber los derechos y garantías que le conceden los artículos 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 128 del Código Federal de Procedimientos Penales.

## **2.7.- ORDEN DE APREHENSION**

La palabra aprehensión proviene de prehendo, prehendere, prehendi, que significa tomar, asir, coger.

Orden de aprehensión, gramaticalmente, significa tomar o asir a una persona, aun en contra de su voluntad, para ser puesta a disposición del juez que libró ese mandamiento de captura.

La orden de aprehensión, jurídicamente hablando, en un mandamiento judicial, que se libra en contra de una persona determinada; por haberlo considerado probable responsable de la comisión de un delito; con la finalidad de asegurar su comparecencia en el procedimiento penal, a través del proceso.

Inmediatamente que el probable responsable es detenido, sin dilación alguna, se deja en el reclusorio a disposición del juez que libró la orden de captura.

Para Sergio García Ramírez “La orden de aprehensión, expedida por la autoridad judicial penal, es el título jurídico general u ordinario para la captura de un sujeto (inculpado) a fin de asegurar su comparecencia en el procedimiento, sin perjuicio de la conversión de la medida en libertad provisional, si procede. Supone pues, que el Ministerio Público ha ejercitado la acción penal y el juzgador ha radicado la causa y estimado atendible la promoción del M.P. en dos sentidos: suficientes para iniciar el proceso y bastante –en tal virtud- para resolver la grave medida cautelar de la aprehensión”<sup>9</sup>.

“La orden de aprehensión es la providencia cautelar, dispuesta por el tribunal, para que por conducto de un ejecutor sea presentada físicamente una persona, con el fin de lograr los aseguramientos propios que las medidas privativas de libertad implican (asegurar eventual condena, presencia al proceso, impedir destruya pruebas, etc.”<sup>10</sup>

Al respecto la Constitución Federal en el artículo 16 , segundo párrafo, establece: “No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado”, agrega en el siguiente párrafo: “La autoridad que ejecute una orden de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionado por la ley penal”.

---

<sup>9</sup> García Ramírez, Sergio. “El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano”. Segunda edición. Editorial Porrúa. México 1995. Pág. 8

<sup>10</sup> Silva Silva, Jorge Alberto. “Derecho Procesal Penal”. Oxford University Press. México. 2002. Pág. 498.

### **2.7.1 REQUISITOS PARA LIBRAR UNA ORDEN DE APREHENSIÓN**

Como supuestos previos a este mandato son:

- a) Que se satisfagan los requisitos de procedibilidad, ya sea mediante denuncia o querrela,
- b) Que exista la consignación, que significa el ejercicio de la acción penal, por parte del Ministerio Público.
- c) Que el Ministerio Público solicite la orden de aprehensión,
- d) Que el Juez haya radicado el asunto, y
- e) Que se acredite el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado.

Los anteriores supuestos se consideran elementales, a lo que ya se ha hecho referencia con anterioridad, como verdaderos requisitos para que el Juez libere la orden de aprehensión se consideran los siguientes:

- a) Que exista denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito;
- b) Que el delito imputado se castigue con pena de prisión,
- c) Que obren datos suficientes para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

Para ejecutar o dar cumplimiento a una orden de aprehensión, se le notifica y entrega copia al Ministerio Público adscrito al Juzgado que la dictó, quien por medio de policías a su mando, ordena su cumplimiento; para lo cual se emplea la fuerza o el constreñimiento, puesto que se ejecuta aún en contra de la voluntad del sujeto.

Una vez que se logra el cumplimiento de la orden de captura, de inmediato, (sin dilación alguna refiere la Constitución Federal), se lleva al sujeto a la reclusión y luego se pone a disposición del juez que libró el



mandamiento de captura, y éste de inmediato procederá a tomarle la declaración preparatoria e iniciar el proceso penal, hasta concluir con la sentencia correspondiente.

### **2.7.2.- FLAGRANCIA**

El vocablo flagrancia deriva de *flagrantia, flagrantiae*, que significa arder, brillar, incandescente, estar flameante; aplicado al derecho su significado es resplandeciente, o actualidad del delito.

El Artículo 16 de la Carta Magna se refiere a la detención en hipótesis de flagrancia; y establece en su párrafo cuarto: “En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud al Ministerio Público”.

La dinámica de la actividad policíaca, como órgano de apoyo del Ministerio Público de la Federación, según dispone el artículo 21 Constitucional; actualmente llamados Policías Ministeriales Federales, contempla principalmente tres posibilidades, la investigación de los delitos, la detención de personas en flagrancia y la ejecución de órdenes de aprehensión.

El precepto constitucional en comento da la garantía al ciudadano de que no será detenido por más tiempo del estrictamente necesario para resolver su situación jurídica, y que la investigación de los hechos, supuestamente delictivos, será practicada por la autoridad competente, como lo es el Ministerio Público.

La flagrancia es un requisito, que aunado a la pena privativa de libertad, da lugar a la mencionada medida cautelar restrictiva de la libertad personal.

Se debe destacar y ponderar la evidente importancia que nuestra Ley Suprema le da al tiempo, con relación a los derechos del ciudadano, puesto que utiliza términos como “sin dilación alguna”, “sin demora”, “con la misma prontitud”, “deberá inmediatamente” (artículo 16); “ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas”, “la prolongación de la detención ... será sancionada por la ley penal”, (artículo 19); “Inmediatamente que lo solicite”, “será juzgado antes de cuatro meses ... y antes de un año”, “tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley”, (artículo 20), entre otros conceptos, lo demuestran.

No obstante lo anterior, en la práctica procesal no es sencillo que se precisen plazos o términos exactos y reales; ni aún en las leyes secundarias; y, además, no siempre se respetan los ya establecidos; por ejemplo: el caso que se prevé en el artículo 19 cuando refiere “La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o de la solicitud de prórroga, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad”, esta disposición, no siempre se respeta, sobre todo en el fuero común; sin duda, es la mayor evidencia de la importancia que la Constitución le da al tiempo, en los casos que afecta la libertad del ciudadano; por ello los plazos exactos se deben precisar en las leyes secundarias y desde luego, respetarse en la práctica.

En la hipótesis de que en casos de flagrancia cualquier persona puede privar de la libertad al infractor; se cuestiona el hecho de que la Constitución Federal no indica en qué consiste la flagrancia; lo cual es adecuado, pues la Ley Fundamental no podría contener en forma detallada los conceptos jurídicos de todas las palabras o hipótesis en ella previstas.

Se han vertido opiniones en el sentido de que la flagrancia no está definida claramente en las leyes mexicanas; lo cual resulta erróneo, puesto que el artículo 193 del Código Federal de Procedimientos Penales establece: Se entiende que existe flagrancia cuando:

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

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

III. El inculpado es señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere participado con él en la comisión del delito, o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito, o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito; siempre y cuando se trate de un delito grave, así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de cuarenta y ocho horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se haya iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiere interrumpido la persecución del delito.

La hipótesis prevista en la fracción I es la llamada *flagrancia estricta*.

La hipótesis prevista en la fracción II se conoce como *cuasiflagrancia*.

La hipótesis prevista en la fracción III se le denomina *presunción de flagrancia*.

El Ministerio Público decretará la retención del indiciado si están satisfechos los requisitos de procedibilidad y el delito merece pena privativa de libertad, o bien ordenará la libertad del detenido, cuando la sanción sea no privativa de la libertad o alternativa.

La violación a lo dispuesto en el párrafo anterior hará penalmente responsable a quien decrete la indebida retención y la persona detenida deberá ser puesta de inmediato en libertad.

De decretar la retención, el Ministerio Público iniciará desde luego la averiguación previa correspondiente, si aún no lo ha hecho.

Si el indiciado está detenido, el Ministerio Público procederá inmediatamente a dar cumplimiento a lo establecido en el artículo 128 del Ordenamiento Legal en cita; es decir, que le hará de su conocimiento los derechos que ahí se establecen.

Decretará, o no, su retención; ordenará la práctica de todas y cada una de las diligencias tendientes a conocer la verdad histórica de los hechos motivo de la detención del indiciado; entre las cuales podrán ser declaraciones de testigos, dictámenes periciales y otros trámites.

Para la integración de la averiguación, en este supuesto, con persona detenida, el Ministerio Público dispone de un término fatal de cuarenta y ocho horas, después de transcurrido dicho término, y una vez que considere que se han cubierto los requisitos que señala el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; es decir, que se reunieron elementos de prueba suficientes para acreditar el cuerpo del delito materia de la imputación y la probable responsabilidad del indiciado; deberá poner a éste en el centro penitenciario, a disposición del Juez de Distrito en turno.

En el caso de que la detención del indiciado exceda del plazo de cuarenta y ocho horas, se presumirá que estuvo incomunicado y las declaraciones que haya emitido no tendrán validez.

### **2.7.3.- CUASIFLAGRANCIA**

La cuasiflagrancia, prevista en la fracción II del artículo en comento, se actualiza cuando una persona es detenida después de que ejecutó la conducta delictiva, siempre y cuando no se le haya perdido de vista; lo que implica necesariamente una proximidad al tiempo de realización de dicha conducta ilícita; que permita considerar que existe la "actualidad". El clásico ejemplo de esta hipótesis, es: cuando un sujeto le roba la cartera al sujeto pasivo, ante la vista de los demás, pero no es detenido en el acto porque se hecha a correr, sino que es perseguido por los que lo vieron y logran su detención a una corta distancia del lugar de los hechos.

### **2.7.4.- PRESUNCION DE FLAGRANCIA**

Esta hipótesis la prevé la señalada fracción III y se actualiza cuando el sujeto activo del delito no es detenido al ejecutar o consumir la conducta ilícita, tampoco es perseguido por quienes lo ven; pero, existen datos suficientes para presumir fundadamente su participación en la conducta delictiva; por encontrarse en su poder pruebas contundentes de ello; en el caso nuestra legislación federal de procedimientos penales, en el numeral ya citado, señala que siempre y cuando se trate de un delito grave, así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de cuarenta y ocho horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se haya iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiera interrumpido la persecución del delito.

Un ejemplo típico de presunción de flagrancia es: cuando al entrar al domicilio se deja una bicicleta estacionada en la banqueta, al salir, no se encuentra dicho vehículo, se procede a la búsqueda en los alrededores, y dos horas después se sorprende a un individuo con la bicicleta, misma que se identifica debido a los colores, a la marca, u otras características; entonces concurre la presunción: de encontrar en su poder la bicicleta robada.

#### **2.7.5.- URGENCIA**

Además de la ejecución de orden de aprehensión y la flagrancia, este es otro supuesto de detención, previsto en el numeral Constitucional en comento, que refiere “Sólo en casos urgentes, cuando se trata de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el ministerio público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder”

Se trata de una excepción a la regla, según la cual sólo la autoridad competente puede ordenar la detención preventiva, y es el caso denominado “caso urgente”.

La urgencia sólo se justifica cuando se trate de delitos perseguibles de oficio, que en el lugar en que se lleve a cabo la detención no exista autoridad judicial que pueda dictar orden de captura, ya que de haberla, entonces el Ministerio Público, mediante el ejercicio de la acción penal, deberá solicitar la orden de aprehensión. Cabe analizar que los casos de urgencia no se

podrán presentar en ciudades, ni en poblaciones de mediana importancia, debido a que en éstas siempre existen autoridades jurisdiccionales.

Consecuentemente, los casos de urgencia, sólo se presentan en poblaciones o rancherías pequeñas, donde únicamente existen autoridades administrativas; y, se deberán reunir siempre los siguientes requisitos:

Primero: Debe tratarse de delito grave para que se justifique la detención, ya que se considera que éstos, son los que alteran seriamente la tranquilidad y la paz públicas; pero, se ocasiona la interrogante de que las autoridades administrativas cómo van a saber cuándo se trata de un delito grave; ello, presupone una calificación previa a los hechos; pues si bien es cierto que el Código de procedimientos Penales contiene un listado de los que se consideran delitos graves, en su artículo 194; también lo es, que resulta imposible que dicho listado sea del conocimiento pleno de las autoridades administrativas, o ministerio públicos, que estén en el supuesto de detener a una persona en caso de urgencia.

Segundo: Que exista el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia; otro aspecto difícil de acreditarse, el riesgo se puede presumir, pero cómo se puede considerar o probar que es fundado? cabe imaginar que lo fundado consista en las maniobras que el indiciado realice materialmente y hagan presumir que trata de evadir la acción de la justicia, como sería el hecho de que tratara de huir o de ocultarse; entonces, ya no sería posible la detención, porque se traduciría en una persecución; quizá lo que el legislador quiso decir es que la autoridad tiene la facultad de interpretar o apreciar cuándo existe tal riesgo.

La situación de sustraerse a la acción de la justicia se considera como una reacción natural de cualquier persona ante el riesgo de perder la libertad;

y, en ese sentido, la propia ley penal es "benévola" y se abstiene de sancionar a quien se evade de la prisión; por lo que resulta contradictorio que se requiera del "riesgo fundado" para justificar una detención en caso de urgencia.

Tercero: Que no sea posible ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancias; este supuesto se presenta cuando existe la imposibilidad material de capturar al delincuente en flagrancia, y que, esperar hasta integrar la averiguación, ejercitar la acción penal y el libramiento de la orden de aprehensión se traduciría en un alto riesgo de que el sujeto se evadiera a la acción de la justicia.

La detención por urgencia no se desvincula de la investigación, sólo significa, en algunos casos, la anticipación a la orden de aprehensión ya solicitada al juez.

Hay ocasiones que en la indagatoria se acredita la probable responsabilidad penal del indiciado, sin que se le pueda detener, por falta de la orden de aprehensión y tampoco se está en el caso de flagrancia; el trámite que corresponde es que el Ministerio Público continúe con la consignación, espere la orden de aprehensión y posteriormente, por conducto de la policía darle cumplimiento.

Cuarto: El Ministerio Público, podrá, bajo su responsabilidad, decretar la detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder; esta facultad es discrecional para el funcionario, puesto que dice "podrá"; y no es ninguna novedad el hecho de que sea "bajo su responsabilidad", puesto que todo el actuar de los funcionarios o servidores públicos, invariablemente es, bajo su responsabilidad, porque siempre deben responder de su conducta, cuando ésta no se ajuste a la norma que la rija.



La obligación del captor consiste en llevar al detenido, enseguida, a la autoridad inmediata, que no necesariamente será el Ministerio Público, sino que lo más común es que sea ante agentes policíacos. Tanto al captor como a la autoridad, se les impone la obligación de ponerlo inmediatamente a disposición del Ministerio Público, ya que éste es el único facultado legalmente para recibir la denuncia, decretar la retención del infractor y continuar con la averiguación previa, hasta determinar si ejerce, o no, la acción penal.

Finalmente, se requiere que para ordenar la detención en este caso, el Ministerio Público lo hará fundando y expresando los indicios que motiven su proceder; igualmente, se debe recordar que esta autoridad, en su actuar, debe fundar y motivar todos sus actos de autoridad, especialmente los que aparejen o conlleven acto de molestia para cualquier ciudadano, como es el caso de una detención.

Se puede concluir que la detención en caso de urgencia resulta difícil de que se concrete en la práctica, debido a los ya referidos requisitos que se han de cubrir para que la detención no resulte ilegal.

Sin embargo, no se puede negar la necesidad de que el Ministerio Público pueda resolver sobre la detención de probables responsables, en casos de urgencia, sin necesidad de esperar hasta integrar la averiguación y el libramiento de la orden de aprehensión; sólo que el texto de la ley, contiene algunos errores de redacción y de repeticiones innecesarias, como los que se acaban de comentar en líneas anteriores.

Se puede concluir que la detención en caso de urgencia resulta difícil de que se concrete en la práctica, debido a los ya referidos requisitos que se han de cubrir para que la detención no resulte ilegal.

Mucho se ha cuestionado el hecho de que nuestro texto constitucional solo establece como regla general la flagrancia, lisa y llana; sin que se refiera a los otros tipos de flagrancia que se han previsto en las leyes secundarias como son la cuasiflagrancia y la presunción de flagrancia.

La Constitución de 1857 en el mismo artículo 16 sólo hablaba de delito *in fraganti*, desde entonces se tenía el espíritu de proteger la seguridad personal del individuo, tratando siempre de evitar las molestias, con aprehensiones injustas o infundadas; sino que éstas debían ser en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento.

## **CAPÍTULO III**

### **EL MINISTERIO PÚBLICO**

#### **3.1.- CONCEPTO**

La naturaleza jurídica del Ministerio Público, dificulta conceptualizarlo, debido a la multiplicidad de sus funciones, como institución, dentro y fuera del campo del Derecho Penal, ya que tiene además cometidos administrativos y de vigilancia.

“El Ministerio Público, es una función del Estado, que ejerce por conducto del Procurador de Justicia, y busca la aplicación de las normas jurídicas emitidas por el propio Estado para la persecución de los presuntos delincuentes y en los demás previstos en aquéllas en las que expresamente se determina su intervención a los casos concretos”<sup>11</sup>.

#### **3.2.- CARACTERÍSTICAS**

En cuanto al funcionamiento del Ministerio Público destacan los siguientes principios:

- a) Unidad o jerarquía,
- b) Indivisibilidad,

---

<sup>11</sup> Colín Sánchez, Guillermo. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales". Editorial Porrúa. México 1997. Pág. 103.

- c) Independencia,
- d) Insustituibilidad o irrecusabilidad.

a) **UNIDAD.**- Se refiere al hecho de que todos los agentes o personas físicas que integran la institución, son solamente una continuación de su titular, ya que la acción y el mando son exclusivos del Procurador General de la República.

Todos los que conforman al Ministerio Público dependen jerárquicamente del Procurador, quien es imposible de sustituir, como institución, no como persona física; ya que como tal se cambia con relativa frecuencia; sin embargo, el que es titular de la Procuraduría General de la República, no lo es únicamente del Ministerio Público; todos los agentes, auxiliares, policías, peritos y demás personal que conforman toda su función, son precisamente, auxiliares de la institución y todas esas personas forman parte de un solo cuerpo y bajo una misma dirección.

Se dice que el Ministerio Público constituye una unidad, porque es indivisible, en razón de que todas las personas físicas que lo componen, son consideradas como miembros de la misma y única institución; sin embargo, este concepto ha sido motivo de controversia, en razón de que, en materia federal, existe un Ministerio Público de la Federación adscrito al Procurador General de la República, y, en Materia de Fuero Común, igualmente hay un Ministerio Público adscrito al Procurador General de Justicia, e igual existe en el ámbito Militar, los que se considera que están a su mando, bajo su dependencia.

b) **INDIVISIBILIDAD.**- Los actos que realizan todos y cada uno de los agentes del Ministerio Público se consideran como únicos de la institución que representa; es decir, que nunca actúan a nombre propio.

Sus actos son indivisibles, cada uno de los agentes en su actuar, no lo hacen a su nombre, o como personas físicas, sino siempre a nombre de la institución que representan y siempre bajo instrucciones y criterios del titular, previamente establecidos. Todos sus funcionarios tienen idénticas facultades, funciones y poder, sin tomar en cuenta a la persona física en lo particular.

