

549
2ej



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

FACULTAD DE DERECHO

LA CONDICION JURIDICA DE LOS EXTRANJEROS ANTE LA LEGISLACION PENAL MEXICANA



EXCMO. DE DERECHO

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A :
MARIA DE LA LUZ MINOR MORALES

MEXICO, D. F.

1991



TESIS CON FALLA DE ORIGEN



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

LA CONDICION JURIDICA DE LOS EXTRANJEROS ANTE
LA LEGISLACION PENAL MEXICANA

I N D I C E

PAGS.

INTRODUCCION

CAPITULO I

DESARROLLO TEORICO DE LA ACCION PENAL

- | | |
|--|----|
| 1.- Distintos significados de la acción..... | 1 |
| a).- Sentido común y literal | |
| b).- Concepto jurídico | |
| 2.- La acción en el Derecho Romano..... | 2 |
| 3.- Teorías referentes al derecho de acción..... | 3 |
| a).- Como elemento de derecho | |
| b).- Como derecho autónomo | |
| c).- La acción como derecho público subjetivo | |
| d).- La acción en el derecho penal | |
| 4.- La acción en la doctrina mexicana..... | 12 |
| a).- Breves consideraciones | |
| b).- Concepto | |

CAPITULO II

EL MINISTERIO PUBLICO COMO TITULAR EN EL
EJERCICIO DE LA ACCION PENAL

- | | |
|----------------------|----|
| 1.- Significado..... | 15 |
|----------------------|----|

2.- Marco Histórico.....	15
a).- Organización jurídica extranjera	
b).- Derecho mexicano	
3.- Diversos órganos encargados del ejercicio de la acción penal.....	27
4.- Principios que disciplinan el funcionamiento del Ministerio Público.....	30

CAPITULO III

EL MONOPOLIO DE LA ACCION PENAL

1.- Período de preparación de la acción penal.....	32
2.- Iniciación del ejercicio de la acción penal.....	35
3.- Principios doctrinarios que rigen el ejercicio de la acción penal.....	40
4.- Sistemas de garantía y control derivados del ejercicio de la acción penal.....	41

CAPITULO IV

LOS EXTRANJEROS Y SU CONDICION JURIDICA
EN EL DERECHO INTERNACIONAL

1.- Definición de extranjero.....	49
2.- El trato de los extranjeros en el derecho Internacional.....	50
3.- El mínimo de derechos reconocidos internacionalmente a los extranjeros.....	52

CAPITULO V

LA CONDICION JURIDICA DE LOS EXTRANJEROS
EN EL DERECHO MEXICANO

1.- Desarrollo histórico de la condición jurídica de los extranjeros en el derecho mexicano.....	58
2.- Calidades migratorias.....	64
3.- Situación jurídica de los extranjeros en el Derecho Positivo Mexicano.....	70
a).- Las garantías individuales y el extranjero	
b).- La Convención sobre condición de extranjeros de la Habana, Cuba, de 1928	

CAPITULO VI

PROTECCION PENAL DE LOS EXTRANJEROS
EN EL DERECHO MEXICANO

1.- Consideraciones Generales.....	82
2.- Garantías de procedimiento y protección penal de los extranjeros en México.....	86
a).- Garantía de legalidad y audiencia	
b).- Garantía de exacta aplicación de la ley	
c).- Garantía de irretroactividad en la aplicación de la ley	
d).- Garantía de los legalmente privados de su libertad	
3.- Infracciones penales internacionales.....	112

PAGS.

CONCLUSIONES..... 116

BIBLIOGRAFIA..... 120

INTRODUCCION

Quisiera manifestar antes de entrar en materia, que al haber realizado este trabajo, ha sido con el propósito de dar una visión más o menos completa de la condición jurídica que guarda el extranjero en nuestra legislación, ya que al consultar diferentes libros se destaca que se carece de una compilación legislativa que reuna las múltiples disposiciones dispersas, desde luego que sería deseable consagrar en un sólo cuerpo de leyes todas las disposiciones que regulan la condición jurídica de los extranjeros.

Es oportuno señalar que nuestra Constitución concede a los extranjeros las mismas garantías individuales de las que gozan los nacionales, no estableciendo ninguna distinción y extendiendo el beneficio a todo individuo, sea nacional o extranjero, con las limitaciones que ella misma establece.

CAPITULO I

DESARROLLO TEORICO DE LA ACCION PENAL

1.- Distintos significados de la acción

a).- Sentido común y literal.- "Acción del latín Actio--
onis, ejercicio de una potencia" (1) facultad para ejecutar -
una cosa o producir un efecto, toda actividad o movimiento -
que se encomienda a un determinado fin. La voz acción tiene -
distintos y diferentes significados, no sólo en un sentido co
mún y general, en sentido común traduce la existencia de un -
estado dinámico, de un deber físico.

b).- Concepto jurídico.- Indagar sobre el significado ju
rídico de la voz acción equivale tanto como enfrentarse con -
uno de los problemas más complejos y fundamentales de la ciencia
del derecho procesal.

Es la manera de poner en marcha el ejercicio de un dere-
cho, debe entenderse en un sentido esencialmente dinámico, es
el derecho de obrar y está constituido por un acto o conjunto
de actos por los cuales se recurre al poder jurídico para ob-
tener que se le preste fuerza jurídica y autoridad al derecho,
en el derecho de hacer valente ante los tribunales los dere--
chos establecidos en la ley.

La acción en su significado jurídico es también motivo -

(1) Diccionario Enciclopédico Abreviado. Edit. Espasa-Calpe,-
Segunda Edición. Buenos Aires, 1945. pág. 105.

de varias acepciones entre los profesionales del derecho, se da ese nombre al título representativo de una cuota o parte del capital en las sociedades comerciales. También se alude con la misma expresión a la demanda, o sea el acto jurídico procesal que inicia el proceso y que es normalmente el instrumento por el cual se ejercita la acción, se indica también con esta voz la existencia de un derecho subjetivo privado, que es el que se hace valer en la demanda. La acción en el sentido técnico procesal, se designa al derecho, facultad o poder jurídico acordado al individuo para provocar la actividad jurisdiccional del Estado.

La palabra acción en su sentido jurídico sirve para expresar varios conceptos, se llama acción "al derecho de pedir y de reclamar en juicio lo que se nos debe, al medio legal, al procedimiento en cuya virtud se ejercita en juicio un derecho y se obtiene su reconocimiento o protección de la autoridad pública". (2)

2.- La acción en el Derecho Romano

Difficil es exponer en pocas líneas lo que fueron las acciones en la legislación romana. Tres sistemas de acciones rigieron en Roma sucesivamente desde la ley de las Doce Tablas-

(2) Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo I. Letra A. Editorial Bibliográfica. Argentina, Buenos Aires, 1954. págs. 206, 207.

hasta Justiniano.