Esta característica de indivisibilidad obliga a diferenciar entre la institución Ministerio Público y los agentes del Ministerio Público.

También se dice que es indivisible porque representa siempre a la sociedad o al Estado.

La institución como tal, es la que es indivisible, así vemos en la práctica que un agente del Ministerio Público inicia una investigación, otro agente resuelve y consigna y otro diverso, es el adscrito al juzgado, que es el que le da seguimiento al proceso; se considera que es el Ministerio Público el que ha actuado en cada etapa y no cada uno de los agentes; realizando la persecución, no precisamente de los delitos, sino mejor dicho, de los probables responsables de su comisión.

c) INDEPENDENCIA.- Es en cuanto a la competencia. Ello ha generado una eterna polémica, en torno a que de quién debe depender el Ministerio Público, a qué poder, o si debe ser una figura autónoma, inamovible, independiente y libre en su actuar.

Significa que no debe tener injerencia ningún otro poder, y mucho menos el Poder Judicial, ya que con este poder tiene relación su función y

desempeño, por lo cual se impone la independencia, especialmente de ese poder.

En este campo hay tratadistas que han opinado y propuesto que al Procurador General de la República no lo nombre el Ejecutivo, sino que sea el Congreso quien lo designe, con carácter de inamovible, lo que vendría a garantizar su verdadera autonomía e independencia, que se consideran indispensables por las características de su función y responsabilidades.

d) INSUSTITUIBILIDAD, IRRECUSABILIDAD o IMPRESCINDIBILIDAD.- Se refiere a la imposibilidad de sustituir por otra, a esta institución como tal, en todo procedimiento penal; como ya se ha señalado el Ministerio Público es insustituible, sin embargo no lo es el agente como persona física, sino únicamente la institución, pues las personas físicas, o sea los agentes, con frecuencia son cambiados y los que sustituyen siguen actuando con el mismo carácter de la institución.

La función del Ministerio Público no es recusable, pero sí lo es la persona que funge como agente; así cuando un Procurador, Subprocurador o agente del Ministerio Público tenga vínculos sanguíneos o de amistad con los agentes involucrados en una averiguación previa, significa que existe una causa de impedimento de las previstas por la ley, para el caso de los jueces y magistrados federales, es cuando procede la recusación del funcionario, por lo que deberá excusarse; mas no así de la función.

Silva Silva enuncia que el Ministerio Público tiene las siguientes funciones:

- a) función instructora, o preventiva,
- b) función de auxilio a víctimas,

- c) función aplicadora de medidas cautelares,
- d) función requirente o accionante,
- e) función cuasijurisdiccional,
- f) función dictaminadora, de opinión o consultoría,
- g) función de vigilancia o fiscalizadora, y
- h) función de elegir al tribunal competente<sup>12</sup>.

La función instructora o preventiva se refiere a la investigación, mediante la cual el Ministerio Público cita testigos y desahoga diligencias dentro de la averiguación previa para allegarse pruebas tendientes al esclarecimiento de los hechos; aquí funge con el carácter de autoridad, sin que dicha calidad perdure durante el proceso, donde adquiere el carácter de parte.

El auxilio a víctimas del delito se refiere al mandato contenido en el apartado B del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a partir de las reformas de septiembre de dos mil, y en el 123 del Código Federal de Procedimientos Penales y responde al objetivo de proteger al ciudadano cuando se hallan en juego sus bienes y derechos.

En este punto existe una nueva tendencia a rescatar al ofendido del olvido en que había estado, con el propósito de mejorar y proteger su situación jurídica, también afianzar su participación dentro del proceso penal para obtener la satisfacción de los daños y perjuicios que le causó el delito. Destaca la posibilidad de que reciba asesoría jurídica que signifique una auténtica defensa de sus intereses y derechos. Asimismo se prevé la coadyuvancia del ofendido con el Ministerio Público, la reparación del daño, la fijación de procedimientos ágiles para lograr dicha reparación, la atención

---

<sup>12</sup> Silva Silva, Jorge Alberto. "Derecho Procesal Penal". Oxford. México 2002. Pág. 157.

médica y psicológica de urgencia y finalmente el solicitar las medidas y providencias para su seguridad y auxilio.

La aplicación de medidas cautelares consiste en dictar y aplicar las medidas cautelares o preventivas como aseguramientos, arraigos domiciliarios, imponer prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin su autorización, o detenciones; aseguramientos de instrumentos u objetos del delito, tal como lo disponen los artículos 133 bis y 181 del Código Federal de Procedimientos Penales.

La función de accionante o requirente la realiza cuando adquiere la categoría de parte dentro del proceso penal, así se convierte en órgano requirente, comparece durante la instrucción y juicio, acusando, con pretensiones concretas en contra del procesado.

El Ministerio Público actúa cuasi-jurisdiccionalmente cuando expresa su aceptación al sobreseimiento de un proceso, puesto que contribuye a poner fin al proceso penal, función que corresponde al juzgador.

“El Ministerio Público, es una función del Estado, que ejerce por conducto del Procurador de Justicia, y busca la aplicación de las normas jurídicas emitidas por el propio Estado para la persecución de los presuntos delincuentes y en los demás previstos en aquéllas en las que expresamente se determina su intervención a los casos concretos”<sup>13</sup>.

“Ministerio Público. Cuerpo de funcionario que tiene como actividad característica, aunque no única, la de promover el ejercicio de la jurisdicción, en los casos preestablecidos, personificando el interés público existente en el

---

<sup>13</sup> Colín Sánchez, Guillermo. “Derecho Mexicano de Procedimientos Penales”. Pág. 103. Editorial Porrúa. México 1997.



cumplimiento de esta función estatal. Al Ministerio Público, como institución procesal, le están conferidas en las leyes orgánicas relativas muchas atribuciones que desvirtúan su verdadera naturaleza y que pudieran ser confiadas al abogado del Estado. En realidad, la única función de que no se le podría privar sin destruir la institución es la del ejercicio de la acción. El Ministerio Público es una organización judicial, pero no jurisdiccional<sup>14</sup>.

La institución del Ministerio Público debe actuar siempre de buena fe y con imparcialidad, de acuerdo al mandato legal; su compromiso social y su función son por demás delicados y determinantes en la procuración e impartición de justicia. Dada la problemática actual de grave delincuencia e inconformidad social que se vive en el país, resulta urgente que el Ministerio Público se reivindique ante los ojos de la sociedad, que se gane la credibilidad, la confianza y el respeto de los ciudadanos en general; y en particular, de los que se ven obligados a participar en el esquema jurídico; ya sea como indiciados, procesados, quejosos o como víctimas del delito.

Para lograr lo anterior, se requiere la capacitación profesional de los agentes; ya que ha quedado demostrado, en la práctica cotidiana, que no basta que un agente del Ministerio Público sea Licenciado en Derecho; sus conocimientos deben ir más allá, su preparación y su ética, deben ser aseguradas y demostradas, antes de que se hagan acreedores a tal nombramiento. De tal suerte que se analice meticulosamente el perfil profesional y moral del aspirante a agente del Ministerio Público. Se necesita un verdadero cambio en los parámetros que han regido e imperado en los criterios para otorgar dichos nombramientos.

---

<sup>14</sup> Pina, Rafael de. Diccionario de Derecho. Editorial. Porrúa.

Asimismo, se requiere una acuciosa revisión a los dispositivos legales que regulan tan delicada función; se debe cuidar que la ley se adecue al logro de los mandatos constitucionales, como son el derecho a tener una defensa adecuada desde en la averiguación previa, así como el acceso a una impartición de justicia pronta y expedita; sin pasar por alto al respeto de los derechos humanos y otros aspectos igualmente importantes dentro del marco jurídico; pero, que en la práctica no se logran por lagunas o deficiencias legales.

Al respecto, llama la atención algunos conceptos que expresa Leopoldo de la Cruz Agüero, en su texto "Procedimiento Penal Mexicano":

"En manera alguna estamos de acuerdo en que sea puesto en libertad un delincuente, pero como abogados defensores estamos obligados moral y éticamente a defender a quien nuestro servicio solicite, aprovechando las deficiencias del Ministerio Público.

"La ética del abogado obliga a defender al cliente a pesar de reconocer su responsabilidad en la comisión del delito imputado, pues sería faltar a ese deber, abandonarlo por ese solo hecho y escoger asuntos de suma facilidad. La abogacía es una actividad difícil, ardua y absorbente, requiriendo de minuciosos estudios, constantemente, por lo que el profesionista debe estar preparado para ejercitar esa misión en los casos más difíciles que se le presenten, poniendo siempre en alto nuestra ciencia y profesión.

"En la actualidad estamos viviendo una etapa revolucionaria de todo nuestro sistema jurídico mexicano, reformándose ese lastre legal que constituyó una era obscurantista de las garantías individuales y más aún de los Derechos Humanos.

“Ante tal situación, si el defensor particular comparece ante el Ministerio Público durante la etapa de Averiguación Previa, debe hacer valer los derechos y garantías que le otorgan al detenido los artículos 127 bis y 128, última reforma, del Código Federal de Procedimientos Penales, exigiendo se le permita enterarse y conocer la naturaleza y causa de la acusación, aportar las pruebas conducentes para desvirtuar los datos recabados por el Representante Social e impugnar las preguntas que le formulen al defenso.

“En todos los procesos penales se advierte la cobardía con que actúan los abogados defensores antes el Ministerio Público cuando comparecen a asesorar a un presunto responsable, absteniéndose de hacer uso de la palabra, de ofrecer pruebas, de impugnar o interrogar o hacer valer cualquier inconformidad y que se asiente la misma para efectos posteriores. Las garantías otorgadas al presunto delincuente tanto por la Constitución General de la República como por el Código Federal de Procedimientos Penales, son ejercidas por el abogado defensor desde el momento en que se le designa como tal y al no hacerlas valer ante el Ministerio Público durante la secuela de la Averiguación Previa, acarrea graves perjuicios que son irreparables dentro del procedimiento, que redundarán fatalmente en una sentencia condenatoria.

“Incluso también al asesorar al detenido ante la autoridad judicial cuando comparece a rendir su declaración preparatoria, encontramos que el defensor particular únicamente se concreta a estar presente sin hacer uso de sus derechos antes mencionados, ni de cumplir con las obligaciones contraídas con su cliente, dejando en estado de indefensión al inculpado y siendo objeto de acres críticas por su pusilanimidad e ineptitud. Si en verdad el abogado defensor es honesto consigo mismo, ya no digamos con su

cliente, debería renunciar a desempeñar tales encargos y dedicarse a otras actividades y no denigrar a la profesión que se ha considerado como base para garantizar los derechos humanos y las garantías individuales”<sup>15</sup>.

Las anteriores consideraciones, si bien es cierto que resultan fuertes, y quizás agresivas, también es cierto que merecen ser analizadas; porque existen pruebas suficientes para darse cuenta de que no son precisamente una exageración de parte de su autor.

Es frecuente constatar por parte de los agentes del Ministerio Público el desacato a la voluntad Constitucional, en materia de la procuración de justicia; sobre todo en tratándose de permitir y propiciar una defensa adecuada durante la etapa de la averiguación previa y el acceso a la impartición de justicia pronta y expedita; de ahí el interés en este tema de tesis.

¿Por qué se señala “permitir y propiciar” una defensa adecuada durante la etapa de averiguación previa? Sencillamente porque con la facultad tan amplia que le da el artículo 16 Constitucional, que dice que ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial y agrega que todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.

Sin embargo, ese plazo de las cuarenta y ocho horas se deja al absoluto arbitrio del agente del Ministerio Público, lo cual le permite tomar la declaración al indiciado desde las primeras horas, o bien hasta en los últimos momentos, antes de que expire el referido término; lo que se traduce en una

---

<sup>15</sup> Cruz Agüero, Leopoldo de la. “Procedimiento Penal Mexicano”. Editorial Porrúa. México 1996. Págs. 104-105.

oportunidad de manejar la situación a su antojo y en ocasiones a sus intereses personales.

Dejando con ello, en estado de indefensión al indiciado, puesto que en el caso en que se le toma declaración momentos antes de que sea puesto a disposición de la autoridad judicial, se impide la oportunidad de defensa, en tan importante etapa procesal; es sabido que la declaración ministerial, es a la que se le otorga mayor valor probatorio, debido a la cercanía con el evento delictivo y a la falta de oportunidad para reflexión y aleccionamiento profesional.

Además del estado de indefensión en que se deja al indiciado, con la tardanza de tomarle declaración, se genera un estado de estrés, de angustia y de incertidumbre jurídica, porque en ocasiones el detenido no tiene claro ni siquiera qué delito se le imputa, quién lo denuncia, qué derechos tiene en su carácter de detenido y lo más importante: si tiene derecho, o no, a la libertad provisional bajo caución, derecho éste que de proceder, se le viola durante las casi cuarenta y ocho horas por no tomarle oportunamente su declaración, situación que es hora de combatir, de legislar y de evitar.

Vale destacar la importancia que tienen los actos de defensa del indiciado en la averiguación previa, por ese motivo se incluyó el derecho de contar con un defensor, lo que se traduce en una obligación para el Ministerio Público de desahogar las pruebas, tanto de cargo, por lo que corresponde a su función, como las de descargo por parte del defensor del inculcado, con la finalidad de disponer de una versión completa y fidedigna acerca de los hechos y la responsabilidad. De ahí la necesidad de que el indiciado cuente con defensa legal competente y oportuna, además de autónoma.

El Ministerio Público debe recibir y desahogar las pruebas que aporten el inculpado y su defensor, en un verdadero ejercicio probatorio, debiendo tomar en cuenta todas las pruebas al resolver la indagatoria, razonando su apreciación en la determinación que dicte al concluir la averiguación.

Resulta obligatorio hacer algunas reflexiones respecto al papel que juega la defensa en esta etapa de averiguación, por ser ésta la que sirve de cimiento al proceso penal y si en esta etapa se plantea una estrategia de defensa adecuada, como en el caso de que se interrogue al indiciado por parte de su defensor, se pueden establecer puntos y circunstancias que podrán ser determinantes en toda la defensa procesal.

Lo anterior generó el estudio de los dispositivos legales que lo regulan, en la búsqueda de una leal adecuación a las necesidades prácticas y apremiantes de la realidad; sin olvidar que no siempre el problema reside en la ley, sino que en ocasiones radica en su cumplimiento; sin embargo, si las disposiciones jurídicas se adecuan a las necesidades prácticas, en ocasiones provocadas por los cambios sociales, que en el campo del derecho suelen resultar vertiginosos; con la adecuación se obtendrá dar certeza jurídica a las situaciones que se presentan durante la etapa de Averiguación Previa, con la consecuente plenitud del orden jurídico tan pretendido por los estudiosos del derecho.

### **3.3.- COMPETENCIA**

El artículo 102 apartado A. Párrafo segundo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, señala lo siguiente: “ Incumbe al Ministerio Público de la Federación, la persecución, ante los tribunales, de todos los delitos del orden federal; y, por lo mismo, a él le corresponderá solicitar las órdenes de aprehensión contra los inculpados; buscar y presentar las

pruebas que acrediten la responsabilidad de éstos; hacer que los juicios se sigan con toda regularidad para que la administración de justicia sea pronta y expedita; pedir la aplicación de las penas e intervenir en todos los negocios que la ley determine”.

En el numeral 105 de la Carta Magna señala: “La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes: Fracción I De las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral, se susciten entre: ... fracción II De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución. Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por: ... inciso c) El Procurador General de la República, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como de tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano”.

La Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República en su artículo 2º le confiere al Ministerio Público de la Federación, atribuciones que tienen que ver con la competencia, bajo el siguiente texto:

Artículo 2º. Corresponde al Ministerio Público de la Federación:

- I. Vigilar la 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;
- II. Promover la pronta, expedita y debida procuración e impartición de justicia;
- III. Velar por el respeto de los derechos humanos en la esfera de su competencia;

- IV. Intervenir ante las autoridades judiciales en todos los negocios en que la Federación sea parte, cuando se afecten sus intereses patrimoniales o tenga interés jurídico, así como en los casos de los diplomáticos y los cónsules generales;
- V. Perseguir los delitos del orden federal;
- VI. Intervenir en el Sistema Nacional de Planeación Democrática, en lo que hace a las materias de su competencia;
- VII. Participar en el Sistema Nacional de Seguridad Pública de conformidad con lo establecido en la Ley General que Establece las Bases de Coordinación del Sistema Nacional de Seguridad Pública, este ordenamiento y demás disposiciones aplicables;
- VIII. Dar cumplimiento a las leyes así como a los tratados y acuerdos internacionales en los que se prevea la intervención del Gobierno Federal en asuntos concernientes a las atribuciones de la Institución y con la intervención que, en su caso, corresponda a las dependencias de la Administración Pública Federal;
- IX. Representar al Gobierno Federal en la celebración de convenios de colaboración a que se refiere el artículo 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos;
- X. Convenir con las autoridades competentes de las entidades federativas sobre materias del ámbito de su competencia; y
- XI. Las demás que las leyes determinen.

El artículo 6° del Código Federal de Procedimientos Penales, dice: "Es tribunal competente para conocer de un delito, el del lugar en que se comete, salvo lo previsto en los párrafos segundo y tercero del artículo 10. Si el delito produce efectos en dos o más entidades federativas, será competente el juez de cualquiera de éstas o el que hubiera prevenido.



De los anteriores textos legales, se desprende que de acuerdo a la competencia el Ministerio Público de la Federación tiene asignadas las siguientes atribuciones:

### **3.4.- ATRIBUCIONES**

**LA PERSECUCIÓN DE LOS PROBABLES AUTORES DE LOS DELITOS**, que en el texto constitucional señala “persecución de los delitos”, lo cual resulta inadecuado; atribución que le confieren los artículos 21 y 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En esta función corresponde el ejercicio de la acción penal y exigir la responsabilidad penal, o en su caso la civil, según sea procedente. Para lo cual es necesario que primero desarrolle la función investigadora, a la que ya se ha hecho referencia; mediante la que acredita la existencia del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad penal del indiciado, para estar en condiciones de ejercitar la acción penal correspondiente.

Con el ejercicio de la acción penal se promueve la actuación jurisdiccional, respecto a una determinada pretensión punitiva en el sentido de que el juez se pronuncie acerca de la punibilidad del hecho reputado como ilícito.

La acción penal ha sido considerada como la potestad que la ley otorga al Ministerio Público para poner en movimiento la actividad jurisdiccional, desde luego con la pretensión de obtener su pronunciamiento y obtener la aplicación de la ley penal, imponiendo al activo del delito una pena de las que dicha ley establece como aplicables al caso concreto.

La naturaleza del Ministerio Público es de protector de la legalidad, siempre protegiendo los intereses legítimos de los particulares; además de su actividad eminentemente investigadora que le atribuye el artículo 21 Constitucional, a lo que debe el título de "Representante Social".

**REPRESENTANTE DE LA FEDERACION EN LOS ASUNTOS EN QUE ÉSTA ES PARTE**, nuestro país, con el carácter de persona moral que le corresponde como nación, debe ejercer y defender sus derechos por medio de representantes, que sólo pueden ser personas físicas, que actúan como servidores públicos y en la medida que la ley aplicable les concede competencia.

"Es innegable: la persona-Estado, es la única persona (ficticia) que actúa siempre representada por personas físicas, y éstas son quienes la representan, más no a sus órganos. Comúnmente se dice: La Secretaría, o la Dirección, celebran un contrato, sin advertir ni de soslayo, que al acto jurídico-contrato implica el acuerdo de voluntades de dos o más personas, como así está indicado en los artículos 1792 y 1793, del Código Civil Federal, y al no ser personas las Secretarías, ni las Direcciones, ni los Órganos, no pueden celebrar contrato de ninguna naturaleza"<sup>16</sup>.

En dicho supuesto, quien realiza los actos representa al Estado, en su calidad de persona moral; pero, siempre es la persona física la única que tiene facultades para la celebración de contratos, por tratarse de acuerdo de voluntades.

Así el Procurador General de la República como encargado de salvaguardar los intereses de la Nación Mexicana, a través de los agentes

---

<sup>16</sup> Colín Sánchez, Guillermo. "Derecho Mexicano de Procedimiento Penales". Editorial Porrúa. Decimosexta edición. México 1997. Pág. 147.

del Ministerio Público, comparece en todos los asuntos en que la Federación sea parte; o bien, que se afecten bienes propiedad de ésta.

**PARTE EN EL JUICIO DE AMPARO**, debido a que el juicio de amparo es el medio de control, por excelencia, de la legalidad o constitucionalidad, nuestro sistema jurídico establece que se dé intervención al Ministerio Público, a fin de que realicen pedimentos y formulen los alegatos que a su representada, en este caso la Nación, convengan.

Al respecto existen opiniones en contra, pues argumentan que no es conveniente que el Ministerio Público tenga una intervención tan general, ya que existen casos en los que se ventilan intereses exclusivamente particulares y no obstante ello, se da intervención a dicha institución, sin que se justifique; sin embargo, es conveniente recordar que en todo juicio, siempre está latente la posibilidad de que la autoridad aplique la ley inconstitucionalmente; o sea, sin respetar el imperio de la ley.

En materia de amparo, es frecuente que en sus juicios se planteen asuntos de relevante interés público, que obedecen a cuestiones de inconstitucionalidad de leyes, o se ventilan situaciones que afectan seriamente la protección de la familia, de menores o de incapacitados, así como cuestiones sobre la tenencia de la tierra o cualquier otra materia de contenido eminentemente social.

Esta función del Ministerio Público consiste sustancialmente en vigilar la legalidad, desde el cumplimiento y respeto a las normas Constitucionales, por encima de cualquier otro ordenamiento legal. Para ello es que se adscriben agentes a cada Juzgado de Distrito, Tribunales Colegiados y Suprema Corte de Justicia de la Nación, para asegurar su intervención en los juicios de Amparo que reúnan las características apuntadas.

Su principal compromiso, pues, consiste en vigilar y cuidar el respeto a la legalidad constitucional; se debe interesar, imparcialmente, por la aplicación estricta de la ley; es decir, siempre actuando de buena fe y procurando que se sancione al culpable y se proteja al inocente.

Cabe señalar que, anteriormente, tenía también la atribución de ser Consejero Jurídico del Gobierno, lo que significaba que el Procurador General de la República debía emitir opinión sobre la constitucionalidad de los proyectos de ley que el Presidente de la República enviaba para su análisis, así como los que solicitara u ordenara el titular de alguna dependencia de la Administración Pública Federal; asimismo, comprendía el asesoramiento jurídico respecto de los asuntos que se trataran entre el Presidente de la República y los titulares de su gabinete, siempre dentro del marco constitucional, conforme lo establecía la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República en sus artículos 6 y 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En la práctica esa función consultiva no daba el resultado deseable, lo que originó que el citado artículo 102 se reformara y quitara al Procurador General de la República tal encomienda.

### **3.5.- EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.**

La etapa de averiguación previa culmina con la resolución de ejercicio de la acción penal, de no ejercicio de la misma, o en su caso, de reserva.

Cuando los elementos de prueba que se allegan al expediente son aptos y suficientes para acreditarse los elementos del cuerpo del delito investigado y la probable responsabilidad del indiciado, el Ministerio Público,

bajo el principio de legalidad que vincula su conducta en el procedimiento, debe ejercitar acción penal, en caso contrario, debe abstenerse de dicho ejercicio y dictar una resolución, precisamente con el nombre de no ejercicio de la acción penal.

La estructura del pliego consignatorio en que se ejercita la acción penal es de suma importancia, de su acierto dependerá el éxito de la posición acusadora durante el proceso, o de su desacierto derivarán consecuencias adversas para la representación social.

El Ministerio Público debe puntualizar los hechos materia de la consignación, haciendo un análisis cuidadoso y detallado de la conducta punible, sin excluir aspectos relevantes para la incriminación, así como examinar la probable responsabilidad, entendiendo por ésta, la vinculación entre el sujeto y los hechos, bajo el título de autoría o participación que corresponda; señalando las pruebas que acrediten los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad, relacionando cada elemento a probar con el medio probatorio que lo acredite, con una acuciosa correlación entre los hechos sujetos a prueba, relativos a la conducta punible y a la responsabilidad probable, y las probanzas que lo acrediten.

Ahora bien, si no se acredita el cuerpo del delito, que hubo dolo o culpa, o que el individuo tuvo participación en los hechos punibles, o, si se actualiza una causa de exclusión del delito, el Ministerio Público debe resolver el no ejercicio de la acción penal.

Existe también el caso en que de las diligencias practicadas durante la etapa de averiguación no resulten elementos suficientes para ejercitar la acción penal, por no acreditarse los supuestos a que se ha hecho referencia; pero, que exista la posibilidad de practicar otras diligencias con posterioridad;

entonces, se dicta un acuerdo de reserva, mismo que no posee efectos conclusivos, ya que el Ministerio Público deberá revisar periódicamente el expediente, para ordenar, si es posible, la reanudación de las investigaciones; sin embargo, lo que generalmente acontece es que llega a operar la prescripción de la pretensión punitiva.

En otro orden de ideas, el Ministerio Público siempre debe ser el más celoso guardián del cumplimiento estricto de la ley, pidiendo la justa penalidad para un criminal, en defensa de la sociedad; pero, también empeñado en reconocer la inocencia de un acusado, siempre con espíritu de justicia, sin ira ni venganza; para lo cual se requiere de una preparación especializada, de verdadera probidad personal, como se ha apuntado.

“¿La acción penal tiene el carácter de función de justicia o función de gobierno? La cuestión tiene mucha importancia, pues de su correcta solución depende el llegar a establecer si el Ministerio Público debe depender del Poder Judicial, del Poder Ejecutivo, o bien ser independiente en lo absoluto de ambos poderes”<sup>17</sup>.

La interrogante que plantea el citado autor ha sido motivo de constante controversia, pues hay autores y juristas que sostienen que el Ministerio Público debe pertenecer al Poder Judicial, otros que al Ejecutivo y otros más que debe ser un organismo independiente y autónomo; que la autonomía sea real, se ha considerado que sería viable que lo propusiera el ejecutivo y lo ratificara, o no, el Congreso de la Unión.

---

<sup>17</sup> Castro, Juventino V. “El Ministerio Público en México”. Pág. 37 Editorial Porrúa. México 1996.

También controvertido ha sido si su función es judicial o administrativa, a lo que puede decirse que es una autoridad administrativa; pero al ejercitar la acción penal, se convierte en parte de un juicio y adquiere un carácter judicial.

## **CAPITULO IV**

### **LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES**

#### **4.1 ORIGEN**

Existen dos corrientes al respecto, una sostiene que los derechos del hombre son inseparables a su naturaleza y por tanto pre-existentes y superiores en importancia y jerarquía a cualquier organización normativa, que el Estado debe respetarlos e integrarlos a su orden jurídico; debido a que el hombre nace con derechos naturales que van por encima de cualquier norma. Corriente que se apoya en la tesis jusnaturalista.

El criterio opuesto a lo anterior sostiene que sobre el poder de la Nación no existe ninguna potestad individual; que el gobernado no tiene ningún derecho que oponer al Estado; que es la organización política y jurídica del Estado en busca del bienestar de la comunidad y en ejercicio de su poder concede determinadas prerrogativas al ciudadano para protegerlo de las arbitrariedades y abusos de poder por parte de las autoridades. En esencia, se considera que el Estado establece las garantías individuales como parte de la finalidad de procuración del bienestar y la felicidad de sus habitantes.

Esta última corriente sostiene que las garantías individuales derivan de la autolimitación del poder del Estado en su orden jurídico positivo; que



vienen a formar una especie de barreras para limitar los poderes y atribuciones de las autoridades y reconocer los derechos del gobernado y protegerlos de las arbitrariedad y abusos de poder.

Desde nuestra Constitución de 1857 ya instituía garantías individuales que consistían en limitaciones impuestas al poder público para asegurar el goce de esos derechos del ciudadano; misma que diferenciaba los derechos del hombre de las garantías individuales; entendiéndose como los primeros, aquellos que son inherentes a la persona humana y las garantías como restricciones impuestas a la actividad de las autoridades, con la finalidad de proteger y hacer efectivos los citados derechos.

El texto de nuestra Constitución vigente no establece distinción entre derechos del hombre y garantías individuales. En su primer artículo otorga garantías al individuo, en calidad de gobernado, como sujeto cuya esfera sea ámbito de operatividad de las autoridades estatales desempeñadas en el ejercicio del poder del imperio. Se desprende que los derechos del gobernado no los equipara con los del hombre, sino derivados de la relación jurídica en que se traduce la garantía individual establecida y regulada por sus propios mandamientos.

## **4.2 CONCEPTO**

Garantía proviene del término anglosajón "warranty" o "warantie", que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar (to warrant), lo que le da al término una connotación muy amplia. En sentido amplio garantía equivale a "aseguramiento", "afianzamiento", "protección", "respaldo", "defensa" "apoyo".

Jurídicamente, en Derecho Privado, el término “*garantía*”, tiene las acepciones antes referidas. En Derecho Público su concepto ha significado diversos tipos de seguridades o protecciones a favor de los ciudadanos o gobernados, dentro del marco de derecho establecido, en que la actividad gubernamental está sometida a normas pre-establecidas, en base al orden Constitucional.

Cabe señalar, que la doctrina no ha podido poner de acuerdo en la acepción estricta y específica que corresponde a la palabra “*garantía*”. En Derecho Constitucional existe una diversidad de opiniones al respecto, algunas en un sentido amplio y fuera de la relación gobernante-gobernado, que finalmente desde el punto de vista jurídico es la que interesa.

Se debe establecer que por gobernado o individuo se entiende la persona física a quien se dirigen los actos de autoridad de índole unilateral, imperativa y coercitiva, características que más adelante se describen.

Para Jellinek las “*garantías del derecho público*” las clasifica como *garantías sociales* y ubica ahí la religión, las costumbres, cuestiones culturales y todo lo que tiene que ver con la dinámica de la sociedad; las “*garantías políticas*”, en las que sitúa la organización del Estado y su división de poderes; “*garantías jurídicas*” en las que comprende los sistemas de fiscalización de los órganos estatales, de responsabilidad, de jurisdicción y de los medios para hacer cumplir las normas del derecho objetivo. Sin que aborde de manera clara lo relativo a las *garantías individuales*.

Kelsen las llama “*garantías de la Constitución*” y las identifica como los procedimientos para hacer respetar el imperio de la Ley Fundamental, frente a las normas jurídicas secundarias; que la norma inferior se ajuste a la superior, sin aludir a las *garantías del gobernado*.

Fix Zamudio al respecto manifiesta que únicamente pueden estimarse como verdaderas garantías los medios jurídicos de hacer efectivos los mandatos constitucionales y los clasifica como “fundamentales” donde ubica las individuales, sociales e institucionales y las “de la Constitución”, para métodos procesales represivos y reparadores que determinen en cumplimiento a los mandatos fundamentales. Para este autor las garantías fundamentales son las contenidas en los primeros veintiocho artículos de nuestra Carta Magna y les agrega el carácter de individuales y sociales.

Alfonso Noriega relaciona las garantías individuales con los derechos del hombre, y sostiene que dichas garantías corresponden a los derechos naturales e inherentes a la persona humana, en virtud de su propia naturaleza, mismas que el Estado debe reconocer, respetar y proteger, a través del orden jurídico.

Mientras que el ilustre Burgoa Orihuela sostiene que no debe identificarse la “garantía individual” con el “derecho del hombre” o “derecho del gobernado”, que equivaldría a confundir el “todo” con la “parte”, quien considera que las garantías individuales se traducen, jurídicamente, en una relación de derechos existentes entre el gobernado como persona física o moral y el Estado como entidad jurídica y política con personalidad propia y sus autoridades; en esencia entre el gobernado y la autoridad.

La relación entre Estado y gobernado es de supra a subordinación, ya que el primero, a través de sus autoridades, desempeña, frente al gobernado la actividad soberana o de gobierno, equivalente a los actos de autoridad, cuyas características son: unilaterales, imperativos y coercitivos. Unilaterales en razón de que no requieren de la voluntad o aceptación del particular al que va dirigido; imperativo en razón de que se imponen contra y sobre la

voluntad del gobernado, quien tiene la obligación de obedecerlos; y, coercitivos porque si no se acata voluntariamente, para su aplicación, se puede usar la fuerza.

Las garantías individuales vienen a ser, en esencia, esos derechos que la autoridad debe respetar siempre al gobernado, como persona física o individuo; es la protección del individuo frente a los actos del poder público. Todo acto de autoridad, frente a cualquier gobernado, para que sea constitucionalmente válido debe observar las condiciones, requisitos y prohibiciones consignadas en la Constitución, que vienen a constituir, precisamente las llamadas "garantías individuales", las que a criterio del mencionado Burgoa Orihuela deberían llamarse "garantías constitucionales", en virtud de no dirigirse únicamente al individuo, sino a cualquier sujeto que se halle en posición de gobernado.

Prueba de lo anterior es cuando una autoridad mediante un acto, invade la esfera jurídica de un gobernado y éste lo impugna, a través de la presentación de una demanda de amparo, donde la autoridad adquiere el papel parte, llamada "autoridad responsable" y le corresponde, dentro de dicho juicio, los mismos derechos que al quejoso; en cuanto a ofrecer pruebas, alegar e interponer recursos se refiere.

Asimismo, cabe señalar que como gobernados hay otros entes jurídicos, como son las personas morales o de derecho privado, sociedad o asociaciones, las de derecho social, sindicatos y comunidades agrarias y las de derecho público personas morales y oficiales y finalmente, los organismos descentralizados. Dichas personas morales también son titulares de las garantías individuales, porque también son sometidas al imperio autoritario del Estado y la ley las coloca en un rango equivalente al que ocupan los individuos como personas físicas; de donde se colige que las garantías

---

individuales a favor de las personas morales son jurídicamente factibles y necesarias.

El tema de las personas morales como sujetos titulares de las garantías individuales ha sido motivo de variadas y opuestas opiniones por parte de los juristas mexicanos; pero en la actualidad la propia Ley Fundamental cambió el término de "derechos del hombre" por el "garantías otorgadas", con lo cual se esclareció que dichas entidades morales son sujetos de la relación jurídica que requiere gozar de esas garantías.

En efecto la titularidad de las garantías individuales corresponde a personas físicas, y morales de derecho social y derecho público, puesto que todas ellas tienen el carácter de gobernado, cuya esfera jurídica es susceptible de constituir el objeto total o parcial de actos de autoridad imputables a los órganos del Estado. Por ende, si dicha esfera pertenece a un sindicato o comunidad agraria, ésta asume el carácter de gobernado frente al Estado y le corresponde el goce de las referidas garantías, para efectos de que defienda sus intereses jurídicos.

Por lo que se cuestiona que el nombre correcto de las garantías individuales, lo sería garantías del gobernado, el cual se adecua a la titularidad de las personas a quien se dirigen.

El sujeto pasivo de la relación en comento, lo es el Estado, como entidad jurídica y política en que se constituye un pueblo y por las autoridades del mismo. El Estado como persona moral de Derecho Público está representado por las autoridades.

Los organismos descentralizados también son sujetos pasivos de la relación jurídica en que se manifiesta la garantía individual, siempre y

cuando la relación sea de supra a subordinación, entonces se generan los derechos y obligaciones de contenido especial que contribuyen al cabal desenvolvimiento de su personalidad frente al poder público. La potestad del gobernado consiste en exigir al Estado el respeto a las garantías o prerrogativas fundamentales.

Debido a que el derecho público no solo es atribuible a las personas físicas, sino a todo ente que se halle en situación de gobernado; por ende, las personas morales privadas, de índole social, empresas de participación estatal, organismos descentralizados y excepcionalmente personas morales oficiales, todas ellas son titulares de las garantías individuales, con las peculiaridades de cada caso en concreto.

Los titulares de los derechos que integran el objeto de las garantías individuales surgen por la imputación inmediata y directa que hace la Constitución a los gobernados, respecto de las situaciones jurídicas que se contienen en los preceptos legales.

Los derechos subjetivos que derivan de las garantías individuales son absolutos, pues se pueden hacer valer contra cualquier autoridad del Estado que los viole o incumpla y a su vez el sujeto obligado universal a respetarlos son todas las autoridades del país.

La relación como vínculo jurídico entre los dos sujetos (gobernado y autoridad), genera para uno el derecho y para el otro la obligación. Por ende, la relación comprende tanto el derecho subjetivo como la obligación correlativa. Y, al respecto conviene precisar que la garantía individual o del gobernado no debe confundirse con el derecho público subjetivo que surge de ella para el gobernado; pues el vínculo jurídico consiste en la obligación que se impone a las autoridades en beneficio de los gobernados.

El cumplimiento a esa obligación de las autoridades puede consistir en una abstención o un no hacer o a través de una conducta positiva, según el caso en particular.

En base al principio de juridicidad que implica la incuestionable subordinación de los actos del poder público a las normas jurídicas pre-establecidas; por lo que también el legislador está obligado a que las leyes que se expidan no contravengan las garantías individuales. El sujeto activo o gobernado es titular del derecho subjetivo público que enfrenta al Estado mismo, sin que a su vez esté obligado hacia el sujeto pasivo.

En esencia, los derechos sólo se generan para el sujeto activo y las obligaciones exclusivamente para el sujeto pasivo, esta es la naturaleza jurídica de las garantías individuales.

El Estado con la idea de proporcionar bienestar al gobernado, establece en la Ley Fundamental una esfera de actividad para el gobernado inviolable por las autoridades y que representa un régimen de seguridad jurídica para el mismo.