- 1.- El de las acciones de la ley, desde los primeros - - tiempos hasta Cicerón.
- 2.- El de las fórmulas que rigió hasta Dioclesiano.
- 3.- El procedimiento extraordinario.

Las acciones de la ley, así llamadas porque se hallaban contenidas en un precepto legal, consistían en fórmulas complicadísimas y ritos simbólicos que debían decirse y practicarse con escrupulosidad, la más leve omisión o error de la palabra o de ceremonia producía la pérdida del negocio, sólo los ciudadanos romanos podían hacer uso de las acciones de la ley.

Las acciones de la ley eran cinco:

Sacramenti actio.- Era la más antigua, ante los magistrados comparecían las partes y después de hacer algunos gestos y palabras sacramentales, depositaban una cantidad, que perdía la parte vencida, la suma variaba con la cuantía del negocio, se aplicaba a todos los litigios que no tenían en la ley un procedimiento especial.

La iudicis postulatio.- Tenía por objeto la reclamación de cosas y obligaciones indeterminadas y que necesitaban por parte del juez facultades discrecionales.

Condictio.- Fue creada para la reclamación de cantidad determinada, mediante esta acción una de las partes emplazaba a la contraria para que en un plazo de treinta días compareciese ante el magistrado, con el objeto de que les nombrara un juez que resolviera sobre la reclamación de una cantidad o cosa cierta.

La manus iniectio.- Esta y la pignoris capio eran más bien medios de ejecución en el rigor de la palabra, era un procedimiento de ejecución contra la persona del deudor, la pignoris capio se dirigía contra los bienes.

El sistema formulario.- Según Gayo, las muchas sutilezas que surgían de los negocios, los peligros que corrían las partes de perder sus derechos por pequeños errores cometidos en los gestos o en las palabras, el desarrollo de la cultura romana que ya no creía necesario llevar todo o parte de las cosas a la presencia del magistrado, el tocarlas, el pronunciar palabras sacramentales y el practicar ceremonias para acreditar las partes sus derechos, el aumento de relaciones entre los ciudadanos romanos y los peregrinos fueron las causas de que se promoviese el cambio de procedimiento, substituyendo el sistema de acciones de la ley por el sistema formulario.

El sistema formulario tomó de la fórmula que pronunciaba o escribía el magistrado instruyendo al juez, trazándole el procedimiento que debía seguir, fijándole las reglas o princi

pios de derecho aplicables al caso, marcándole los puntos - litigiosos que debía esclarecer y la condena o absolución, que había de dictar según los hechos resultaran o no probados. Este magistrado al tomar posesión de su cargo publicaba las fórmulas, el demandado elegía la que mejor cuadraba a sus pretenciones y exponía el objeto de la demanda, era importante no equivocarse al escoger la acción, el éxito del litigio dependía muchas veces del acierto en la elección de la fórmula.

La palabra acción en el sistema formulario significaba el derecho reclamado por los magistrados para exigir ante el juez lo que se nos debía, pero también se llamaba acción a la fórmula en que se confería el derecho.

Sistema del procedimiento extraordinario, las fórmulas llegaron a ser complicadísimas y muchas veces extravagantes y embarazosas, se sintió la necesidad de simplificar el sistema y garantizar el derecho. Ya no parecía racional que la acción fuese concesión caprichosa del magistrado y se pensó declarar la un derecho consignado en la ley a la cual habían de ajustarse lo mismo el juzgador que el litigante, durante el tiempo que rigió el sistema formulario el magistrado resolvía por él mismo algunos negocios, así nació y se fué generalizando a toda clase de negocios el procedimiento extraordinario, se dictó una Constitución Imperial estableciendo una forma legislativa al nuevo sistema, se dispuso que los gobernantes atendiesen por sí mismos los negocios que se sometieran a su auto

ridad, a no ser que las tareas de sus cargos se lo impidiesen, la reforma que en un principio se refería a las provincias -- pronto se hizo extensiva a Roma, desaparecieron las fórmulas-- y todos los juicios fueron extraordinarios. (3)

3.- Teorías referentes al derecho de acción

El estudio de la acción ha cobrado gran importancia en el campo jurídico desde el momento en que el estado asumió a través de un largo proceso histórico la tutela de el ordenamiento jurídico, prohibiendo que por medios violentos se haga uso de la defensa de un derecho privado el cual constituye su función jurisdiccional, se reconoció a los sujetos la facultad de requerir su intervención para la protección de un derecho que se considera violado cuando no fuera posible la solución pacífica, es así como surgen diversas teorías tratando de explicar la naturaleza jurídica de la acción, así pues seguiremos un orden para su explicación y comprensión.

a).- Como elemento de derecho.- Sobre la base del tercer período del procedimiento romano Savigny construyó una doctrina civilista de la acción, comenzó por restituir al derecho su posición lógica, primero el derecho luego la acción y atribuyó a ésta una función de garantía, la acción es un derecho-

(3) El Derecho Romano Privado. Floris Margadant, Guillermo. - Editorial Esfinge, S.A.. Tercera Edición. México, 1968. - págs. 141-142.

que se pone en movimiento como consecuencia de su violación, es un derecho en ejercicio. La acción supone entonces un derecho y la violación del mismo, de donde se desprende que los elementos de la acción son cuatro a saber:

Un derecho, ya que la acción presupone un derecho que sirve de fundamento y a cuya protección se dirige; un interés porque el derecho es un interés protegido por la ley y si el interés falta, la protección desaparece; la calidad, porque la acción corresponde al titular del derecho o a quien pueda ejercerlo en su nombre, capacidad, es decir, la aptitud para actuar personalmente en juicio.

A consecuencia de esta identidad entre la acción y el derecho se asevera que: no hay derecho sin acción, ya que de lo contrario carecería prácticamente de eficacia, no hay acción sin derecho dado que la acción es elemento de ésta.

Los llamados elementos de la acción, con excepción de la capacidad no son condiciones para su ejercicio, sino que para obtener una sentencia favorable, es decir para su admisión por el juez, pues en la sentencia éste declare si la pretensión deducida en la acción está o no fundada, si el interés es legítimo, si tiene calidad para reclamarla. Todo ello demuestra que la acción procesal puede funcionar independientemente del derecho substancial. Para el derecho civil la acción es por consiguiente un elemento de derecho, que sólo des

taca cuando éste es amenazado o violado. (4)

b).- Como derecho autónomo.- Lo que nace de la violación es un derecho, dice Windscheid, no un derecho de accionar como afirma Savigny, sino una pretensión contra el autor de la violación, que se transforma en acción cuando se hace valer en juicio, por lo que se presume que la acción sería la pretensión deducida en juicio.