Después de analizar las anteriores consideraciones, se puede decir que un concepto de GARANTÍA INDIVIDUAL es el siguiente: Es un derecho de carácter público subjetivo, contenido en la Constitución Federal, que tiene todo gobernado (sujeto activo) frente al Estado y sus autoridades (sujeto pasivo), que a su vez consiste en la obligación del Estado de respetar ese marco de seguridad jurídica del gobernado.

Una característica de las Garantías Individuales es la supremacía constitucional, por estar contenidas en la misma, principio consignado en el

artículo 133 de la Ley Suprema y se refiere a que tienen prevalencia sobre cualquier norma o ley secundaria que las contradiga y primacía de aplicación sobre la misma, por lo que las autoridades en general, deben observarlas preferentemente a cualquier otra disposición ordinaria.

Las Garantías Individuales se encuentran, pues, contenidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, básicamente en los primeros veintinueve artículos; pero, no únicamente en ellos, sino que hay otros preceptos que vienen a complementarlas, como por ejemplo el 123 que fija las condiciones del desempeño del trabajo y cuando éstas se violen, procede la promoción del Juicio de Amparo, no obstante que la violación se cometa en contra de un precepto constitucional no comprendido dentro de los primeros veintinueve artículos, pero sí importa una complementación del 5.

#### **4.3.- CLASIFICACION DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES**

Para Jellinek existen tres especies de garantías o medios de preservar el orden jurídico: las *sociales*, las *políticas* y las *propriadamente jurídicas*. Las primeras constituidas por factores culturales, ideas religiosas, tendencias sociales y económicas, como un mero producto cultural que significan una influencia en la voluntad de los forjadores del orden del derecho con la intención de proscribir las arbitrariedades e injusticias legislativas, administrativas y judiciales. Las garantías políticas las considera un sistema o régimen de competencias y limitaciones de poderes entre las distintas autoridades del Estado, en cada autoridad se ve limitada a actuar dentro de su competencia creada por la ley. Las Jurídicas son los medios de derecho de que el gobernado dispone para proteger sus derechos frente a los gobiernos o autoridades, como el juicio de responsabilidad entre otros.



Burgoa clasifica las garantías en dos grupos; *garantías materiales* y *garantías formales*. Dentro de las primeras ubica a las que se refieren a las libertades específicas del gobernado, a la *igualdad* y a la *propiedad*. El segundo grupo comprende las de *seguridad jurídica*, entre las que destacan las de *audiencia* y de *legalidad*, consagradas en los artículos 14 y 16 de la Constitución Federal.

En las garantías materiales el Estado y las autoridades asumen obligaciones de abstención o de no hacer, ejemplo no vulnerar, no prohibir, no impedir, etcétera; mientras que en las formales sus obligaciones consisten en un hacer y consisten en realizar todos los actos tendientes a cumplir u observar las condiciones que someten la conducta autoritaria para que ésta afecte con validez la esfera del gobernado.

De acuerdo al contenido del derecho subjetivo público, las garantías individuales pueden ser: de IGUALDAD, de LIBERTAD, de PROPIEDAD y de SEGURIDAD JURÍDICA.

La primera concierne a la situación de igualdad que debe tener el individuo con sus semejantes; la segunda se refiere a su libertad en todas sus manifestaciones y la de propiedad a la observancia de determinadas formalidades, requisitos y condiciones por parte del Estado para que su actuación sea constitucionalmente válida en la causación de determinada afectación al gobernado, circunstancias que implican una seguridad jurídica para éste. En síntesis consisten en oponer a la autoridad el respeto y la observancia de la esfera jurídica del gobernado.

Ninguna ley secundaria puede limitar o contrariar las disposiciones constitucionales que se refieran a cualquiera de las garantías individuales, bajo la sanción de carecer de validez jurídica esos preceptos. La

---

reglamentación de los mandatos constitucionales significa detallar la norma constitucional de que se trate, con la finalidad de facilitar su interpretación y sobre todo su observancia. El ordenamiento reglamentario no puede, bajo ninguna circunstancia, variar el ámbito normativo de las disposiciones constitucionales que reglamente, por lo que no debe incluir elementos preceptivos que la norma no los prevea. Ninguna ley reglamentaria de una garantía individual debe limitar el derecho público subjetivo que de ella se deriva y que no esté comprendida en la Ley Fundamental.

Un ejemplo de lo anterior es el artículo 5 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece y regula la libertad de trabajo y en el párrafo segundo señala: "La ley determinará en cada Estado cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo", de donde se aprecia que dicho dispositivo remite a la especificación de las condiciones y términos de ella a la ley secundaria, dando origen así a las leyes reglamentarias de las garantías.

Cuando una ley reglamentaria que regule un derecho subjetivo público derivado de una garantía individual, pugna con el precepto constitucional en que ésta se consagra, y hace nugatorio el ejercicio del derecho, dicha disposición será inconstitucional. En el caso de que la ley reglamentaria sólo establezca los requisitos y condiciones para su ejercicio, entonces esa norma no será inconstitucional. El problema de constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley reglamentaria, no debe resolverse en general, sino cuando se aplica a cada caso en particular.

Las formas de reglamentar las garantías individuales son dos: cuando en la Constitución se emplea el vocablo "ley" y cuando es "reglamento". En el primer caso se refiere a un estatuto legal en sentido material y formal, por lo

que su expedición corresponde al órgano legislativo, sea el Congreso de la Unión, o el Congreso Local, según corresponda al ámbito federal o al estatal. Cuando se refiera con la palabra “reglamento” éste no reviste el carácter formal de una ley; en consecuencia, su publicación corresponde al Presidente de la República, o, a los gobernadores de los Estados..

La competencia para reglamentar las garantías individuales no reviste ninguna complicación, todo depende de lo que la Carta Fundamental señale, ley o reglamento. El problema surge cuando la Constitución es omisa, entonces surge la interrogante de que qué autoridad es la competente para reglamentar una garantía individual a falta de prevención expresa; la solución es que atendiendo a la materia o a la esfera de competencia del ejercicio del derecho público subjetivo derivado de la garantía, corresponderá al Congreso de la Unión, o a las legislaturas locales, según sea el caso, conforme lo previsto en el artículo 124 de la Constitución Federal.

#### **4.4.- GARANTIAS SOCIALES.**

Consisten en la relación jurídica que existe entre las clases sociales carentes de poder económico, para la adopción de medidas proteccionistas de ciertos medios de tutela, frente a la clase social poderosa. Mismas que fueron producto de la exigencia que las primeras hicieron al Estado. Por lo que, esencialmente, las Garantías Sociales son una relación jurídica entre los dos grupos sociales, los favorecidos y los carentes de poder, que generalmente corresponden a capital por un lado y trabajo por el otro. Dicha relación jurídica solo puede existir entre los sujetos cuya posición se caracteriza por modalidades especiales.

Los sujetos de la relación jurídica en las garantías sociales, el sujeto activo siempre será de las clases desvalidas, o sea la clase trabajadora;

mientras que el sujeto pasivo corresponderá al grupo detentador de los medios de producción o capitalistas, que emplean a la clase trabajadora en sus bienes, empresas o propiedades que generan empleos.

Cabe precisar que estas garantías no obstante que se dirigen, por su naturaleza, a los dos grupos a que se ha hecho referencia; sin embargo, también se deben considerar que existen entre individuos particulares; considerados éstos, como miembros de alguno de los dos grupos sociales; vistos como el trabajador o como el capitalista o empresario.

Los derechos que se derivan de la relación jurídica producto de las garantías sociales, se les denominan sociales, en virtud de que corresponden a dos clases de la sociedad en general, o a dos personas determinadas pertenecientes a las aludidas clases en particular, trabajador y patrón. Como en toda relación jurídica, las garantías sociales implican la existencia de derechos y obligaciones para los sujetos que la conforman; y, constituye una medida jurídica de preservación de la clase trabajadora en general y de los trabajadores en particular.

La intervención del Estado en materia de garantías sociales, consiste en ser regulador de la relación jurídica entre los dos sujetos, quienes quedan colocados en situación de gobernados, ante quienes el Estado ejerce el poder de imperio, limitado únicamente por el orden jurídico de cada caso en particular. El Estado se encarga de establecer la ley, por conducto de sus autoridades a quienes corresponda, que bien pueden ser las Juntas de Conciliación y Arbitraje, Secretaría del Trabajo y otras.

La injerencia del Estado en esta relación tiene como finalidad evitar menoscabos en los derechos de los trabajadores y la búsqueda de mejoras de las condiciones de vida y seguridad para el trabajador. Cuando se

celebran contratos de trabajo que son violatorios del artículo 123 de la Constitución Federal, éstos son nulos de pleno derecho.

Se ha considerado que las garantías sociales en su esencia, se oponen con las garantías individuales; en consecuencia se cuestiona también la congruencia de nuestra Carta Magna; respecto a que las primeras hacen nugatorias a las segunda y el ejemplo clásico es el artículo 5 Constitucional como garantía individual que consagra la libertad absoluta de dedicarse a la profesión, industria, comercio o trabajo que al ciudadano le acomode, con la única condición de que sea lícito; mientras que el 123 que consigna verdaderas prohibiciones o restricciones a dicha libertad; puesto que la Ley Federal del Trabajo que en su articulado impone a los patrones la prohibición de admitir como trabajadores a personas que no estén sindicalizadas.

Esa prohibición se ha considerado como una garantía social, porque fortalece el sistema sindical, ya que evita que en una empresa presten sus servicios trabajadores que pudieran menoscabar la fuerza sindical. Entonces, la situación de libertad de trabajo por una parte, y por la otra, la prohibición de que preste el trabajo un trabajador que no sea sindicalizado, se ha interpretado como que la primera posición que constituye la garantía social impone una restricción a la garantía individual de libertad de trabajo.

Sin embargo, no precisamente resultan contradictorias, sino que entrañan hipótesis jurídicas diferentes; puesto que, mientras las garantías individuales entrañan una relación jurídica entre el Estado y el gobernado; las garantías sociales son el vínculo jurídico entre dos clases sociales diferentes, atendiendo al aspecto económico; es decir entre patrón y trabajador. Al ser diferentes los vínculos jurídicos que unen a ambas relaciones entre los sujetos, también sus objetivos resultan disímbolos,

mientras que las garantías individuales su objetivo es proteger al gobernado frente a los abusos de poder o arbitrariedades en que pueda incurrir el Estado o sus autoridades; y, en las garantías sociales el objetivo es preservar y proteger a la clase económicamente inferior, frente a una clase social más pudiente.

Se puede concluir que ambas garantías, sociales e individuales, resultan compatibles, puesto que entrañan distintas figuras jurídicas y por ende, diversos objetivos.

#### **4.5.- GARANTÍAS DE IGUALDAD.**

En general, por igualdad se entiende el que haya semejanza en la naturaleza, calidad o cantidad; de la misma clase o condición. Que no tiene variación.

Jurídicamente y en materia de garantías, la igualdad se traduce en que un grupo de personas, indeterminado cuantitativamente, tenga la posibilidad y capacidad de tener los mismos derechos y contraer las mismas obligaciones, siempre y cuando se encuentren en situación similar.

Lo anterior se refiere a que un grupo que reúna la misma posición, que puede ser en su calidad de profesionistas, comerciantes, agricultores, deportistas o cualquier otra ocupación o situación; todos aquellos por guardar la misma posición o dedicarse a la misma actividad tendrán las mismas obligaciones y los mismos derechos, con relación a su posición o calidad.

El ciudadano, como ente jurídico, es susceptible de entablar una diversidad de relaciones jurídicas, tantas, como actividades desarrolle, atendiendo a sus condiciones sociales, económicas, políticas, jurídicas o

laborales; las que lo pueden ubicar como deportista, comerciante, patrón, profesionista, etcétera.

A consecuencia de lo anterior, se generan los diversos cuerpos de leyes, que tendrán que regular cada actividad en lo particular; en la búsqueda de una igualdad legal, consistente en que los derechos y obligaciones que la ley secundaria impone, virtud a su determinada situación jurídica, sean los mismos para todos, sin distingos.

La igualdad como garantía individual es la relación jurídica que se da entre el gobernado por un lado y el Estado y sus autoridades por el otro; que viene a constituir los derechos subjetivos públicos que derivan de ese vínculo, los elementos indispensables para el desarrollo de la personalidad y la felicidad del individuo.

El lograr la igualdad no es sencillo, debido a las naturales diferencias individuales de la calidad humana; sin embargo, eliminando las diferencias entre grupos humanos, desde el punto de vista de la raza, nacionalidad, religión, posición económica, cultural, y otros; entonces, el concepto jurídico de igualdad, como contenido de las garantías individuales, se traduce en un elemento negativo, es decir, la ausencia de distingos y diferencias. En esencia la igualdad como garantía individual radica en que el ciudadano en su situación de persona humana, frente a sus semejantes en la misma situación o posición, no tenga más, ni menos, derechos y obligaciones; sino exactamente los mismos.

La situación de igualdad como garantía individual, no surge a virtud de la celebración de un acto jurídico, ni como resultado de cierta posición económica o jurídica, sino que surge concomitantemente con la persona

humana; por ende, esta igualdad constituye una situación que adquiere el individuo desde que nace.

Ahora, surge una interrogante: ¿Cuáles son los derechos y obligaciones contenidos en las garantías individuales de Igualdad? Básicamente consiste en el derecho que tiene el individuo como tal, de exigirle al Estado y sus autoridades que se le trate igual a sus semejantes, o sea, sin diferencias, ni distinciones, desde el punto de vista estrictamente humano. Que el Estado ubique a todos los ciudadanos en el mismo plano, sin establecer diferencias por cuestiones de raza, religión, nacionalidad, etc. Sin que se confunda el hecho de que cierto grupo de individuos, repunte una especial categoría como gobernados y que ello los coloque en situaciones jurídicas determinadas diferentes respecto de otra clase de individuos; pero, siempre conservando la igualdad de derechos dentro de ese estado determinado, como grupo, implícito en el ordenamiento legal que lo regule.

Finalmente, se puede resumir que la igualdad jurídica, consiste en dar el mismo tratamiento normativo a todos los sujetos que se encuentren en el supuesto legal contenido en la norma.

Al respecto, es necesario recordar que la igualdad no siempre se ha respetado en la historia y evolución humanas. En los tiempos remotos de la humanidad se presentaban profundas diferencias en relación con los diferentes grupos humanos que pertenecían a distintos pueblos y culturas. Así es que en Roma se instituyó la esclavitud, no como estado personal, sino como estado real, que se refería a una cosa y en general la sociedad romana, en todo su contexto, presentaba una profunda desigualdad con relación a las dos clases que la componían, que eran los patricios y los plebeyos; así a los plebeyos y a los extranjeros se les imponían una serie de prohibiciones y se les dejaba sin protección jurídica.



No sólo fue en Roma, también en Francia, España, África y en otros países prevalecía la desigualdad jurídica, misma que se generaba por los privilegios, potestades y prerrogativas que se le concedían sólo a una clase social y económica sobre otra.

La Revolución Francesa por las doctrinas políticas de Rousseau, constituyó el origen de la consagración jurídica de la igualdad humana, como garantía individual o prerrogativa del hombre oponible al Estado y sus autoridades. Poco a poco ante la Ley y para el Estado, fueron desapareciendo los factores que influían en la desigualdad entre los gobernados.

México no fue la excepción en lo que a desigualdad humana se refiere, pues en el régimen azteca ésta era el estado natural del individuo; ya que la sociedad se dividía en clases, que eran la nobleza, el sacerdocio y el pueblo. Entre estas clases había marcadas diferencias, especialmente en el campo de la política y lo económico. Políticamente los nobles y el sacerdocio tenían la facultad de nombrar al rey; lo que ocasionaba que el régimen gubernamental fuera siempre aristocrático y sacerdotal. También entre los aztecas, como en la mayoría de los pueblos de la antigüedad existía la esclavitud, aunque menos degradante que en Roma.

La esclavitud en México fue abolida en 1810 por el Cura Don Miguel Hidalgo y Costilla, y su prohibición fue reiterada, implícita o explícitamente, en otros documentos constitucionales de la época de la Guerra de Independencia, como en los Sentimientos de la Nación de Morelos, de 1813, la Constitución de Apatzingán en 1814; todo lo cual significó un importante avance hacia la igualdad jurídica; representó además un notable adelanto

cultural y humano. En Los Estados Unidos de Norteamérica, fue hasta 1865 cuando se abolió la esclavitud, después de la guerra de secesión.

Nuestra Constitución Política contempla y protege las Garantías Individuales de Igualdad en sus artículos 1, 4, 12 y 13.

El artículo 1° dice: “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece. Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes. Queda Prohibida toda discriminación, motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las capacidades diferentes, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas”.

De su texto se puede apreciar con claridad el principio de igualdad que concibe, visto fundamentalmente, como principio de no discriminación, lo que significa que se prohíbe hacer distinciones entre las personas; implica la exclusión de todo trato desigual, que no pueda justificarse constitucionalmente. El principio de no discriminación se encuentra implícito en el texto del artículo transcrito, que se viene a complementar con los demás numerales.

El párrafo segundo contiene la prohibición de la esclavitud, como producto de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del 14 de agosto de 2001; mediante la cual se incorporó el contenido esencial del artículo 2 a ese párrafo; el artículo 2 actualmente establece todo lo

relacionado con los derechos y prerrogativas a favor de las comunidades indígenas, que se venía gestando desde hace varios años y estuvo precedida de un largo proceso de discusión , no sólo en el ámbito parlamentario, sino también en los medios de comunicación, así como en muchos sectores de la sociedad civil organizada y por las propias comunidades indígenas y por sus representantes.

Los titulares de esas garantías de igualdad son todos los individuos o personas físicas, sin excepción, ni límites de ninguna naturaleza para su ejercicio; como sucede con la edad en otro tipo de derechos; como el relacionado con la propiedad, que para ejercerlo se requiere de la mayoría de edad, ya que ésta es requisito sine qua non para adquirir la capacidad jurídica de ejercer el derecho a la propiedad.

*El artículo 4 señala: "El varón y la mujer son iguales ante la Ley. Ésta protegerá la organización y el desarrollo de la familia.*

*Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.*

*Toda persona tiene derecho a la protección de la salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución.*

*Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar.*

*Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo.*

*Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.*

*Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos.*

*El Estado otorgará facilidades a los particulares para que coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez”.*

Este artículo como puede apreciarse contiene una diversidad de disposiciones, que han sido motivo de polémica y criticadas, en ocasiones severamente, en el sentido de que no tiene relación unas con otras y que si las mismas requieren de ser un mandato constitucional.

La igualdad entre el varón y la mujer frente a la ley, se ha cuestionado y no se entiende el por qué tendría que haber diferencia entre ellos; sin embargo, es evidente que las diferencias y la infravaloración jurídica y social de la mujer, respecto al hombre, han existido siempre (y no exclusivamente en México); y que, inexplicablemente, fue hasta 1953, cuando por reformas al artículo 34 constitucional, se dio a la mujer el derecho al voto; y, en 1974 cuando se equiparó jurídicamente al género femenino con el masculino

Esta disposición de igualdad sexual, se traduce, esencialmente, en una prohibición de discriminar a la mujer frente a la ley, por razón de su género; y en general, invalida toda norma o acto que dispense un trato diferente o perjudicial en función de la pertenencia a uno, u otro, sexo; que no se contemplen distinciones.