Mientras que Wach, considera la acción como un derecho autónomo contra el estado y frente al demandante, es un derecho público al que corresponde por parte del estado la obligación de dispensar la tutela del derecho, pero es un derecho concreto en cuanto a su eficacia, afecta sólo al adversario.- La acción corresponde a quien tiene derecho a una sentencia favorable, Chiovenda señala que Wach pudo demostrar la autonomía de la acción mediante la elaboración doctrinaria de la sentencia declarativa al manifestar que el derecho a la tutela jurídica existe aunque no haya una pretensión insatisfecha o para acreditar que ninguna prestación es debida. (5)

c).- La acción como derecho público subjetivo.- Golschmidt, al hablar de la acción distingue primeramente entre un derecho substancial, derecho justicia material y derecho pro-

(4) Tratado Teórico Práctico del Derecho Procesal Civil y Comercial. Alsina, Hugo. Editorial Ediar Soc., Anón, Segunda Edición. Tomo I. Buenos Aires, 1963. págs. 307-308.

(5) Alsina, Hugo. Ob. Cit. págs. 309-310.

cesal, según él detrás de cada precepto de derecho privado se encuentra su proyección en el derecho de justicia material, es decir que detrás de casi todos los derechos subjetivos, están las acciones correspondientes, es decir que frente al sujeto que no cumple con su obligación, el estado tiene frente al acreedor el deber de constreñir al deudor a que cumpla, por lo cual el acreedor tiene así una pretensión de tutela jurídica que la hace valer contra el estado, a cuya jurisdicción se encuentran sometidos aquellos que tienen una relación de derecho privado, es así como el derecho procesal regula la actividad del juez.

En cuanto al derecho justicia material nos dice que es una relación de derecho político que tiene su fundamento en una norma de derecho substancial, en virtud del cual se puede exigir del estado su tutela jurídica, por lo tanto el derecho justicial no es un derecho privado ni derecho procesal.

Así este autor concibe a la acción como un derecho público subjetivo dirigido contra el estado para obtener su tutela jurídica mediante una sentencia favorable, es un derecho contra el estado cuya carga recae sobre el obligado. (6)

Por último nos dice que la acción tiene como presupuestos para la tutela jurídica los siguientes elementos: un estado de hecho; que ese estado de hecho sea susceptible de pro-

(6) Alsina, Hugo. Ob. Cit. págs. 321-322.

tección jurídica; que haya interés en la protección judicial.

d).- La acción en el derecho penal.- El delito cuando es ejecutado, hace necesaria la defensa social contra el autor, -defensa encomendada principalmente a los tribunales que deben precisar, frente a un individuo al que se le imputa un hecho delictuoso, la relación jurídica existente entre dicho individuo y el estado originada por la comisión del delito y determinada por la ley penal, los tribunales deben aplicar a cada caso concreto la ley penal, para ello es necesario que se observen ciertas formalidades prácticas y que se desarrolle una actividad denominada acción penal.

Eduardo Massari, por su parte afirma que es posible definir la acción penal en sentido propio como el poder jurídico de activar el proceso con el objeto de obtener sobre el derecho deducido una resolución favorable. El mismo autor hace notar que ha sido muy discutido el concepto de acción como un poder jurídico, citando al respecto varias teorías de la acción penal.

La que considera la acción como un derecho a la tutela jurídica, derecho que se ejercita contra el estado; la que considera la acción penal como un derecho frente al estado para obtener una sentencia favorable; la que estima la acción como un derecho frente al estado también, pero para obtener una sentencia justa; la que ve en la acción un derecho que se

tiene para provocar el ejercicio de la jurisdicción contra el imputado.

La acción penal es un derecho afirman unos autores, pero como es ejercicio tiende a la realización del derecho penal, resulta al mismo tiempo un deber, el uso de ese poder pone en movimiento al juez quien no puede actuar si la acción penal no se ejercita ante él, de aquí que parezca una acertada definición la de Eugenio Florían, quien expresa: La acción penal es el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal.

Las principales características de la acción penal son:

Es pública, porque persigue la aplicación de la ley penal, frente al sujeto a quien se le imputa el delito, es pública por el fin que se persigue.

Es única, y envuelve en su conjunto a los delitos que se hubiesen cometido, es una sola acción penal para todos los delitos cometidos.

Es indivisible, es decir que comprende a todas las personas que han participado en la comisión del delito, ésta se funda en un principio de utilidad práctica, con el objeto de evitar que los que hubiesen participado en la comisión del delito se sustraigan de su represión.

Es irrevocable, es decir que una vez que interviene la jurisdicción, el órgano que la ejerce no está facultado para desistirse de ella como si fuera un derecho propio.

Es intrascendente, esto significa que está limitada a la persona responsable del delito y no debe alcanzar a sus parientes o allegados. (7)

4.- La acción en la doctrina mexicana

a).- Breves consideraciones.- Mediante el derecho de acción los sujetos provocan el ejercicio de la función jurisdiccional, para conseguir la satisfacción del interés jurídico protegido por el legislador en su favor, en la norma abstracta.

Los dos intereses, el público-estatal de ver respetada la ley en los casos contravertidos y en particular tratar de conseguir la tutela jurídica a que tienen derecho, se conjugan en el proceso, cuyo motor inicial es el derecho de acción. De lo dicho se desprende que, por una parte existe una potestad del Estado de hacer justicia, de dar a cada quien lo suyo de actuar la voluntad concreta de la ley, y por otra parte existe una potestad del particular de exigir justicia, potestad de obrar ante los órganos jurisdiccionales del Estado.

(7) Principios de Derecho Procesal Mexicano. González Bustamante, Juan José. Editorial Porrúa, S.A. Quinta Edición.- México, 1971. págs. 40-41.

b).- Concepto.- "La prohibición del ejercicio de la autodefensa en el Estado moderno, determina la exigencia de dotar a los particulares y al Ministerio Público en su caso, de la facultad en aquellos y del poder de éste, que permita provocar la actividad de los órganos jurisdiccionales para la tutela del derecho, esta facultad o potestad es la acción o derecho de acción". (8)

El Maestro Rivera Silva expresa, que el Estado como representante de la sociedad organizada, vela por la armonía social, lógico resulta conceder al Estado autoridad para reprimir todo lo que intente infringir la vida gregaria, es indiscutible que cuando se comete un hecho delictuoso, surge el derecho obligación del Estado de perseguirlo y resulta obvio que debe tener conocimiento del hecho e investigado éste, llegar a la conclusión de que es delictuoso, para de esta manera ejercitar su derecho ante la autoridad judicial, reclamando la aplicación de la ley.