La protección de la familia, libertad de procreación, el derecho a la protección de la salud, a un medioambiente sano, a la vivienda y los

derechos de los menores de edad, son los derechos contenidos en este numeral; al que, en ocasiones, se han referido como un “mosaico” de disposiciones constitucionales que no tienen mucha o ninguna relación entre ellas. No obstante ello, todas y cada una de esas disposiciones, resultan de interés y relevancia para lograr el bienestar de la familia, como célula de la sociedad.

*Artículo 12: “En los Estados Unidos Mexicanos no se concederán títulos de nobleza, ni prerrogativas y honores hereditarios, ni se dará efecto alguno a los otorgados por cualquier otro país”.*

Contiene unos de los principales de igualdad jurídica más importantes de nuestro Estado de Derecho contemporáneo. Se trata de igualdad entre los individuos, en general, ante el derecho positivo, en sus relaciones como gobernados y el sistema jurídico de la estructura estatal, como un principio de convivencia entre sus habitantes.

Por una parte, contiene la prohibición de que se otorguen títulos de nobleza, prerrogativas u honores hereditarios; es decir, que nadie puede contar con un reconocimiento especial o privilegio por parte del Estado o de la Ley, por el simple hecho de pertenecer a algún apellido, que lo coloque por encima de los demás.

Por otra parte, el segundo de los supuestos contenidos en este artículo constitucional se refiere a la prohibición de que dentro del territorio nacional se reconozcan o convaliden títulos, prerrogativas u honores hereditarios otorgados en cualquier otro país; significa, que no es posible convalidar los privilegios o títulos otorgados a ciertas personas por otros países o sistemas jurídicos.

Se trata de evitar una sociedad dividida en clases o estratos sociales, como acontecía en la antigüedad; y por el contrario, se asienta la convicción republicana de evitar a toda costa la existencia de aristocracia o clases sociales superiores reconocidas por el Estado o por la ley.

Tanto los títulos de nobleza como las prerrogativas y honores se otorgan de manera hereditaria, por lo que los descendientes se ven beneficiados de una manera indirecta, por el solo hecho de serlo, que se le da con anterioridad al nacimiento, porque desde antes de nacer ya tiene ese derecho.

El principio de igualdad contenido en este artículo, tiene un mecanismo de protección para el caso de que los mexicanos no cumplan con esa disposición. El artículo 37 Constitucional, *señala que se castigará con la pérdida de la nacionalidad, a los mexicanos por naturalización que acepten o usen títulos nobiliarios que impliquen sumisión a un Estado extranjero; y, a los ciudadanos mexicanos que acepten o usen títulos nobiliarios, aunque no impliquen sumisión a un gobierno extranjero. Se impone destacar que la nacionalidad Mexicana por nacimiento, no se pierde nunca.*

*El artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dice: "Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación por servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar: pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda".*

Este numeral contiene en forma implícita el principio de igualdad que toda persona debe tener ante la ley, a través de la abolición de fueros y privilegios y tiene como finalidad primordial colocar en igualdad de condiciones a cualquier ciudadano frente a la ley.

Este principio impide al legislador establecer privilegios o diferencias a favor de una clase, estrato o condición social; no obstante que existan diversas categorías jurídicas respecto a las personas.

En relación al mandato de que nadie puede ser juzgado por leyes privativas, debe decirse que todas las normas jurídicas deben ser de aplicación general y abstracta; y, que no desaparezcan después de su aplicación a un caso concreto, sino que sobrevivan a esta aplicación; y, de no reunir estas características se considerará que van contra el principio de igualdad y por tanto serán leyes privativas.

El carácter general y abstracto de las leyes no se refiere únicamente a la materia penal, como se ha interpretado en ocasiones; sino que resulta aplicable en materia civil y administrativa.

La otra prohibición expresa que contiene el artículo 13 en comento, es la que consiste en que nadie puede ser juzgado por tribunales especiales; al respecto conviene precisar que los tribunales, al igual que las leyes, deben tener los caracteres de generalidad y abstracción, los cuales rigen su competencia. Por ende, por tribunales especiales se entiende aquellos órganos jurisdiccionales que son creados exclusivamente para conocer de determinados hechos y una vez que concluyen con el juicio encomendado, se extinguen.

No es el caso de los tribunales especiales o especializados, como los que tienen competencia en materia administrativa, o laboral; puesto que éstos son creados por la ley para conocer un número indeterminado de asuntos en la materia de su competencia específica. Autoridad competente es la que está facultada expresamente por la ley para dictar o ejecutar cualquier acto dentro de su jurisdicción y especialidad en su caso.

Los fueros y emolumentos igualmente los prohíbe este numeral, entendiéndose el fuero como una situación de privilegio derivada de la condición social, que puede consistir en exención de impuestos u otorgamiento de determinados beneficios. Por emolumentos, los pagos o compensaciones; y, la prohibición se refiere a las que no se encuentren fijadas en las leyes aplicables al caso concreto. El propósito de este artículo es evitar que se cubran retribuciones a personas que no presten, de manera efectiva, el servicio; o, que se les paguen remuneraciones que no estén fijadas previamente en la ley, o sea, en el presupuesto de egresos respectivo. En general, el Estado debe pagar únicamente los emolumentos que se encuentren previstos en el presupuesto.

Los tribunales militares limitan su competencia a los delitos y faltas contra la disciplina militar y excluyen de dicha competencia a las personas que no pertenezcan al Ejército Mexicano; se establece que cuando en un delito o falta del orden militar intervenga un civil, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.

#### **4.6.- GARANTÍAS DE LIBERTAD.**

La libertad como cualidad inseparable del ser humano, consiste en la potestad que tiene de concebir los fines y escoger los medios que le conduzcan a la felicidad y desarrollo de su personalidad. Existe la llamada



libertad subjetiva o psicológica, que por sus características es ajena al Derecho; y, la libertad social, o sea, la potestad de todo individuo de poner en práctica sus fines, eligiendo los medios que considere idóneos para conseguirlos.

La libertad social, es la potestad genérica inherente al ser humano, que se traduce en la potestad del sujeto para realizar sus fines vitales, seleccionando los medios idóneos para su logro; cabe aclarar que ésta tiene restricciones o limitaciones, que obedecen a la convivencia humana, misma que requiere de seguir un orden; y, en consecuencia, establecer límites para lograrlo; pues de lo contrario se perdería la convivencia humana en paz y la violencia provocaría serios conflictos, por lo que resulta imprescindible un orden jurídico.

Las limitaciones que restringen a la libertad son en los casos en que su ejercicio signifique un ataque o vulneración al interés estatal o social, la autoridad competente se encargará de delimitar en cada caso concreto cuándo se vulnera el interés social o estatal por el ejercicio de determinada libertad.

Como Garantía Individual la Libertad es la potestad inseparable de la naturaleza humana, y elemento esencial de toda persona. Sin embargo, en la antigüedad, la libertad estaba reservada para la clase privilegiada de los libres, y no así para los esclavos; es esa la forma más clara de lo que significa la palabra libertad en su esencia, independientemente de las demás acepciones o connotaciones que implica ésta y que también revisten importancia.

Ante las arbitrariedades y frecuentes abusos cometidos por las autoridades, en el sentido de frecuentemente se privaba ilegalmente de la

libertad a los gobernados, se provocó una lucha, hasta lograr que se estableciera como un Derecho Público y que el Estado se obligara a respetarla; que quedaron consignadas en diversos numerales de nuestra Carta Magna.

**LIBERTAD DE TRABAJO.-** El artículo 5, en lo que interesa, dice: *“A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial. La ley determinará en cada Estado cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo. Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123...”*

La libertad de trabajo es una de las garantías que, se puede sintetizar como libertad de ocupación; y, sin duda, de las que más contribuyen al logro de la felicidad humana. Ésta le permite al individuo dedicarse a la actividad que más le agrade desempeñar, de acuerdo a su vocación, a sus aptitudes, a sus gustos e inclinaciones, para conseguir los fines propuestos, que generalmente, en primer lugar consisten en satisfacer sus necesidades vitales y las de su familia; pues en caso contrario, si al hombre se le impone una actividad que no sea de su agrado, que no se adecue a su idiosincrasia, a sus aptitudes y gustos, no se sentirá feliz; de ahí la importancia de esta garantía.

La limitación que contiene en cuanto a su objeto, que requiere que la actividad sea lícita, implica que el trabajo que sea ilícito no queda protegido por la garantía individual, ni por la ley; para que el trabajo se considere lícito, es requisito que no contravenga ninguna disposición legal.

Otra limitación a esta garantía está en el primer párrafo del artículo parcialmente transcrito, señala que la libertad de trabajo sólo podrá vedarse "por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad"; ello ha provocado que los códigos penales establezcan sanciones de inhabilitación, destitución o suspensión de funciones o empleos del ejercicio profesional, en su caso; y sólo mediante una sentencia firme se puede limitar a una persona de su trabajo, cuando se ataquen los derechos de tercero; es decir, cuando con el desempeño de una profesión, arte u oficio, se le ha causado un daño a tercero, el juez podrá prohibir a esa persona que siga ejerciendo su actividad profesional; y, el sentenciado queda en libertad de ejercer cualquier otra ocupación lícita.

La autoridad administrativa no está facultada para decretar restricciones a la libertad de trabajo, debido a que los reglamentos administrativos, material e intrínsecamente pueden considerarse como leyes, pues formalmente son considerados actos emanados del Poder Ejecutivo; pero, éste no está facultado para reglamentar las garantías individuales y no puede, por ende, señalar los casos en que el ejercicio de la libertad de trabajo ataque los derechos de la sociedad, ni limitar o prohibir dicha libertad.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de la jurisprudencia, estableció que la facultad de reglamentar la libertad de trabajo, es exclusiva del Poder Legislativo de la Unión o de los Estados y que

la reglamentación que hagan las autoridades administrativas, es inconstitucional.

Entonces, un reglamento administrativo no debe regular una garantía individual, sólo los organismos legislativos tienen esa competencia; únicamente la ley puede fijar los casos generales en que el ejercicio de la libertad de trabajo lesione los derechos de la sociedad, y constituir, en consecuencia, el fundamento legal de una resolución gubernativa que lo vede.

No obstante las anteriores consideraciones, se debe aclarar que la Suprema Corte, en algunas tesis ha reputado a los reglamentos administrativos en general como el fundamento legal de las resoluciones gubernativas que vedan a un individuo la libertad de trabajo; y, en otras, ha contrariado lo anterior.

Se puede concluir que un reglamento administrativo no impide la libertad de trabajo, sino que establece las bases o requisitos para su desarrollo, a fin de preservar el interés social o público y no puede afirmarse que sea violatorio del artículo 5 Constitucional; ésta sólo puede vedarse por resolución gubernativa y en los términos que marque la ley cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Entonces la autoridad administrativa que dicte una resolución que limite a un individuo su libertad al trabajo, debe fundamentarse en una ley formal previa, misma que no puede contrariar al citado artículo 5.

**LA LIBERTAD DE IMPRENTA.-** El artículo 7 Constitucional, dice: *“Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más*

*límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento de delito. Las leyes orgánicas dictarán cuantas disposiciones sean necesarias para evitar que so pretexto de las denuncias por delitos de prensa, sean encarcelados los expendedores, "papeleros", operarios y demás empleados del establecimiento de donde haya sido el escrito denunciado, a menos que se demuestre previamente la responsabilidad de aquéllos".*

Este artículo no ha sufrido reformas desde 1917, ha mantenido su texto original, no obstante que contiene uno de los derechos más preciados del hombre. La garantía de prensa o imprenta, en la práctica ha evolucionado de manera importante en nuestro país.

Su importancia radica en que por medio del ejercicio de la libertad de imprenta se divulga la cultura, se abren nuevos horizontes a la actividad intelectual en general; y, se critican los errores del gobierno con la pretensión de que se corrijan. Es una conquista característica de los regímenes democráticos, como el nuestro.

Los buenos gobiernos se preocupan por su preservación, consciente de la importancia que reviste para un régimen democrático; mientras que los malos gobernantes le temen y la agreden, tratan de evitarla, pretendiendo cambiarla por el periodismo servil e incondicional que le cubra los errores y actos de corrupción.

La libertad de prensa por su propia naturaleza tiene limitaciones, pues las requiere para que no degeneren en libertinaje y agresividad en contra de las instituciones y de las personas. Dichas limitaciones se contienen en el propio numeral 7 y consisten fundamentalmente en que en el desempeño de esa libertad de imprenta no se ataque la vida privada, la moral ni la paz

pública; en la práctica con frecuencia sucede que no se respeten tales limitaciones; es decir, que periodistas poco éticos atacan la vida privada, se difama y se calumnia; pero, se considera que es preferible que se caiga en el abuso de esa libertad, a que se restrinja.

En México, sobre todo en tiempos recientes, la libertad de imprenta es incuestionable; se desempeña con toda amplitud. Su ejercicio es ya tradición y en ocasiones se cae en el abuso de su libertad, como ya se ha señalado; hay que recordar que es una de las garantías por las que más se ha luchado; que durante los regímenes dictatoriales fue opacada y reprimida; pero, en la Constitución de 1917 se estableció y se consideró como uno de los mayores y más prestigiados e importantes triunfos que pudo alcanzar nuestro Pueblo.

Nuestra Ley Suprema en defensa de la libertad de pensamiento, instituyó la libertad de imprenta como una expresión o manifestación del pensamiento, por medios escritos, como son libros, periódicos, etcétera. El constituyente no tuvo la intención de tutelar el hecho de escribir, pues de haber sido así, sólo se hubiera referido como el derecho a la publicación; y no fue así, sino que lo que protege es la libertad del pensamiento y su exteriorización.

Esta libertad consiste en que toda persona, física o moral, tiene la facultad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia, sin que el Estado lo pueda censurar o castigar por ello; para lo cual se ha establecido que cuando se cometa un delito de prensa o imprenta, ésta no puede ser secuestrada como instrumento del delito.

El último párrafo dispone que en los casos de delitos de imprenta se evitara el encarcelamiento de los expendedores, "papeleros" y demás empleados de la empresa impresora, salvo que se acredite previamente su

responsabilidad; como puede verse, la Ley Fundamental brinda una especial protección a los empleados de imprentas; en su afán de preservar tan importante función.

Resulta importante señalar que en abril de 1917 antes de que entrara en vigor la Constitución vigente (1° de mayo de 1917), Venustiano Carranza elaboró una Ley de Imprenta, que es la que continúa vigente; razón por la que adolece de un grave error, el de haber sido puesta en vigor antes de la propia Constitución; es decir, antes de que estuvieran vigentes los artículos que reglamenta; y no obstante ello, sigue aplicándose en la actualidad.

Las limitaciones a la libertad de imprenta consisten en evitar que se ataque o se falte el respeto a la vida privada; sin que se precise en qué consiste la "vida privada". La Suprema Corte de Justicia de la Nación, mediante ejecutoria ha establecido que dicho concepto se refiere a las actividades del individuo, como particular, en contraposición a la vida pública, que comprende los actos del funcionario o empleado en el desempeño de su cargo.

La otra limitante a esta libertad es que puede coartarse cuando importe un ataque a la moral, misma que también resulta imprecisa, pues no existe un concepto de lo que es la moral.

Asimismo, se limita dicha libertad de imprenta en su desempeño, cuando con él se altere la paz pública, la cual resulta más sencilla de aplicar y entender; tomada ésta como sinónimo de tranquilidad; es decir que se altera cuando se provoca intranquilidad en la sociedad.

Para finalizar se pueden ejemplificar las limitantes de la siguiente manera: la rebelión, como el caso en que se atenta contra la paz pública;

ultrajes a la moral pública, como un atentado a la moral; y la difamación contra la vida privada.

**DERECHO DE PETICIÓN.-** El artículo 8 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dice: *“Los funcionarios y empleados público respetarán el ejercicio del derecho de petición, siempre que ésta se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República. A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario”*

Este derecho garantiza al ciudadano el recibir una respuesta por parte de la autoridad, a cualquier gestión que haya hecho ante la misma. Todas las gestiones que los particulares realicen frente a los órganos del Estado están protegidas por esta garantía individual. Se traduce esencialmente en una obligación positiva para la autoridad, que debe cumplirla.

Todo lo relacionado con los procesos de elecciones, formación y funcionamiento de partidos políticos y de organizaciones que influyan en la toma de decisiones del poder público; es decir, en materia política, este derecho se reserva a los ciudadanos mexicanos.

En el caso de extranjeros que formulen peticiones, a las que de acuerdo a las anteriores limitaciones, no tiene derecho por carecer de la ciudadanía, la autoridad no está obligada a responder y se expone a la expulsión a que se refiere el artículo 33 de la propia Carta Magna.

Esta garantía se protege, como todas, mediante el juicio de amparo, así puede obligarse a la autoridad a que dé respuesta a la petición formulada



por el particular. Se aplica a los tres niveles de gobierno, Municipal, Estatal y Federal.

En lo que se refiere al carácter pacífico de la petición, significa que no debe contener amenazas, ni injurias a la autoridad; y ésta está obligada a dar respuesta en "breve término", lo cual también ha sido polémico, ya que se ha hablado de cuatro meses, como tal, debido a un criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

**LIBERTAD DE REUNIÓN Y ASOCIACIÓN.-** El artículo 9 Constitucional, dice: *"No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito; pero solamente los ciudadanos de la República podrán hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país. Ninguna reunión armada tiene derecho a deliberar.*

*No se considerará ilegal, y no podrá ser disuelta una asamblea o reunión que tenga por objeto hacer una petición o presentar una protesta por algún acto a una autoridad, si no se profieren injurias contra ésta, ni se hiciere uso de violencias o amenazas para intimidarla u obligarla a resolver en el sentido que desee".*

Este artículo tampoco ha sufrido reformas desde 1917 y establece sustancialmente el derecho a la libertad de asociación y reunión. Consiste en el derecho humano de reunirse, asociarse o congregarse libremente con otras personas, de manera pacífica, con cualquier objeto, siempre que sea lícito y tenga como finalidad cualquier actividad que no contravenga la ley, ni las buenas costumbres.

Cabe aclarar la diferencia entre asociación y reunión. El asociarse representa formar una sociedad, que crea una entidad jurídica propia, con personalidad y substantividad jurídicas propias y distintas de las que

corresponden a cada uno de sus miembros individuales; persigue fines u objetivos permanentes y constantes. Por el contrario, el derecho de reunión es transitorio, su existencia se condiciona a la realización de un fin determinado y una vez que se logre dicho fin, la reunión deja de existir. Las consecuencias de cada uno de estos derechos son diferentes. La asociación es el fundamento de todas las personas morales, sean asociaciones o sociedades. La reunión no genera entidad jurídica alguna, debido a su carácter transitorio.

La manera de ejercitar ambas libertades, siempre será en forma pacífica, pues en el caso de que la asociación o reunión se verifiquen con violencia, no será protegido por el artículo constitucional que las consagra.