Colin Sánchez manifiesta que el concepto manifestado por Florian, es el que mejor se adapta al procedimiento penal en México, ya que es más sencillo y no por eso carente de técnica, porque el poder jurídico a que se refiere es el emanado de la ley, el cual se justifica cuando se ha violado una nor-

(8) Instituciones de Derecho Procesal Civil. De Pina Rafael y Castillo Larrañaga, José. Editorial Porrúa, S.A. México, 1969. pág. 144.

de derecho penal y será precisamente en razón de la pretensión punitiva estatal cuando previa satisfacción de determinados requisitos, se provoque la jurisdicción cuyas consecuencias serán la declaración de la culpabilidad o la absolución del sujeto de la relación jurídico procesal.

CAPITULO II

EL MINISTERIO PUBLICO COMO TITULAR EN EL
EJERCICIO DE LA ACCION PENAL

1.- Significado.- El Ministerio Público es una de las -
Instituciones más discutidas desde su nacimiento e instala-
ción en el campo del derecho, debido por una parte a su natu-
raleza y por otra a la multiplicidad de facetas en su funcio-
namiento.

"El Ministerio Público es una institución dependiente -
del Estado que actúa en representación de la sociedad para el
ejercicio de la acción penal y la tutela social en todos - -
aquellos casos que le asignan las leyes". (9)

2.- Marco Histórico.- En el sistema de venganza privada-
no pudo tener lugar ninguna institución semejante a la del Mi-
nisterio Público, puesto que su existencia parte del concepto
de que el delito es ante todo un atentado contra el orden so-
cial y por lo mismo no puede dejarse su represión al arbitrio
ni al cuidado de los particulares, sino que debe ser obra de
funcionarios del Estado.

a).- Organización Jurídica Extranjera.- Entre los estu--

(9) Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Colín Sánchez,
Guillermo. Editorial Porrúa, S.A.. Primera Edición, 1964.
págs. 95-96.

diosos de la materia, algunos pretenden encontrar sus antecedentes en la organización jurídica de Grecia y Roma, otros le otorgan al derecho Francés la paternidad de la Institución.

De acuerdo con lo anteriormente anotado, se pretende encontrar el antecedente más remoto del Ministerio Público en las instituciones del derecho Griego, especialmente en el "Arconte", magistrado que en representación del ofendido y de sus familiares o por incapacidad o negligencia de éstos intervenía en los juicios, sin embargo tales atribuciones son dudosas. A pesar del alto grado de desenvolvimiento jurídico a que llegaron los Griegos y Romanos, la institución del Ministerio Público era desconocida para estos pueblos, quizá porque la persecución de los delitos estaba a cargo de la víctima y sus familiares.

Se dice también que los funcionarios llamados "Judices-Questiones" de las Doce Tablas, existía una actividad semejante a la del Ministerio Público, debido a que estos funcionarios tenían facultades para comprobar los hechos delictuosos, esta apreciación no es del todo exacta, porque sus atribuciones eran netamente jurisdiccionales. En el último período del Imperio Romano se instituyeron funcionarios cuya actividad estaba relacionada con la justicia penal, pero estos eran autoridades del pretor y sus funciones estaban relacionadas al aspecto policiaco.

No es posible identificar al Ministerio Público con las-

"Sindis o Ministeriales" funcionarios de la edad media en Italia, por ser más colaboradores de los órganos jurisdiccionales en la presentación oficial de las denuncias sobre delitos.

Quienes consideran al Ministerio Público como una institución de origen francés, fundamentan su afirmación en la Ordenanza de 23 de marzo de 1302, expedida en la época de Felipe I, en la que se instituyeron las atribuciones del antiguo-Procurador y Abogado del Rey como una magistratura encargada de los negocios judiciales de la corona, ya que con anterioridad únicamente actuaba en forma particular en lo concerniente a los negocios del monarca.

El período de la acusación estatal, tiene su origen en las transformaciones de orden político y social introducidas en Francia al triunfo de la Revolución de 1793. Las leyes expedidas por la Asamblea Constituyente son, sin lugar a dudas un antecedente del Ministerio Público. En la monarquía, las jurisdicciones formaban parte de los funcionarios al servicio del soberano que impartía la justicia por derecho divino y era exclusivamente el rey, a quien correspondía el ejercicio de la acción penal, La corona, regulaba las actividades sociales, aplicaba las leyes y perseguía a los delincuentes, como en la época feudal, el monarca tuvo el derecho de vida y muerte sobre sus súbditos.

Si es verdad que el Ministerio Público nació en Francia no fue el que conocieron y perfeccionaron en la Segunda Repú-

blica, los procuradores del rey son producto de la monarquía-francesa del siglo XIV y se crearon para la defensa de los intereses del príncipe, hubo dos funcionarios reales; el Procurador del rey que se encargaba de los actos de procedimiento y el Abogado del rey que atendía el litigio en los asuntos en que se interesaba el monarca o las personas que estaban bajo su protección, el procurador y el abogado del rey obraban de conformidad con las instrucciones que recibían del soberano.

La Revolución Francesa, al transformar las instituciones monárquicas, encomienda las funciones reservadas al procurador y al abogado del rey a comisarios encargados de promover la acción penal y de ejecutar las penas y a los acusadores públicos que debían sostener la acusación en el juicio, sin embargo en la Ley del 22 Brumario, se restablece al Procurador-General que se conserva en las leyes Napoleónicas de 1808 y - 1810, por la Ley de 20 de abril de 1810, el Ministerio Público queda definitivamente organizado como institución jerárquica, dependiente del poder ejecutivo. Las funciones que se le asignan en el Derecho Francés son de requerimiento y acción. Al principio, el Ministerio Público Francés estaba dividido en dos secciones; una para los negocios civiles y otra para los negocios penales, que correspondían según las disposiciones de la Asamblea Constituyente, al Comisario del Gobierno o Acusador Público, en el nuevo sistema, se fusionaron las dos secciones y se estableció que ninguna jurisdicción estaría completa sin la concurrencia del Ministerio Público.

En la segunda República al reconocerse su independencia con relación al Poder Ejecutivo, el Ministerio Público Francés tiene a su cargo ejercitar la acción penal, perseguir en nombre del Estado ante la jurisdicción penal, a los responsables de un delito, intervenir en el período de ejecución de sentencia y representar a los incapacitados, a los hijos naturales y a los ausentes.

Más tarde el Ministerio Público interviene en forma abierta en los juicios del orden penal, llegándose a la conclusión de que dependiera del Poder Ejecutivo por considerarse representante directo de la sociedad en la persecución de los delitos.

En España existió la Promotoría Fiscal desde el siglo XV, los promotores fiscales obraban en representación del monarca, siguiendo fielmente sus instrucciones.

Por decreto de 21 de junio de 1926 el Ministerio Fiscal funcionaba bajo la dependencia del Ministerio de Justicia. Es una magistratura independiente de la judicial y sus funciones son amóviles, se compone de un Procurador Fiscal ante la Corte Suprema de Madrid, auxiliado por un Abogado General y otro asistente, existen también los Procuradores Generales en cada Corte de Apelación o Audiencia Provincial asistidos por un Abogado General y otros ayudantes.

2.- Derecho Mexicano.- Con relación a la evolución histó

rica del Ministerio Público en México, es conveniente atender a la transformación política y social de la cultura prehispánica residente en el territorio nacional, destacando de manera principal la organización de los Aztecas.

Es innegable que entre los Aztecas imperaba un sistema de normas para regular el orden y sancionar la conducta que se opusiera a la costumbre y usos sociales. El derecho no era escrito sino más bien de carácter consuetudinario, el poder del monarca se delegaba en sus distintas atribuciones y funcionarios especiales, uno de gran importancia fue el Tlatoani quien representaba a la divinidad y gozaba de libertad para disponer de la vida humana a su arbitrio, entre sus funciones reviste gran importancia la de acusar y perseguir a los delincuentes, aunque generalmente lo delegaba a los jueces, por lo que no era posible identificarlas con las del Ministerio Público.

"Las instituciones del Derecho Azteca, sufrieron una gran transformación al realizarse la conquista y poco a poco fueron desplazadas por nuevos ordenamientos jurídicos traídos de España, el choque cultural que se produjo al realizarse la conquista hizo surgir infinidad de desmanes y abusos, no solamente de parte de funcionarios y particulares, sino de quienes escudándose en predicar la doctrina cristiana cometían -

una serie de atropellos. (10)

Tal situación pretendió remediarse a través de las Leyes de Indias y otros Ordenamientos Jurídicos, estableciéndose - respetar las normas jurídicas de los indios, la persecución - de los delitos en esta etapa, no se recomendó a un funciona- - rio, el Virrey, los Gobernadores, las Capitanías Generales, - los Corregidores tuvieron atribuciones para ello, los indios - no tenían injerencia en la administración pública por ello en 1549 a través de una Cédula Real se ordenó hacer una selec- - ción para que los indios desempeñaran los cargos de jueces, - regidores, alguaciles, ministros de justicia, al designarse - alcaldes de indios, éstos aprehendían a los delincuentes y - los caciques ejercían jurisdicción criminal en sus pueblos.

Dentro de las funciones de justicia, destaca la figura - del fiscal, funcionario importado del derecho español, quien - se encargaba de promover la justicia y perseguir a los delin- - cuentes, y aunque tales funcionarios representaban a la socie - dad ofendida por los delitos el Ministerio Público no existía - como una institución como lo conocemos hoy.

Al surgir el movimiento de independencia y una vez que - ésta fue proclamada, la Constitución de Apatzingan (1814) re- - conoció la de los fiscales uno para el ramo civil y otro para

(10) Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Colín Sán- - chez, Guillermo. Editorial Porrúa, S.A. Primera Edición. México, 1964. pág. 105.

lo criminal, su designación estaría a cargo del Poder Legislativo, a propuesta del Ejecutivo, durando en su cargo cuatro años.

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

Las Leyes Constitucionales de 1936, además de considerar lo como en la Constitución anterior, se estableció su inmovilidad. Las Bases Orgánicas del 12 de junio de 1843 establecieron lo mismo que las anteriores.

Durante el Gobierno del Presidente Comonfort se dictó la Ley del 23 de noviembre de 1865, que entiende la intervención de los procuradores o promotores fiscales a la justicia federal. En el proyecto de la Constitución de 1857, se menciona por primera vez al Ministerio Público para que en representación de la sociedad promoviera la instancia, esto no llegó a prosperar, porque se consideró que el particular ofendido por el delito no debía ser substituído por ninguna institución, ya que ese derecho correspondía a los ciudadanos, y además al independizar al Ministerio Público de los órganos jurisdiccionales retardaría la acción de la justicia, pues se verían obligados a que el Ministerio Público ejercitara la acción penal.

En el Reglamento de la Suprema Corte de Justicia de la Nación expedido el 29 de julio de 1862 por el Presidente Don-

Benito Juárez, se estableció que el fiscal adscrito a la Suprema Corte fuera oído en todas las causas criminales o de responsabilidad. Por primera vez se habla de Procurador General, el cual sería oído en la Corte para aquéllos problemas en los que resultara afectada la Hacienda Pública, ya sea por que se cometiera un delito en contra de los intereses de ésta o porque resultaran afectadas por algún otro concepto los fondos de los establecimientos públicos.

La Ley de Jurados Criminales para el Distrito Federal, expedida en 1869, previno que se establecieran tres promotores o procuradores fiscales, representantes del Ministerio Público, los cuales eran independientes entre sí y no constituían una organización, sus funciones eran acusatorias ante el jurado, acusaban en nombre de la sociedad por el daño que el delincuente causaba.

El 12 de diciembre de 1903, se expide la primera Ley Orgánica del Ministerio Público para el Distrito y Territorios Federales en donde se expresa: que el Ministerio Público en el Fuero Común representa el interés de la sociedad ante los tribunales del propio fuero, se faculta al Poder Ejecutivo Federal, para nombrar al funcionario del Ministerio Público o encomendar a los particulares la representación del gobierno para que gestione a nombre de éste, enumera las funciones que corresponden a la institución, su intervención en los asuntos en que se afecta el interés público y de los incapacitados,

el ejercicio de la acción penal, el Ministerio Público se convierte en titular del ejercicio de la acción penal.

La Ley Orgánica del Ministerio Público Federal y su reglamentación de 16 de diciembre de 1908, establece que el Ministerio Público Federal es una institución encargada de auxiliar la administración de justicia en el orden federal, de procurar la persecución, investigación y represión de los delitos de competencia de los Tribunales Federales y de defender los intereses de la Federación ante la Suprema Corte de Justicia, los Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito, dependiendo sus funciones del Poder Ejecutivo, por conducto de la Secretaría de Justicia.