En ambos casos el fin que se persiga deberá ser lícito, que no contravengan normas de orden público, ni las buenas costumbres; en caso contrario, no será tutelada por el artículo constitucional que las contiene.

Todas las autoridades del país tienen la obligación de permitir y respetar este derecho de reunión y asociación pacíficas, sin más condiciones que las ya señaladas, es decir, que persigan un fin lícito y que no contravengan la ley ni las buenas costumbres; y, en el caso de que se exija algún permiso o licencia para efectuarlas, ello es notoriamente conculcatorio de la garantía individual contenida en el artículo 9 en comento, pues significa coartar el derecho público subjetivo que ahí se contiene; en razón de que la expedición de la licencia o permiso dependerá del criterio de la autoridad.

Cuando se presenta el caso de que una asociación o reunión, ya constituida, se torna violenta, que profiera injurias o amenazas a las autoridades, para intimidarlas u obligarlas a resolver algo en un sentido favorable a sus intereses; entonces, las autoridades tendrán la facultad de

disolverlas, acudiendo a la fuerza pública para lograrlo, máxime cuando se altere la paz pública.

Una limitante a esta garantía es en asuntos políticos del país, consiste en que únicamente los ciudadanos de la República podrán ejercerla, lo cual se considera justificado plenamente. Este tipo de asociaciones, de carácter político, sin que sean propiamente partidos políticos, tienden a integrar el gobierno nacional con individuos miembros de ellas, que sustentan una determinada ideología; por ende, de permitirse esta garantía a extranjeros, se correría el riesgo de poner en manos de ellos el gobierno de la República, con el consecuente menoscabo a la soberanía nacional y el riesgo de perder la independencia.

Otra limitación a su ejercicio, es la ya mencionada forma pacífica; pues se considera que una reunión o asociación de personas armadas, pondría en peligro la paz y la seguridad públicas.

Asimismo, a los ministros de cultos religiosos se les impide reunirse en forma pública o privada, con fines políticos, o de hacer críticas a las leyes fundamentales del país o a las autoridades en general, o a alguna en particular. Esta prohibición obedece a la experiencia que nuestro país ha tenido, a lo largo de su historia, en donde el clero aprovechó su influencia moral y organizó y financió levantamientos y asonadas militares en contra del gobierno.

Para concluir, vale precisar que el derecho de reunión y asociación, al igual que los demás derechos públicos subjetivos, se concede por igual a todos los seres humanos, excepto cuando la finalidad que se persiga sea de carácter político, entonces se reserva únicamente para los ciudadanos mexicanos.

**DERECHO A POSEER Y PORTAR ARMAS.-** El artículo 10 de la Constitución Federal, establece: *“Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la ley federal y de las reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional. La ley federal determinará los casos, condiciones, requisitos y lugares en que se podrá autorizar a los habitantes la portación de armas”.*

Esta garantía, en su esencia, tutela un derecho eminentemente de defensa y protección y la posesión o portación de las armas constituye un medio para lograrla.

El artículo contiene tres supuestos: Primero, de su texto se desprende la necesidad de los mexicanos de protegerse y defenderse de agresiones a su vida, integridad o posesiones; sin embargo, la seguridad de los individuos de nuestra sociedad, es una función de las instituciones gubernamentales de las más importantes; por lo cual, los individuos no tendrían por qué protegerse a sí mismos, puesto que esa protección forma parte de las atribuciones y obligaciones del gobierno, que debe brindar seguridad a sus habitantes.

El segundo supuesto se estriba de una limitante que consiste en que se reconoce al Estado como el único detentador legítimo del uso de la fuerza, de poseer armas, para el uso de las instituciones de seguridad pública, en busca de la seguridad interior y defensa exterior del país.

El tercer supuesto se refiere a que la ley determinará las condiciones bajo las cuales los particulares podrán contar con el derecho de poseer o

portar armas, en todos sus ámbitos como pueden ser los que practican el tiro, la charrería, cacería e inclusive los servidores públicos cuya función se relaciona con la seguridad pública y el orden.

El derecho a poseer armas subsiste debido a diferentes factores, como el hecho de que el gobierno no ha sabido combatir eficientemente a la delincuencia, ni brindar, en consecuencia, la seguridad que la sociedad reclama; además de que en algunos Estados se han implementados esquemas de cooperación entre gobierno y sociedad, a fin de lograr la seguridad pública, pues se autoriza a los ciudadanos a que en caso necesario supla la función de la autoridad, en su autodefensa.

En el reconocimiento de la autodefensa es en el que se sustenta el derecho a poseer armas, con la condición de control y vigilancia por parte del Estado, para evitar que se convierta en actos ilícitos y se propicien actividades delictivas y violentas

Finalmente, solo se invita a la reflexión del caso en que una persona tenga en su domicilio armas de valor histórico, que no sean útiles para su seguridad ni legítima defensa, entonces, esta hipótesis no encuadraría en el supuesto del artículo 10 Constitucional; ya que este dispone que la posesión de las armas sea para su seguridad y legítima defensa, lo cual en el caso que se plantea no acontece; no por ello, tal posesión debe quedar desprotegida por el precepto constitucional.

**LIBERTAD DE TRÁNSITO.-** El artículo 11 de la Constitución Política Federal, dice: *“Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de esta derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad*

*judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país”.*

La libertad de tránsito consiste en la facultad que tiene todo individuo de desplazarse por todo el territorio del país, sin necesidad de autorización o permiso previo de la autoridad, ni pasaporte, salvoconducto o cualquier otro requisito equivalente, así como la libertad para entrar y salir del país sin autorización o permiso previo. Asimismo, tiene aparejada la libertad de residencia, que se refiere a la libertad de establecer su domicilio o morada, permanente o transitoria, en cualquier parte del territorio nacional.

Estas libertades también están sujetas a límites, específicamente cuando el individuo tiene que responder a una responsabilidad de carácter penal o civil, así como de las condiciones que se establezcan en las leyes sobre migración o inmigración, salubridad y respecto de extranjeros perniciosos.

Las restricciones a esta libertad, son lo que legalmente se conoce como “providencias precautorias” “arraigo” “prisión preventiva” y otras. Estas persiguen como finalidad evitar que el individuo evada sus responsabilidades penales, producto de la comisión de algún delito, al igual que la pena de prisión.

La libertad de residencia también tiene las limitaciones que le imponen las leyes de asentamientos humanos y ordenación urbana, pues son libertades que no tienen un carácter absoluto. Asimismo existen las restricciones que imponen las autoridades de salud, en base a la tutela de la salubridad en general; podría ser el caso de que la autoridad sanitaria

imponga la práctica de un examen médico, o un período de desinfección, antes de trasladarse de una determinada zona del país donde se padezca alguna epidemia a otra donde aún no se presente ese problema de salud.

La libertad de tránsito, por lo general en todos los países se sujeta a la presentación de un pasaporte, como documento indispensable de identificación, y en algunos casos de la obtención de una visa, que consiste en la autorización para ingresar a un país por tiempo determinado.

Cobra especial relevancia, en este tema, las figuras como el asilo y la calidad de refugiados, mismas que requieren evidentemente del ejercicio de esta libertad para que puedan ejercerse. Asimismo, los movimientos migratorios de trabajadores, de un país a otro, que en ocasiones son contemplados en tratados.

**LIBERTAD DE CREENCIA.-** *Artículo 24. "Todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrade y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley.*

*El Congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohíban religión alguna.*

*Los actos religiosos de culto público se celebrarán ordinariamente en los templos. Los que extraordinariamente se celebren fuera de éstos se sujetarán a la ley reglamentaria".*

Este derecho se refiere sustancialmente a la libertad religiosa. El hombre desde sus orígenes ha buscado y tratado siempre de explicarse el origen de su propia vida y las causas que generaron el Universo. No se ha conformado con observar los fenómenos que a su alrededor acaecen, sino que ha tratado de buscar su explicación. En esa búsqueda incansable es que

apareció el fenómeno religioso y se atribuye todo lo creado a un Ser Supremo; como consecuencia, se considera que la vida humana no se agota en la vida terrenal. Por ello toda religión significa un cúmulo de creencias, todas en torno a un Dios en las monoteístas o varios en el caso de las politeístas.

La creencia en Dios viene a ser un factor determinante de la conducta humana. De ahí la importancia de la religión, o religiones, en la sociedad; pues constituye, un freno en la conducta, al mismo tiempo que una necesidad espiritual, representada por la fe y el temor a Dios.

La libertad de profesar cualquier religión constituye un derecho subjetivo público individual emanado de la garantía contenida en el transcrito artículo 24; consiste en que el Estado y sus autoridades tiene la obligación de respetar la ideología de los ciudadanos, cualquiera que ésta sea; por otra parte, también tienen la obligación de no imponer ninguna creencia o religión, ni cuestionarlo al respecto, tampoco entorpecer la práctica de su culto.

La profesión religiosa en lo subjetivo, como las ideas y principios que una persona tiene en su interior respecto a Dios, en sus manifestaciones, escapa del campo del Derecho; hasta en tanto se exterioricen en conductas reales, que ya constituye una actividad externa, entonces es cuando cae bajo el imperio del Derecho.

A esta libertad se imponen algunas limitaciones, una consistente en que la práctica de ceremonias religiosas son permitidas, siempre y cuando los actos que en ellas se realicen no sean constitutivos de delitos o faltas; como en los casos en que se ofrecían sacrificios humanos a los dioses. Otra limitante es dirigida al Congreso, que se le impide dictar leyes que establezcan o prohiban religión alguna. Finalmente, también se limita a que



los actos religiosos de culto público se celebren ordinariamente en los templos y los que extraordinariamente se celebren fuera de éstos, se deberán sujetar a la ley reglamentaria.

Las declaraciones, pactos y convenciones de Derechos Humanos en la comunidad internacional, han provocado un equilibrio en la separación del Estado y de las instituciones Eclesiásticas, así como el reconocimiento al ser humano de su derecho de libertad religiosa.

#### **4.7.- GARANTÍAS DE PROPIEDAD**

El artículo 27 de la Ley Fundamental, en lo que interesa establece: “La propiedad de las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponde originariamente a la Nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada. Las expropiaciones sólo podrán hacerse por causa de utilidad pública y mediante indemnización. La Nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público, así como el de regular, en beneficio social, el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación.... Corresponde a la Nación el dominio directo de todos los recursos naturales...Sólo los mexicanos por nacimiento o por naturalización y las sociedades mexicanas tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas”.

De acuerdo al anterior artículo, la propiedad de tierras y aguas básicamente se divide en tres formas, que son: Pública, Privada y Social. La Nación transmite el dominio de dichas tierras y aguas, para constituir la propiedad privada; o, ejidos y comunidades, mismos que constituyen la

segunda forma, es decir la propiedad Social; y, la propiedad Pública que corresponde a determinados bienes, cuya propiedad se reservó a la Nación y queda sometida a un régimen jurídico excepcional

El propósito del numeral en comento es otorgar certidumbre jurídica en el campo; así como brindar protección y fortalecer la vida del ejido y la comunidad, al mismo tiempo que se provoque una recapitalización del campo.

La propiedad es un derecho subjetivo que consiste en la forma o manera, de atribuirse un bien a un individuo, que engendra a su vez tres derechos fundamentales que son el uso, disfrute y disposición del bien. El uso es la facultad que tiene el propietario de utilizar el bien a su antojo. El disfrute consiste en hacer suyos los frutos, ejemplo: las rentas que derive el bien. La disposición se traduce en la facultad que tiene el propietario para realizar con el bien, cualquier acto de dominio, como puede ser su venta, donación o imponerle gravámenes; ésta disponibilidad es la que diferencia la propiedad de otros derechos.

El derecho de propiedad tiene limitantes, pues el Estado por conducto de las autoridades correspondientes, tiene la facultad de ocupar, limitar y aún destruir una cosa, en aras del interés colectivo, o para prevenir o remediar algún mal o calamidad pública, o ejecutar obras de evidente beneficio colectivo. También puede imponer la expropiación del bien, siempre y cuando sea por causa de utilidad pública y previa indemnización, como lo marca la ley. Otra limitante pueden ser las servidumbres, que son gravámenes que se imponen a la propiedad, por mandato legal.

#### **4.8.- GARANTÍAS DE SEGURIDAD JURÍDICA.**

Surgen a raíz de la relación entre Estado y gobernado y la necesidad de que éste pueda defenderse de posibles afectaciones. Se puede definir a estas garantías, como el conjunto de derechos subjetivos públicos individuales que tiene el ciudadano para exigir al Estado y sus autoridades, cuando éstas afecten sus derechos como son la vida, libertad, propiedad y otros derechos.

Todo acto de autoridad para que revista validez, deberá sujetarse a una serie de requisitos y condiciones, que prevén las leyes aplicables al caso; mismos que constituyen, precisamente, las garantías de seguridad jurídica.

El artículo 14 de la Constitución Federal, establece: "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aun por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata.

En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho".

Las disposiciones de este numeral son esencialmente: Prohíbe la aplicación retroactiva de la ley, cuando ello cause perjuicio; y, establece la garantía de audiencia y la estricta aplicación de la ley en materia penal.

La aplicación de la ley en forma retroactiva sucede cuando a virtud de que entre en vigencia un nuevo ordenamiento legal y su aplicación afecte situaciones o derechos favorables al reo y que habían sido establecidos con motivo de la aplicación de disposiciones legales anteriores. Por obvia razón, cuando la aplicación de esa nueva ley, sea favorable para el reo, sí deberá aplicarse.

Cabe resaltar que de acuerdo a la jurisprudencia existen dos excepciones a esta prohibición, a saber: cuando se trata de disposiciones constitucionales, en forma ilimitada; y, en las de naturaleza procesal, siempre que no se menoscaben derechos adquiridos o etapas del procedimiento que se han consumado por la preclusión.

La garantía de audiencia tutela el derecho a la vida, a la libertad, propiedad, posesiones y derechos. Asimismo, tutela los elementos del derecho constitucional de audiencia, que comprende el de juicio, de tribunales previamente establecidos y las formalidades del procedimiento; pues todo ello debe estar regulado por las leyes vigentes con anterioridad al hecho.

Respecto al derecho de audiencia, existen excepciones, en las que la audiencia no tiene que ser previa a la afectación; una es la expropiación por causas de utilidad pública, como lo establece el artículo 27 Constitucional; y, el otro caso es la fijación de las tasas impositivas, así como el ejercicio de la facultad económico coactiva, ya que en estos casos se puede acudir, con posterioridad, a la impugnación administrativa y judicial, así como al juicio de amparo.

Se exige el principio de previa audiencia, sólo cuando realmente sea indispensable la intervención del afectado, debido a que éste pueda aportar pruebas o allegar información que será determinante para tomar la decisión correspondiente.

Aquí conviene resaltar que este derecho a la defensa, aunque es reconocido legalmente, en la práctica aún se realizan maquinaciones por parte de algunos servidores públicos carentes de ética profesional, que tratan de hacer nulo ese derecho a los indiciados y en ocasiones lo logran; sin embargo, a través de reformas y adecuaciones a las leyes se logrará que tenga verdadera vigencia, no sólo dentro de nuestro marco legal; sino también en la práctica profesional cotidiana, que, finalmente, es donde interesa que se respete y verdaderamente cobre aplicación, de tal suerte que se elimine esa incertidumbre tan característica de la etapa de averiguación previa. Y, precisamente, la propuesta de este trabajo tiene que ver con la búsqueda de hacer realmente efectiva la defensa durante dicha etapa.

Los tribunales previamente establecidos, se refiere no solamente a los judiciales, sino en general a todos los que tengan facultades para decidir controversias, como el caso de autoridades administrativas y agrarias; éstos deben estar establecidos por leyes vigentes con anterioridad a los hechos que se cuestionan.

Las formalidades esenciales del procedimiento o debido proceso, se refiere a cumplir con los supuestos y formalidades que le permitan al gobernado hacer uso de su derecho de defensa y la posibilidad de ofrecer y desahogar pruebas, o interponer medios de impugnación. La violación a esta formalidad es causa de la concesión del amparo. Este derecho de audiencia se impone tanto al legislador como a las autoridades administrativas; puesto que los órganos legislativos están obligados a expedir leyes que sus

procedimientos permitan la defensa de los particulares, por lo que en el supuesto de que no se proporcione esa oportunidad de defensa, entonces la ley será inconstitucional. La autoridad administrativa está obligada a proporcionar la oportunidad de defensa a los afectados, aún cuando la ley del acto no lo establezca.

El tercer párrafo del artículo 14 Constitucional prohíbe imponer pena que no esté establecida exactamente en la ley penal y sea estrictamente aplicable al delito de que se trate; es decir, que en materia penal se habla de una exacta aplicación de la ley, nunca por simple analogía o por mayoría de razón y que, para que una conducta (acción u omisión) sea constitutiva de delito, se requiere que exista una disposición legal que establezca una pena para su autor; en caso contrario, esa conducta no puede tener el carácter de delito y tampoco puede ser penalmente sancionada.

El artículo 15 de la Constitución Federal, señala: “No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano”.

Esta garantía, en la actualidad reviste una gran importancia, como resultado del desarrollo de las relaciones internacionales, que producen un gran número de tratados entre los países de todo el mundo y abarcan casi todos los temas y materias. En virtud de lo anterior, las normas de observancia obligatoria en México, ya no son únicamente las expedidas por los órganos legislativos, sino que hay que agregar los tratados internacionales que ha celebrado el presidente de la República, que el

Senado ha aprobado, y que en consecuencia adquieren el carácter obligatorio.

Los tratados internacionales son acuerdos de voluntades entre países, en que se establecen derechos y obligaciones recíprocos entre quienes los suscriben e incorporan a su propio sistema jurídico.

Otro instrumento internacional resulta de las declaraciones, que también son acuerdos de voluntades, como ejemplo la de derechos humanos, que contiene un valor ético y político de mucha relevancia, pero que no establece obligaciones ni facultades en sentido estricto.

La firme convicción de llevar adelante la lucha internacional contra la delincuencia ha provocado múltiples convenciones de tratados de alcances bilateral y multilateral; sobre todo en materia de delitos contra la salud, piratería, tráfico de órganos y otros; lo cual genera diferentes instrumentos que coadyuvan a la persecución y sanción de los delincuentes, a través de la asistencia mutua, por ejemplo con actuaciones judiciales y especialmente con los juicios de extradición. Igualmente sucede con los pactos de asilo diplomático y territorial. Todo lo anterior cae en el campo del derecho penal internacional.

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

*No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que 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.*

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

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

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

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

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

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



*“Las comunicaciones privadas son inviolables. La Ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacía de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos a la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las **comunicaciones del detenido con su defensor.**”*

*“Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.*

*“La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos.*

*La correspondencia que bajo cubierta circule por las estafetas, estará libre de todo registro, y su violación será penada por la ley.*

*“En tiempo de paz ningún miembro del Ejército podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamiento, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezca la ley marcial correspondiente”.*

La primera parte de este artículo reglamenta la garantía de legalidad de los actos de autoridad y la segunda regula los requisitos que se deben

cubrir para dictar órdenes de aprehensión, de cateo, de detención y la visita domiciliaria.

Su texto requiere de un estudio concienzudo para su análisis e interpretación correcta, debido a su importante contenido, pues asegura la legalidad de los actos de autoridad (párrafo primero); protege la libertad individual (párrafos del primero al octavo); la inviolabilidad del domicilio (párrafos primero, octavo, undécimo y décimo tercero); y, finalmente, las comunicaciones privadas (párrafos noveno, décimo y duodécimo).

La legalidad de los actos de autoridad, se estableció por el legislador con la finalidad de brindar protección al ciudadano frente a los atropellos y actos arbitrarios de cualquier autoridad, que puedan afectar su libertad, familia, domicilio o derechos; protección que cae en el ámbito del Derecho Penal y reviste gran importancia para todo mexicano, puesto que garantiza su seguridad personal, su libertad y regula y condiciona a un mandamiento escrito de la autoridad competente, en que funde y motive la causa legal para que se ejecuten actos de molestia, tanto a la persona, como familia, domicilio, posesiones y papeles.

Al respecto la Suprema corte de Justicia de la Nación ha interpretado el primer párrafo de este numeral, señalando que "... las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permite ... del sistema constitucional que nos rige, ninguna autoridad puede dictar disposición alguna que no encuentre apoyo en un precepto de la ley ... el requisito de fundamentación y motivación exigido por el artículo 16 constitucional ... implica una obligación para las autoridades, de cualquier categoría que éstas sean, de actuar siempre con apego a las leyes y a la propia Constitución ... dentro de nuestro régimen constitucional, las autoridades no tienen más facultades que las que

expresamente les atribuye la ley ... los actos de autoridades administrativas que no estén autorizados por ley alguna, importan violación de garantías...”

En el primer párrafo de este numeral se contiene el principio de legalidad de todo acto de autoridad que afecte o infrinja alguna molestia a los particulares, sin privarlos de sus derechos; constituye una de las bases más importantes del Estado de Derecho, puesto que protege al ciudadano de cualquier “acto de molestia” por parte de las autoridades.

En síntesis: todo acto de autoridad que implique una molestia, perturbación o afectación a cualquiera de los bienes jurídicos tutelados en dicho precepto, deberá ser *por escrito, contener firma original o autógrafa, dictado por autoridad competente y debidamente fundado y motivado (garantía de legalidad)*.

ARTICULO 17 CONSTITUCIONAL.- *“Ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho.*

*“Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.*

*“Las leyes federales y locales establecerán los medios necesarios para que se garantice la independencia de los tribunales y la plena ejecución de sus resoluciones.*

*“Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil”.*

En general contiene el derecho al acceso a los tribunales y a la administración de justicia, a la vez que contiene la prohibición hacerse

justicia por propia mano y elimina toda remembranza e idea de la venganza privada.

La justicia además debe ser gratuita, nuestra Constitución prohíbe las costas judiciales, es decir, los pagos que habría que hacer para obtener el servicio de los tribunales; sin embargo, a pesar de ello existen otros conceptos de gastos para que el ciudadano común tenga acceso a la justicia, como son la expedición de fotocopias, preparación de las pruebas, pago de honorarios a peritos y los honorarios a los abogados, aunque en este último concepto, se tiene la opción de la defensa pública en materia federal y de oficio en el fuero común.

Dispone también la independencia de los tribunales, que significa que éstos se encuentren sujetos únicamente a la Constitución y a las leyes, que ningún otro órgano o funcionario del Estado y menos aún particulares, puedan influir en el sentido de sus resoluciones. Asimismo, la imparcialidad de los jueces.

Finalmente, contiene la prohibición de la prisión por deudas de carácter puramente civil, lo que significa que no podrá aplicarse una pena de prisión por el incumplimiento de una deuda civil.

**ARTICULO 18 CONSTITUCIONAL.-** *“Sólo por delito que merezca penal corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.*

*“Los Gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación*

*social del delincuente. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.*

*“Los Gobernadores de los Estados, sujetándose a lo que establezcan las leyes locales respectivas, podrán celebrar con la Federación convenios de carácter general, para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan sus condenas en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal.*

*“La Federación y los Gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores.*

*“Los reos de nacionalidad mexicana que se encuentren compurgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de readaptación social previstos en este artículo, y los reos de nacionalidad extranjera sentenciados por delitos del orden federal en toda la República, o del fuero común en el Distrito Federal, podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los Tratados Internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. Los gobernadores de los Estados podrán solicitar al Ejecutivo Federal, con apoyo en las leyes locales respectivas, la inclusión de reos del orden común en dichos Tratados. El traslado de los reos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso.*

*“Los sentenciados, en los casos y condiciones que establezca la ley, podrán compurgar sus penas en los centros penitenciarios más cercanos a su domicilio, a fin de propiciar su reintegración a la comunidad como forma de readaptación social”.*

Su texto se refiere, como puede apreciarse, a disposiciones y prevenciones relativas al régimen penal mexicano. Su finalidad son las penas y los medios para alcanzarlas; alude a la prisión preventiva, a la punitiva, y, a la ejecución de las sentencias condenatorias, tanto en el ámbito nacional como casos de ejecución extraterritorial.

En el orden penal, no ha sido fácil reconocer derechos -y hacerlos efectivos- a los delincuentes, a quienes socialmente se les ve como adversarios peligrosos. Se estatuye la organización del sistema penal mexicano, sus medios y propósitos, con el fin de alcanzar la readaptación social del delincuente, mediante el trabajo, su capacitación y educación.

ARTICULO 19 CONSTITUCIONAL *“Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del indiciado.*

*“Este plazo podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o de la solicitud de prórroga, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.*

*“Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.*

*“Todo mal tratamiento que en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal; toda gabela o contribución en las*

*cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades”.*

Prevé lo relativo al auto de formal prisión o sujeción a proceso, como actos procesales o situaciones jurídicas y aspectos relativos a la reclusión, tanto preventiva como punitiva.

El Estado al ejercer su función punitiva, pone en riesgo los valores fundamentales del ser humano, como son la vida, la libertad, el honor y el patrimonio. Las garantías penales son el arma más poderosa que busca el equilibrio –tan difícil- entre el Estado y el acusado. Por lo que en prevención de una injusticia se establecen dichas garantías.

La primera parte del artículo 19 Constitucional prevé normas y medidas cautelares relativas el debido proceso legal, depositado en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso, en su caso. La segunda parte se refiere al cumplimiento de la ley en los reclusorios.

Asimismo, este numeral aborda la necesidad y oportunidad de resolver la situación jurídica del indiciado, ya sea dictando el auto de formal prisión, o en su caso, auto de libertad; los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal que deberán estar acreditados para dictar el auto de formal prisión; los requisitos de forma; asimismo, de la responsabilidad que les resulta a los funcionarios públicas, en el caso de que infrinjan tales disposiciones; de la liberación del detenido, cuando su detención no se encuentre justificada con un auto de formal prisión, dentro del plazo de las cuarenta y ocho horas, al cual se le agregan tres horas más, después de transcurrido dicho plazo; y entonces, si no se tiene el auto de formal prisión, el detenido deberá ponerse en libertad, pues no se justifica

legalmente su detención y finalmente las consecuencias del auto de formal prisión y el de sujeción a proceso.

La primera parte, que señala "ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión...", se complementa con lo siguiente: "La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de formal prisión o de la solicitud de su prórroga, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad".

Esta disposición, precisa con suficiente claridad, la protección que nuestra Carta Magna brinda a la libertad personal del hombre, en este caso del indiciado, al grado, de que ordena su libertad, en el caso de que la detención no se justifique con un auto de formal prisión, sin importar si se trata de un probable responsable, o de un delito grave, etcétera.

La ampliación del término constitucional, hasta por otras setenta y dos horas es un derecho exclusivo del indiciado o su defensor, el Ministerio Público no puede solicitar esa ampliación, ni por voluntad del Juez, sino que depende de las necesidades de la defensa del inculcado.

El aludido auto de formal prisión deberá contener requisitos de fondo, como son la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal del acusado. De forma, como son constar por escrito, proceder de una autoridad judicial competente, expresar el delito que se impute al inculcado, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, datos que



arroje la averiguación previa; y, contener fundamentación y motivación; es decir, señalar los preceptos legales en que se sustenta y los razonamientos y hechos en que se apoye la resolución.

Se puede concluir señalando que el auto de formal prisión constituye una importante y trascendente garantía para la libertad y la seguridad jurídica de los ciudadanos. Por lo cual es indispensable que los jueces observen cuidadosamente todos y cada uno de los requisitos y las normas constitucionales correspondientes; pues de no hacerlo, incurren en responsabilidad, misma que se exige a través de un juicio penal y se sanciona con severidad. La base de esta responsabilidad apareció en la propia Constitución, bajo el texto anterior a 1993. No es frecuente que ello suceda; en efecto, es punible la infracción a los derechos públicos subjetivos recogidos en el capítulo I del título I de la ley fundamental, pero no lo es, en cambio, que esta misma aluda a la punición respectiva.

Otra garantía de vital importancia lo es el que “todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso”, ello confiere gran seguridad a la situación del indiciado, a la vez que asegura su defensa, dándole certidumbre; o sea, que al resolverse la situación jurídica, se fija estrictamente el tema del proceso, se tiene la certeza de qué delito se le imputa, sobre el cual se seguirá el proceso y en su caso, se le sentenciará; lo que significa que la defensa sabrá qué atacar, qué pruebas de descargo ofrecer; de lo contrario, se caería en la incertidumbre jurídica, materia de la presente investigación.

Finalmente, cabe precisar que el auto de formal prisión, además de fijar el tema del proceso, abre la vía procesal correspondiente, es decir la vía ordinaria o sumaria, según se elija; se justifica la prisión preventiva del indiciado; permite que el juez se allegue los informes sobre anteriores

ingresos del inculpado a prisión; que se identifique al sujeto a través de los métodos criminalísticos acostumbrados y ocasiona que se inicie el cómputo de los plazos a que se refiere el artículo 20 Constitucional.

Pero qué ocurre cuando se dicta en su lugar un auto de libertad? Que puede ser absoluta o por falta de elementos para procesar; en el primer caso tiene los efectos de una sentencia absolutoria, que significa que nunca más se le podrá volver a enjuiciar por los mismos hechos; en el segundo supuesto implica que tiene un carácter provisional, ya que el Ministerio Público podrá aportar nuevas y mejores pruebas, tendientes a que se dicte el auto de formal prisión.

El numeral en estudio también prevé el buen trato en prisión y señala que los abusos como maltrato, molestias, gabelas y contribuciones que se impongan en las prisiones, “son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades”. Se considera que la privación de la libertad, impuesta como sanción legal no debe incluir castigos o sufrimientos y tampoco justifica que se vulneren otros bienes del inculpado o sentenciado, como serían su integridad física y su derecho patrimonial.

**ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL.-** *“1. Inmediatamente que los solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado 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 inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias del delito cometido, un riesgo para el ofendido o la sociedad.*

*“El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad del cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo; los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.*

*“La ley determinará los casos graves en los cuales el juez podrá revocar la libertad provisional.*

*“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.*

*“III Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria.*

*“IV Cuando así lo solicite, será careado, en presencia del juez, con quien deponga en su contra, salvo lo dispuesto en la fracción V del apartado B de este artículo.*

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

*“VI Será juzgado en audiencia pública por un juez o jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que éste pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos*

*por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la nación.*

*“VII Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso.*

*“ VIII 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.*

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

*“X En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.*

*“Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso.*

*“En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.*

*“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.*

*“B. De la víctima o del ofendido.*

*“I Recibir asesoría jurídica; ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución y cuando lo solicite, ser informado del desarrollo del procedimiento penal.*

*"II Coadyuvar con el Ministerio Público; a que se le reciban todos los datos o elementos de prueba con los que cuente, tanto en la averiguación previa como en el proceso, y a que se desahoguen las diligencias correspondientes.*

*"Cuando el Ministerio Público considere que no es necesario el desahogo de la diligencia, deberá fundar y motivar su negativa.*

*"III Recibir, desde la comisión del delito, atención médica y psicológica de urgencia.*

*"IV Que se le repare el daño. En los casos en que sea procedente, el Ministerio Público estará obligado a solicitar la reparación del daño y el juzgador no podrá absolver al sentenciado de dicha reparación si ha emitido una sentencia condenatoria.*

*"La ley fijará procedimientos ágiles para ejecutar las sentencias en materia de reparación del daño.*

*"V Cuando la víctima o el ofendido sean menores de edad, no estarán obligados a carearse con el inculpado cuando se trate de los delitos de violación o secuestro. En estos casos, se llevarán a cabo declaraciones en las condiciones que establezca la ley, y*

*"VI Solicitar las medidas y providencias que prevea la ley para su seguridad y auxilio".*

El apartado A de este numeral se refiere a las garantías del inculpado dentro del proceso penal, mientras que el B a las garantías de la víctima o el ofendido.

En general este artículo 20, es el marco normativo de la prueba en el proceso penal. Contiene una serie de garantías de suma importancia para el indiciado o procesado, que le brindan certidumbre jurídica en su calidad de probable responsable de la comisión de un delito.

En principio, se hablará de la libertad provisional bajo caución, garantía prevista en la fracción I del numeral, este beneficio ha sido motivo de constante preocupación por parte del legislador, y se ha puesto de manifiesto el interés de encontrar fórmulas satisfactorias para equilibrar este derecho, vital para el inculpado, sin descuidar los derechos del ofendido o víctima del delito y de la sociedad; en ese tenor han habido un buen número de reformas en torno a la libertad provisional; entre los años de 1917 y 1996 han estado vigentes cinco textos distintos que se han referido a la libertad provisional bajo caución y las más recientes, del cinco de abril de dos mil uno, relativas a los derechos de la víctima o del ofendido.

Asimismo, algunas de las garantías contenidas en el artículo 20 en comento, antes de las reformas de 1996, eran aplicables únicamente al proceso penal y no durante la averiguación previa, ya que del texto del numeral, así se indicaba. Sin embargo, en esa constante lucha por adecuar la ley a la mejor administración y procuración de justicia; y, a la evolución de la sociedad; es que, los derechos del acusado dentro del proceso penal, se hicieron extensivos al individuo sometido a una averiguación previa, como una anticipación a esas garantías; fue así como se llevó a cabo la reforma de la fracción I, cuyo texto es el actual y que ordena que “inmediatamente que lo solicite...” se le conceda el beneficio de la libertad provisional bajo caución y la fracción IX, que señala “...tendrá derecho a una defensa adecuada... Si no quiere o no puede nombrar defensor... le designará un defensor de oficio...”; protegiendo así, los derechos del hombre y restringiendo el poder del Estado.

Señala también que el acusado “no podrá ser obligado a declarar”, prohíbe y sanciona la tortura y la intimidación, prácticas que por tantos años se utilizaron para arrancar la confesión del indiciado.

Aquí conviene recordar que conforme al Estado de Derecho los individuos en general tienen una amplísima libertad, sólo limitada por el derecho de los demás individuos; mientras que el Estado sólo tiene las atribuciones que la ley expresamente le confiera; por lo que, la regla general es la libertad del hombre y la restricción del poder público.

En la Constitución Federal se han ido incorporando cada vez más amplios derechos a favor del individuo; asimismo, la legislación secundaria también ha ido enriqueciendo el catálogo de derechos y libertades del individuo frente al Estado y sus autoridades; en todos los ámbitos, y en especial en la materia penal, tanto en de procuración como en administración de justicia.

Las garantías penales vienen a constituir el necesario equilibrio en la relación jurídica entre el hombre y el Estado.

En la materia penal federal que es el tema que nos ocupa e interesa, con motivo de una conducta ilícita, se genera un conflicto de intereses jurídicos, desde luego con pretensiones contrarias y por lo tanto incompatibles; por lo regular, imposibles de conciliar; lo que ocasiona la necesidad de la intervención del Estado para resolver esa controversia, en ejercicio de su atribución jurisdiccional; o sea, decir el derecho en un caso concreto.

Las partes en conflicto son: el sujeto pasivo del delito, representado por el Ministerio Público de la Federación y el sujeto activo del mismo, es decir el indiciado; esto durante la etapa de averiguación previa; y, durante el proceso penal son el inculcado o procesado, el Ministerio Público de la Federación como parte, y el Juzgador, quien finalmente juega el papel más importante, pues será quien, una vez que se hayan aportado todas las

pruebas para llegar a la verdad histórica, dictará la resolución que corresponda.

Hasta antes de 1996 las garantías contenidas en el artículo 20 Constitucional no abarcaban la etapa procedimental de averiguación previa, sino que se limitaban al proceso penal, donde ya el individuo tiene el carácter de acusado, lo cual no acontece durante la etapa indagatoria que se desarrolla ante el Ministerio Público.

Ahora bien, sin duda, el derecho a obtener la libertad provisional bajo caución y la intervención del defensor, con el derecho a ofrecer pruebas, durante la averiguación previa, vienen a ser lo más trascendente de las reformas a este numeral; sin embargo, como se verá, algunos aspectos importantes de esos derechos, carecen de efectividad en la práctica.

Esto es, en el campo de la factibilidad procedimental, cuando el indiciado está detenido, a disposición del Ministerio Público Federal, no se respeta el vocablo “inmediatamente” que señala la fracción I del numeral en comento, para efectos de concederle el beneficio de la libertad provisional bajo caución, y hacen nugatorio dicho derecho; en primer lugar, debido a la ausencia de término para tomarle la declaración ministerial al indiciado, ya que es frecuente que se le tome dicha declaración, unas horas antes de vencerse el término de las cuarenta y ocho horas que se concede a la autoridad ministerial para integrar la indagatoria y resolver sobre el ejercicio de la acción penal; lo cual, hace prácticamente nugatorio ese derecho, pues en esas condiciones, no se le da la oportunidad de exhibir la garantía que para el efecto se le fije.

Así pues, la garantía a favor del indiciado de ser puesto en libertad caucional, inmediatamente que lo solicite, no puede quedar supeditada al



criterio y al capricho de la autoridad ministerial; sino sólo a la exigencia que la propia fracción I establece: “inmediatamente que lo solicite” y para que esté en condiciones de solicitarlo, él o su defensor, se requiere, precisamente que el Ministerio Público le tome declaración con prontitud para que tenga la oportunidad de hacer la petición correspondiente.

La libertad, en su concepto general y en particular también la libertad caucional, ha sido considerada de una gran importancia, no sólo desde el punto de vista jurídico, sino también del social y el familiar; por esa razón, fue que se elevó al rango de garantía individual. El espíritu del legislador fue que la libertad del inculcado se respete al máximo; sobre todo cuando incluye la palabra “inmediatamente” y hace extensiva la citada garantía a la etapa de averiguación previa.

Asentado lo anterior, es necesario buscar los caminos legales que, sin excusas, ni pretextos de ningún tipo, permitan que ese beneficio sea respetado.