"La Constitución Política de la República de 1917 en sus artículos 21 y 102 establece: a).- El monopolio de la acción penal corresponde exclusivamente al Estado, y el único órgano estatal a quien se encomienda su ejercicio, es el Ministerio Público; b).- De conformidad con el pacto federal, todos los Estados de la República deben ajustarse a las disposiciones constitucionales, estableciendo en sus respectivas entidades la institución del Ministerio Público; c).- Como titular de la acción penal, el Ministerio Público tiene las funciones de acción y de requerimiento persiguiendo y acusando ante los tribunales a los responsables de un delito, el Juez de lo penal no puede actuar de oficio, necesita que se lo pida el Ministerio Público; d).- Los particulares no pueden ocurrir di-

rectamente ante los jueces como denunciantes o como querellantes, en lo sucesivo, lo harán precisamente ante el Ministerio Público para que éste, dejando satisfechos los requisitos legales, promueva la acción penal correspondiente". (11)

En materia federal, el Ministerio Público es consejero jurídico del Ejecutivo y es además, el promotor de la acción penal que debe hacerse valer ante los tribunales, tiene a su cargo la vigilancia de la pronta y recta administración de justicia, el Ministerio Público es un organismo independiente y sus funcionarios están sujetos a una unidad de mando y control, el Procurador de Justicia.

La expedición de la Ley Orgánica del Ministerio Público de 2 de agosto de 1929 por el Lic. José Aguilar y Maya constituye el primer intento formal para adaptar el funcionamiento del Ministerio Público a los dictados de la Carta Fundamental de la República.

La Ley Orgánica del Ministerio Público del Fuero Común, ha sido objeto de diversas reformas, por decreto de 22 de diciembre de 1931, se suprimieron los Comisarios de Policía y se establecieron las Delegaciones del Ministerio Público y los Juzgados Calificadores.

(11) Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. González Bustamante, Juan José. Editorial Porrúa, S.A. Quinta Edición. México, 1971. págs. 77-78.

Al expedirse la Segunda Ley Orgánica del Ministerio Público Federal, el 29 de agosto de 1931, la principal preocupación fue acomodar la Organización del Ministerio Público al espíritu del artículo 102 Constitucional en virtud de que hasta entonces sólo había intervenido en la promoción de la acción penal y en la representación de los intereses del Estado Mexicano.

"El Ministerio Público en la Ley Orgánica de 1934 se encontraba organizado de la siguiente forma: a).- El Procurador General de la República; b).- Dos Subprocuradores numerados progresivamente, que son los substitutos del Procurador; c).- El departamento de Averiguaciones Previas; d).- El número de Agentes señalados en la Ley Orgánica; e).- Los Agentes del Ministerio Público que atiendan el servicio de los Tribunales Federales". (12)

Dicha Ley fue derogada por la Ley Orgánica del Ministerio Público Federal de 31 de diciembre de 1941, y entre sus funciones primordiales establece vigilar a las autoridades del país, sean federales o locales, cumplan estrictamente los preceptos de la Constitución.

(12) Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. González-Bustamante, Juan José. Obra Citada. Quinta Edición. pág. 84.

3.- Diversos Organos encargados del ejercicio de la Acción Penal

Siendo el Estado titular tanto del derecho de castigar - cuanto dé la acción penal, a él corresponde el ejercicio de - la misma, ejercicio que se efectúa en casi todos los Estados- modernos, mediante un órgano especial denominado Ministerio - Público.

"El principio reconocido en México, es la monopolización de la acción penal por el Estado, el Ministerio Público es el único órgano del Estado encargado del ejercicio de la acción- penal, porque el artículo 21 Constitucional, dispone que la - persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a - la Policía Judicial que estará bajo su mando inmediato. Sin- embargo, un caso de excepción previsto en los artículos 108 y 109 de la Constitución, la Cámara de Diputados substituye en- sus funciones al Ministerio Público como órgano de acusación, cuando se trata de acusar al Presidente de la República por - delitos graves del orden común, ante la Cámara de Senadores - que asume el papel del órgano jurisdiccional". (13)

Los órganos encargados del ejercicio de la acción penal- pueden clasificarse en cinco grupos:

- 1.- Un funcionario del Estado es quien la ejercita, la -

(13) Principios de Derecho Procesal Mexicano. González Busta- mante, Juan José. Obra citada. pág. 48.

acción está en manos de un sólo órgano estatal, como sucede en México, con la excepción indicada.

2.- Pluralidad de órganos estatales; el ejercicio de la acción penal queda en manos de diversos órganos del Estado, sin que se quebrante el principio del monopolio, como ocurre en Francia y Alemania.

3.- El ofendido por el delito es quién promueve la acción directa y substituye al Ministerio Público en los delitos perseguibles por querrela de parte. En Checoslovaquia existía la acción privada subsidiaria, cuando el Ministerio Público no promovía la acción o se apartaba de ella.

4.- Los Ciudadanos.

5.- Los Sindicatos.

Admitido el principio del monopolio de la acción por el Estado corresponde al Ministerio Público instituido ex-profeso, el ejercicio de la acción penal exclusivamente y este principio se ha consagrado en la mayoría de las naciones. Al monopolio de la acción penal por el estado, se opone al monopolio de la acción penal por los ciudadanos, como en la antigüedad sucedía en Roma y actualmente en Inglaterra, sin embargo, en la Gran Bretaña, se ha modificado el principio de que los ciudadanos intervengan directamente en el ejercicio de la acción, en Francia no sólo el Ministerio Público ejercita la acción penal, sino que también otros organismo estatales,

cuando se trata de infracciones a las leyes aduanales, de agua y arbolados.

Se admite también la concurrencia de la parte lesionada por el delito, con intervención privada, para los delitos de querrela o intervención accesoria, se argumenta que la intervención en el proceso penal parte de un concepto esencialmente privatístico, en el derecho Alemán el Ministerio Público no interviene cuando en su concepto del delito lleva implícito un interés público, existe, además el ejercicio de la acción penal por el ofendido en forma subsidiaria.

En Inglaterra el principio reconocido del monopolio de la acción penal por los ciudadanos o acción popular, se admite la acción popular cuando todos los ciudadanos tienen determinada capacidad genérica o específica para ejercitar por sí mismos la acción en representación del Estado. La acción popular puede ser exclusiva, como lo fue en Roma y actualmente lo es en Inglaterra y en algunos Estados de Norteamérica para ciertos delitos; en España Existe el sistema de acusación estatal así como el sistema de acusación privada y acción popular, en Francia se reconoce a los sindicatos el ejercicio de la acción penal y se faculta a los mismos para intervenir en todas las jurisdicciones cuando se trata de un perjuicio directo o indirecto al interés colectivo que representa.