Por otra parte la fracción IX señala que “... tendrá derecho a una defensa adecuada...”, que se relaciona con la fracción V y VII del mismo, que establecen que: “se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca...” y “...le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa...”. La oportunidad de tener una defensa adecuada en la etapa de averiguación previa, de ofrecer todo tipo de pruebas, es, sin duda, con la intención de conocer la verdad histórica, y entre más rápido, mejor. Rigurosamente, el procedimiento es un esfuerzo probatorio, donde ambas partes intentan probar su verdad; el Ministerio Público trata de acreditar el delito, o cuerpo de delito, y quién es el probable responsable de su comisión; mientras que el inculcado y su defensor tratarán de probar su inocencia; es importante que

ambos tengan la misma oportunidad de hacerlo, es decir, que sea equitativo el derecho a probar su pretensión.

Para quienes su ocupación se relacione con la procuración o administración de justicia en materia federal, no será extraño escuchar que de las personas que se detienen o se les imputa la comisión de algún ilícito, no siempre son, los que propiamente se pueden llamar "delincuentes", sino en muchas ocasiones, son, simplemente, personas que cometen un "delito" como el talar unos árboles, siendo que muchas veces lo habían hecho sin problema, y de pronto, esa conducta se convierte en un delito; o bien, el que trae consigo dos o tres kilogramos de algún producto marino declarado en veda, que lo pesca para alimentar a su familia e igualmente es detenido; en ambos casos por los llamados delitos Contra la Biodiversidad; o el caso de indígenas y ancianos que los detienen por portar un arma de fuego, sin importar el calibre, sin considerar que en su cultura lo consideran como algo indispensable, para su defensa personal y de sus cosechas, debido a que en su medio ambiente se encuentran con animales salvajes y tienen necesidad de defenderse de ellos; entre otros muchos ejemplos que se podrían citar y que son equivalentes; lo cual demuestra que no siempre se está frente a delincuentes propiamente dicho; sino que muy frecuentemente, se trata de personas normales, que no representan peligrosidad para la sociedad; y por tanto, no hay motivo para tratarlos con la severidad que corresponde a un verdadero delincuente.

Aquí surge una interrogante: ¿Por qué es tan importante el hacer efectivo el derecho a una defensa adecuada para el indiciado? Por muchas y variadas razones: primero, por elemental sentido de justicia y equidad, como se comenta en líneas anteriores; luego, por economía procesal, no hay necesidad de que todos los asuntos se consignen, cuando legalmente se pueden evitar todos los gastos que para el Estado representa la impartición

de la justicia federal; pero, principalmente por hacer que se respeten todas las garantías que están contenidas en nuestra Carta Magna, no es posible que se permita que autoridades sin ética y a su antojo, hagan nugatorios derechos tan importantes y trascendentes para los ciudadanos, como son la libertad provisional y el acceso a una defensa adecuada a que se ha hecho referencia.

Son incuestionables los avances que en el tema se han logrado, basta recordar el cambio de criterio en relación a la confesión, antiguamente llamada "la reina de las pruebas", o sea, la más eficaz para probar la verdad, a la que recientemente se concede un valor de "mero indicio", que debe estar apoyado por otros elementos de convicción para que merezca valor probatorio pleno. Con ello se ahuyentó la tortura, no es que haya desaparecido, pero sí disminuyó en forma importante y que se han buscado nuevos caminos para la investigación; todo lo cual es prueba y producto de la búsqueda constante para mejorar y perfeccionar nuestro sistema jurídico.

En relación con la "defensa adecuada" es importante advertir, que en la práctica, al igual que la libertad provisional, con mucha frecuencia se impide durante la etapa de averiguación previa; no obstante que, la fracción IX del numeral en comento, (reformada en 1993), refiere "... desde el inicio de su proceso (a ser) informado de los derechos que en su favor contiene esta Constitución...". Es evidente que lo que se pretende con su reforma, es dar acceso y facilitar al inculpado su defensa.

El derecho a una "defensa adecuada" significa que ésta será no cualquier defensa, sino una que pueda ser calificada y considerarse "adecuada"; es decir, que debe ser patrocinada por abogado; y, en el caso de que el inculpado se abstenga de nombrar defensor, o designe como tal, o como persona de su confianza a alguien que no sea perito en Derecho;

entonces, la autoridad estará obligada a designarle a un defensor público o de oficio, quien sí será abogado; y, asegurarse así que la defensa sea adecuada.

Es tal la importancia que nuestra legislación le da al derecho de defensa que cuando no se le designa defensor, la declaración no tiene ningún valor y en general el procedimiento estará viciado de nulidad; la fracción IX del artículo 20, contempla dos hipótesis, cuando el reo no tiene con defensor particular y cuando se rehúsa a designarlo; por ello dice: "Si (el inculpado) no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio".

Lo anterior, conduce a una institución pública indispensable, que viene a ser el Instituto Federal de Defensoría Pública (en materia federal) y desde luego su equivalente en el fueron común.

Otro punto relevante de la defensa es el momento en que el defensor inicia su intervención, al respecto la referida fracción IX señala: "desde el inicio del proceso" y a su vez el penúltimo párrafo del mismo artículo 20 (reformado en 1993) agregó que el indiciado, durante la averiguación previa, también tendrá las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX y que lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna, o sea, que bajo ninguna circunstancia podrá ser obligado a declarar y queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura; y, finalmente, que 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.

Con las reformas al artículo 20 en comento, se ha establecido que el indiciado puede designar defensor desde el momento en que sea detenido y

en tal caso el defensor asumirá inmediatamente su función y actuará durante la averiguación previa, ofreciendo todo tipo de pruebas de las permitidas por la ley; con ello mejoró considerablemente la situación del inculpado y se benefició en forma notable el sistema de procuración de justicia; especialmente por la oportunidad que se le otorga de alcanzar su libertad provisional bajo caución y de defenderse durante esta etapa procedimental, que es la más importante, debido al valor que la ley le da a las primeras declaraciones y actuaciones, por su proximidad al evento delictivo y la falta de reflexión y aleccionamiento profesional.

La fracción VIII establece los plazos para que dicte la sentencia que corresponda, si se trata de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, será juzgado antes de cuatro meses y antes de un año si la pena máxima excediere de ese plazo, salvo que solicite un plazo mayor para su defensa. En este caso los plazos para la conclusión de los procesos penales son una garantía constitucional y su duración excesiva se considera que atenta contra la debida impartición de justicia. El plazo se inicia a contar a partir del auto de formal prisión y fenece con el dictado de la sentencia de primera instancia; sin embargo en ocasiones, antes de llegar a la sentencia se acude a la apelación (segunda instancia) y al juicio de Amparo, los cuales quedarán fuera del plazo previsto en la fracción VIII del artículo en comento.

Asimismo, cuando el indiciado o su defensor estimen que necesitan más tiempo que el señalado, para ofrecer pruebas y ejercer plenamente la defensa, para ello la fracción V del mismo numeral señala que se le recibirán al acusado todas las pruebas que ofrezca "concediéndole el tiempo que la ley estime necesario al efecto". Puede llegar el momento en que entren en conflicto las garantías de defensa y la de plazo para la conclusión del proceso; pero, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya se ha pronunciado al respecto y considera que deberá prevalecer la garantía de

defensa, por tener superior jerarquía. Es lógico y natural que interese más al inculpado que se le permita la aportación de pruebas para acreditar su inocencia, que la conclusión puntual del juicio.

Finalmente, el apartado B del artículo 20 de la Carta Magna se refiere a las garantías de la víctima o el ofendido en todo proceso penal. Estos derechos y garantías que se han establecido en su favor, han sido para mejorar su situación jurídica y sacarlo del abandono y el olvido en que había estado dentro del proceso penal; ahora tiene los mecanismos jurídicos para asegurar su participación en el procedimiento y obtener la satisfacción de daños y perjuicios que le haya causado el delito.

Sin embargo, no se considera que los derechos y garantías de la víctima tengan importancia para el tema de este trabajo; razón por la cual no se tratará dicho apartado, ya que el enfoque tanto del planteamiento como de la propuesta difiere de ese tema y hasta se puede considerar contrario en su esencia, pues aquí lo que interesa son los derechos y garantías del indiciado, "contraparte" del ofendido o de la víctima.

Cabe señalar que no obstante que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos fue reformada el dieciocho de Junio del dos mil ocho en sus artículos 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 73, 115 y 123; el texto anterior de los mismos continúa vigente; lo anterior en razón de que las reformas entrarán en vigor con el Sistema Penal Acusatorio, el que a su vez requiere de diversas reformas a las leyes secundarias relativas; para lo cual se ha establecido un plazo máximo de ocho años contados a partir del día siguiente de la publicación del decreto correspondiente. Las reformas en cita se confrontan con el texto anterior aún vigente. Resulta relevante precisar que, la garantía de defensa adecuada que aquí se comenta, prevista en el artículo 20 de la carta magna, perdura totalmente en el nuevo texto.

#### 4.9.- INVESTIGACIÓN DE CAMPO

Es práctica común que el Agente del Ministerio Público de la Federación inicie una averiguación previa con detenido, recibiendo primeramente, un oficio que contiene el parte informativo que suscriben los policías o agentes aprehensores; enseguida decreta la retención, luego dicta el acuerdo de inicio, en el que ordena el desahogo de diversas diligencias, como son recabar la ratificación de los elementos aprehensores, dar aviso a la superioridad, anotar la indagatoria en los libros de gobierno, solicitar los dictámenes periciales que se requieran; posteriormente da fe de los objetos materia del delito, cuando sea el caso; todo lo anterior se puede llevar cuatro o cinco horas, en ocasiones un poco más; pero, se deja pasar el tiempo y cuando faltan pocas horas para que venza el plazo de las cuarenta y ocho horas, es cuando se acostumbra, generalmente, tomar la declaración al detenido; ¿Con qué consecuencias?... Primero: que el indiciado ya se encuentra desesperado, estresado, inquieto, presa de la incertidumbre, pues en ocasiones no sabe ni siquiera exactamente de qué se le acusa, tampoco sabe si procede o no, la libertad provisional bajo caución, y en el caso en que ésta procede, la familia ya no tiene el tiempo suficiente para exhibir la garantía, la que debido a la premura del tiempo deberá ser en efectivo; segundo: Con esa práctica, se hace nugatorio el derecho a que "inmediatamente" se le otorgue la libertad provisional bajo caución.

Ahora bien, con la finalidad de demostrar lo que en la práctica ocurre, con relación al plazo de cuarenta y ocho horas que establece el párrafo sexto del artículo 16, que dice: "Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial..." y por otra parte, lo señalado en las fracciones I y IX del numeral 20, ambos de la

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que la I señala: “Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución...” (También observado durante la averiguación previa) y la IX “Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza” (igualmente, será observada durante la averiguación previa).

Sin duda, como ya se ha comentado, las reformas que han sufrido dichos numerales, han sido con la finalidad de otorgar certidumbre jurídica al indiciado, durante la averiguación previa y, poner fin a la incomunicación y a los abusos de autoridad a que se sometía el detenido antes de las reformas de 1996 a que se ha hecho referencia en los capítulos anteriores.

Sin embargo, en la práctica, dichos propósitos son de difícil concreción; constantemente se hacen nugatorios, debido a diferentes factores; principalmente a la voluntad y capricho de autoridades ministeriales, que pudiendo tomarle declaración al detenido dentro de las primeras horas, para darle la oportunidad tanto de que solicite la libertad provisional bajo caución, como de que aporte pruebas, que en ocasiones son de vital trascendencia; por citar un ejemplo: Los agentes aprehensores señalan que detuvieron en la calle a una persona cuando portaba un arma de fuego calibre 22; mientras que el indiciado declara que fue detenido en el interior de su domicilio y que tenía el arma de fuego guardada debajo del colchón de su cama, (esto ocurre con frecuencia); es el caso en que el indiciado podría ofrecer dos testimonios para demostrar su dicho, lo que traería como consecuencia que su conducta, en esas condiciones, no resulta ilícita; por tanto, no procedería el ejercicio de la acción penal; sin embargo, en la práctica lo que ocurre es que se le toma la declaración ministerial cuando faltan muy pocas horas para el vencimiento del plazo aludido y ello le impide



la oportunidad de presentar los testigos; con la consecuente molestia de que es puesto a disposición del juez y su detención se prolongará por setenta y dos horas más, (en caso de que no se solicite la ampliación del término constitucional) que sumadas al primero, son ciento veinte horas, o sea, cinco días, y en caso de que se solicitara la ampliación del término constitucional, serían otras setenta y dos horas más, que sumarían un total de ciento noventa y dos horas, es decir, equivalente a ocho días, detenido por poseer el arma; mucho tiempo para estar privado de la libertad, sin haber cometido delito; puesto que el poseer un arma de fuego calibre 22 no es delito, así lo establece la Constitución (artículo 10) y la legislación de la materia (artículo 77).

Para ponderar el alcance y trascendencia de lo anterior, es conveniente pensar que esa experiencia se tenga en lo personal; o cuando menos, que le suceda a un familiar, o a una persona cercana a nosotros; para así valorar lo que representa la privación de la libertad durante cinco días (Averiguación Previa y Término Constitucional); y, si se reglamenta con mayor precisión el derecho a la defensa adecuada durante la averiguación previa, en muchos casos se evitará tan grave molestia; además, se evitará también que esos asuntos se turnen a los juzgados de distrito, que ya de por sí tienen demasiada carga laboral.

Una vez concluido el proceso de experimentación a que se sometió la hipótesis del presente trabajo, se procede a dar a conocer los resultados obtenidos al tenor de las siguientes:

## CONCLUSIONES

- 1.- Se comprobó la hipótesis del presente trabajo
- 2.- La libertad del hombre, como derecho esencial de su naturaleza, requiere de la implantación de condiciones y mecanismos jurídicos que sean infalibles para lograr su respeto, eficacia y exigibilidad.
- 3.- Las garantías de seguridad jurídica contenidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, especialmente las relativas a obtener la libertad provisional bajo caución y a tener una adecuada defensa durante la etapa de averiguación previa, representan un esfuerzo significativo para lograr el respeto a las garantías de seguridad jurídica.
- 4.- Las últimas reformas constitucionales y a las leyes secundarias, representan la búsqueda constante de mejorar la procuración e impartición de justicia, al mismo tiempo que otorgar certidumbre jurídica al ciudadano, frente al poder del Estado y sus autoridades.
- 5.- Desde mi punto de vista, para que el detenido tenga verdadero acceso a una defensa adecuada durante la etapa de averiguación previa, como lo establece el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se requiere que desde el momento en que se decreta su retención se entreviste con su abogado, ya sea particular o público, para efectos de que se planteé una estrategia de defensa y se preparen las pruebas correspondientes.

6.- En mi apreciación, resulta necesario que se fije un plazo para que se tome la declaración Ministerial al detenido, considerando la importancia de que el indiciado cuente con la oportunidad de solicitar su libertad Provisional bajo caución y que se pueda llevar a cabo el ofrecimiento y desahogo de pruebas, antes de la resolución de ejercicio, o no ejercicio, de la acción penal.

## PROPUESTAS

Con el interés de proteger los derechos y garantías individuales del indiciado y lograr un verdadero orden jurídico-práctico en la etapa de averiguación previa, se requiere de reformas a la Ley Fundamental.

TEXTO VIGENTE	PROPUESTA
<p>El artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comprende, por una parte, el análisis de la garantía de legalidad de los actos de autoridad que refiere el párrafo primero; y, por la otra, las condiciones específicas de los actos de autoridad, como órdenes de aprehensión, de detención, de cateo y de visita domiciliaria.</p> <p>Asimismo, el citado numeral establece en su párrafo séptimo: <i>"Ningún indiciado podrá ser retenido por el ministerio público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o</i></p>	<p>1.- Se propone que el párrafo séptimo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, diga:</p> <p style="text-align: center;"><i>"Ningún indiciado podrá ser retenido por el ministerio público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. <b>El Ministerio Público deberá tomarle declaración al detenido dentro de las primeras veinticuatro horas, contadas a partir de su retención. Todo abuso</b></i></p>

<p><i>ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal”.</i></p>	<p><i>a lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal.</i></p>
--	--

Consecuencia de lo anterior, se impone también reformar el artículo 128 fracción III inciso a), del Código Federal de Procedimientos Penales

<p><b>TEXTO VIGENTE</b></p>	<p><b>PROPUESTA</b></p>
<p>El artículo 128 fracción III inciso a), del Código Federal de Procedimientos Penales, que actualmente dice: a) No declarar si así lo desea, o en caso contrario, a declarar asistido por su defensor;</p>	<p>Deberá decir: a) No declarar si así lo desea, o en caso contrario, a declarar asistido por su defensor y <b>dentro de las veinticuatro horas siguientes a su retención.</b></p>

No obstante que las propuestas de reformas aquí señaladas son breves, sin duda, harán que se perfeccionen las actuaciones del Ministerio Público y se evitarán violaciones a las garantías constitucionales que protegen la libertad provisional bajo caución y la defensa adecuada dentro de la averiguación previa.

## FUENTES DE INFORMACIÓN

### LEGISLACIÓN

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917). Actualizado al 2009
- Código Federal Penal (1931). Actualizado al 2009
- Código Federal de Procedimientos Penales (1934). Actualizado al 2009

### BIBLIOGRAFÍA

- Castro, Juventino V. "El Ministerio Público en México". Editorial Porrúa. México 1996.
- Colín Sánchez, Guillermo. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales". Editorial Porrúa. México 1997.
- Cruz Agüero, Leopoldo de la. "Procedimiento Penal Mexicano". Editorial Porrúa. México
- Fontán Balestra, Carlos. "Tratado de Derecho Penal", Tomo I, Segunda edición, cuarta reimpresión. Abeledo-Perrot. Argentina 1995.
- García Ramírez, Sergio y Adato Green Victoria. "Prontuario del Proceso Penal Mexicano". Editorial Porrúa. Novena Edición. México 1999.
- García Ramírez, Sergio. "El Nuevo Procedimiento Penal Mexicano". Editorial Porrúa. Segunda edición. México 1995.
- García Ramírez, Sergio. "Proceso Penal y Derechos Humanos". Editorial Porrúa. Segunda edición. México 1993.

- García Ramírez, Sergio. "Justicia Penal". Editorial Porrúa. México, 1982.
- Malo Camacho, Gustavo. "Derecho Penal Mexicano". Editorial Porrúa. México 1997.
- Martínez Garnelo, Jesús. "La Investigación Ministerial Previa". O.G.S. Editores, Segunda Edición. México 1996
- Osorio y Nieto, César Augusto. "La Averiguación Previa". Editorial Porrúa. Décima edición. México 1999.
- Silva Silva, Jorge Alberto. "Derecho Procesal Penal" Colección Textos Jurídicos Universitarios. Editorial Oxford. Segunda Edición. México 1995.
- Zamora-Pierce, Jesús. "Garantías y Proceso Penal". Editorial Porrúa. México 1996.

## **DICCIONARIOS**

- De Pina Vara, Rafael. Diccionario de Derecho, Porrúa, México, 2002.