Si conocemos la tendencia de monopolizar la acción penal dejándola en manos del Estado, es evidente que no debe acep-

tarse la intervención del lesionado ni tampoco la de los sindicatos, porque equivale a limitar el carácter esencialmente público que tiene la acción penal.

4.- Principios que disciplinan en funcionamiento del Ministerio Público

Para que la Institución del Ministerio Público, pueda cumplir fielmente su función, es imprescindible que observe determinados principios que le son inherentes, y que son:

Unidad en el mando.- El reconocimiento de un superior jerárquico que es el procurador de justicia, la institución - constituye una pluralidad de funcionarios, pero su representación es coherente y armónica, la unidad consiste en que haya unidad de mando y dirección en todos los actos en que intervengan los funcionarios del Ministerio Público, las personas físicas que forman parte de la Institución, constituyen una pluralidad de funcionarios, pero su representación es única e invariable.

Indivisibilidad.- Cada uno de los funcionarios del Ministerio Público representa la Institución y actúa de una manera impersonal, la persona física que representa la institución, no obra en nombre propio, sino en nombre del órgano del que forma parte, puede ser libremente substituido por otro, sin que sea necesario hacer saber al inculcado el nombre del nuevo Ministerio Público.

Independencia.- Es una de las condiciones esenciales para el buen funcionamiento de la institución, es muy relativa- mientras no se logre su completa autonomía y se desligue del Poder Ejecutivo, para conseguirlo es indispensable que se consagre la inamovilidad para los funcionarios del Ministerio Público, a fin de que queden colocados en una posición de independencia y libertad en lo que se refiere al desempeño de sus funciones y al margen de toda influencia política. (14)

(14) Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. González - Bustamante, Juan José. Obra citada. págs. 59-60.

CAPITULO III
EL MONOPOLIO DE LA ACCION PENAL

1.- Periodo de preparación de la acción penal

Podemos definir el ejercicio de la acción penal como "un conjunto de actividades realizadas por el Ministerio Público ante el Organó Jurisdiccional, con la finalidad de que éste, posteriormente pueda declarar el derecho en un acto que el propio Ministerio Público estima delictuoso". (15)

Es la ejecución de los actos necesarios para obtener la imposición de una pena al autor del delito, el Ministerio Público ejercita acción penal, con el propósito de obtener de los tribunales en cada caso concreto, la aplicación de la ley penal.

"La preparación del ejercicio de la acción penal se sucede en la averiguación previa, etapa procedimental en que el Ministerio Público en ejercicio de la facultad de policía judicial, practica todas aquellas diligencias necesarias que le permiten estar en aptitud de ejercitar la acción penal, debiendo integrar para esos fines el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad". (16)

(15) El Procedimiento Penal. Rivera Silva, Manuel. Editorial-Porrúa, S.A. Cuarta Edición. México, 1967. pág. 60.

(16) Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Colín Sánchez, Guillermo. Editorial Porrúa, S.A. Primera Edición. México, 1964. pág. 229.

El periodo de preparación de la acción penal, principia en el momento en que la autoridad investigadora tiene conocimiento de la comisión de un hecho delictuoso o que aparentemente tenga tal característica y termina con la consignación.

La primera fase del procedimiento penal que abarca de la averiguación previa a la consignación, tiene por objeto investigar el delito y recoger las pruebas indispensables para que el Ministerio Público se encuentre en condiciones de resolver si ejercita o no la acción penal, el Ministerio Público, como Jefe de la Policía Judicial, recibe las denuncias o querellas de los particulares o de cualquier autoridad sobre hechos que están determinados en la ley como delitos, practica las primeras diligencias, asegura los objetos, instrumentos del delito y busca la posible responsabilidad penal de quienes hubiesen intervenido en su comisión.

Durante esta actividad, el órgano que la realiza trata de proveerse de las pruebas necesarias para comprobar la existencia de los delitos y estar en aptitud de comparecer ante los tribunales y pedir la aplicación de la ley. La actividad investigadora es presupuesto forzoso y necesario del ejercicio de la acción penal, es decir, de exitar al órgano Jurisdiccional para la aplicación de la ley al caso concreto.

En nuestro derecho las disposiciones legales que regulan cada etapa son: los artículos 16 Constitucional, 1º fracción I del Código de Procedimientos Penales en Materia Federal y -

artículo 3º fracción I y 94 del Código de Procedimientos Penales en el Distrito Federal.

El artículo 16 Constitucional señala que para la válida promoción de la acción penal deberán darse los siguientes requisitos: la existencia de un hecho u omisión que defina la ley penal como delito, debiendo entenderse que el delito imputado parte de un supuesto lógico; que el hecho se atribuya a una persona física, ya que no se puede enjuiciar ni juzgar a una persona moral; que el hecho u omisión llegue al conocimiento de la autoridad por medio de la querrela o de la denuncia; que el delito imputado merezca sanción corporal; que la afirmación de querellante o denunciante esté apoyada por declaración de persona digna de fe o por otros elementos de prueba que hagan presumir la responsabilidad del inculcado.

En nuestro derecho no existe ningún precepto legal que señale el tiempo que debe durar la averiguación previa, por lo tanto cuando no hay detenido el problema se agrava, porque queda al arbitrio del Ministerio Público el realizar o no la averiguación y posteriormente la consignación en un tiempo determinado, en nuestro concepto hay dos aspectos importantes, primero cuando se denuncia la comisión de un delito ante el Ministerio Público y éste no realiza las diligencias necesarias que le están encomendadas por mandato constitucional y ni ejercita la acción penal mediante la consignación en un término prudente, está afectando intereses de la parte ofendi

da y más aún el derecho e interés social en la persecución del delito, por otra parte se presenta el problema de que cuando en la tramitación de las diligencias de averiguación previa exista detenido y el Ministerio Público no realiza la consignación, está violando garantías de la persona que se encuentra detenida, a la cual sólo se le considera como pregunta responsable y quien en todo caso debe ser puesta luego a disposición de las autoridades competentes.

Como para ejercitar la acción penal, deberán satisfacerse ciertas exigencias legales, el término 24 horas de que habla el artículo 107 Constitucional se observará y dentro del mismo se lleva a cabo la consignación, ello rompería con la realidad, porque la práctica ha demostrado la imposibilidad de que en ese lapso el Ministerio Público pueda realizar las diligencias características de una averiguación seria y consciente, de lo contrario se llegaría al extremo de consignar hechos no constitutivos de delito y a personas ajenas a los mismos.

2.- Iniciación del ejercicio de la acción penal

Para iniciar el ejercicio de la acción penal, es necesario el cumplimiento de ciertos requisitos legales, estos requisitos son la presentación de la denuncia, acusación o quejella, conforme se señala en el artículo 16 Constitucional, el cual señala: no podrá librarse ninguna orden de aprehen-

sión o detención, a no ser por una autoridad judicial, sin que proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado.

El Ministerio Público puede tener conocimiento de un hecho delictuoso, en forma directa o por conducto de los particulares, por medio de la Policía o de quienes estén encargados de un servicio público, y por acusación o querrela.

La denuncia, es la relación de actos, que se suponen delictuosos, hecha ante la autoridad investigadora con el fin de que ésta tenga conocimiento de ellos.

"A la denuncia se le considera con doble aspecto, general y procesal, desde el punto de vista general, es el medio de hacer saber a las autoridades la probable comisión de un hecho delictuoso, o que éste se ha llevado a cabo.

En el orden al procedimiento penal, es el medio a través del cual los particulares hacen del conocimiento del Ministerio Público que se ha cometido un hecho delictuoso, ya sea en su agravio o de un tercero". (17)

(17) Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Colín Sánchez, Guillermo. Editorial Porrúa, S.A. Primera Edición México, 1964. pág. 232.

La denuncia puede ser presentada por cualquier persona, sin importar que la misma venga de un nacional o extranjero, ni el sexo, ni la edad serán obstáculo, denunciar los delitos es de interés general porque al quebrantarse el ordenamiento jurídico, se produce en la sociedad un sentimiento de repulsa hacia el infractor, a quien su proceder indebido exige se le imponga una pena correspondiente.

Denunciar los delitos presenta una dificultad, si es una obligación o una facultad potestativa, Manuel Rivera Silva en su libro Procedimiento Penal considera que la obligatoriedad de la presentación de la denuncia es parcial y no absoluta, ya que al hablar de la obligatoriedad se requiere que exista una sanción, es decir cuando el legislador quiere que no se cometa un acto, fija una sanción a la comisión del mismo, si quiere que se denuncien los hechos delictuosos de los cuales se tiene conocimiento debe fijar una sanción para cuando no se hace la denuncia.

En nuestro derecho, el Código Federal de Procedimientos Penales en sus artículos 116 y 117 establecen la obligación de presentar la denuncia, sin que se señale sanción a falta de cumplimiento, pudiéndose concluir, en términos generales, que no existe obligación jurídica de presentarla.

La denuncia se hará verbalmente o por escrito, al Ministerio Público o Agente de la Policía Judicial, situación que obliga a proceder de oficio a la investigación de los delitos,

siempre y cuando no se trate de infracciones que requieran para su persecución se satisfaga algún requisito de procedibilidad.

La querrela, "se puede definir como una relación de hechos expuesta por el ofendido ante el órgano investigador, con el deseo manifiesto de que se persiga al autor del delito". (18)

La querrela contiene una relación de actos delictuosos ante el Ministerio Público, la querrela no es únicamente acusar a una persona determinada, es decir señalar el nombre de una persona que ha cometido un delito y pedir se le castigue, sino que es el medio para hacer del conocimiento de la autoridad la existencia de un delito y exige una suposición de hechos que viene a integrar el acto sancionado por la ley.

Requisito indispensable de la querrela es que sea hecha por la parte ofendida, pues en los delitos que se persiguen por querrela necesaria entra en juego el interés particular, que es más fuerte que el daño sufrido por la sociedad en la comisión de éstos delitos, es decir que podría ocasionar daños mayores a un particular que los que experimenta la sociedad por el mismo delito.

El derecho de querrela se extingue, por muerte del agra-

(18) El Procedimiento Penal. Rivera Silva, Manuel. Editorial-Porrúa, S.A. Cuarta Edición. México, 1967. pág. 115.

viado, por perdón, por muerte del responsable y por prescripción.

En el Derecho Mexicano los requisitos de procedibilidad son la querrela, la exitativa y la autorización, en algunos casos para que se inicie el procedimiento es necesario que se den los requisitos mencionados y aunque pudiera ser que el Ministerio Público, aun sin ellos hubiera llevado a cabo la averiguación previa y la consignación de los hechos, no se integraría el completo desarrollo del proceso.

Los requisitos de procedibilidad son aquellas condiciones que legalmente deben satisfacerse para proceder en contra de quienes han infringido una norma de derecho penal, de éstos la querrela es uno de los requisitos indispensables para la iniciación del procedimiento.

La exitativa es la petición que hace el representante de un país extranjero para que se proceda penalmente en contra de quien ha pronunciado injurias al gobierno que representa o a sus agentes diplomáticos. Atendiendo a la personalidad internacional del Estado, se ha establecido para estos casos, que sean los agentes diplomáticos quienes manifiesten su voluntad para que se persiga el delito.

La autorización es el permiso concedido por una autoridad determinada en la ley, para que se pueda proceder contra algún funcionario que la misma ley señala, por la comisión de

un delito del orden común.

3.- Principios doctrinarios que rigen el ejercicio de la - - Acción Penal

Por los propósitos que persigue la acción penal y por el interés que existe de que el transgresor de la ley no se sustraiga de la acción de la justicia o que se pierdan los elementos de prueba que han de servir para promoverla, la acción penal debe ejercitarse en base a ciertos principios: El oficial, el dispositivo, el de legalidad y el de oportunidad.

El principio oficial y el principio dispositivo, la acción se pone en movimiento a impulsos del principio oficial, cuando se inicia de propia voluntad por los órganos del Estado creados con ese objeto. Se reconoce el principio dispositivo en la promovilidad de la acción, cuando sólo se pone en marcha por la iniciativa de los particulares. Es evidente que si la acción penal tiene un carácter público, debe regirse por el principio oficial, sin que esto signifique que se desconozca la actuación del principio dispositivo que tiene un carácter subsidiario.

El principio de la legalidad y el principio de la oportunidad, el principio de legalidad se funda en que, invariablemente, debe ejercitarse la acción penal siempre que se encuentren satisfechas las condiciones mínimas o presupuestos generales y cualquiera que sea la persona contra quien se intente.

El órgano de acusación se encuentra subordinado a la ley misma. Tiene el deber de ejercitar la acción, tan luego como las condiciones legales se encuentren satisfechas.

El principio de oportunidad, la acción penal no debe ejercitarse cuando así convenga a las razones del Estado, por que se turbe la paz social o se quebranten intereses políticos o de utilidad pública, campea un criterio de conveniencia que resulta muy perjudicial para satisfacer los anhelos de justicia, el ejercicio de la acción penal es potestativo, se deja en manos del órgano del Estado resolver sobre su ejercicio. México ha reconocido el principio de legalidad. Si están satisfechas las condiciones legales, el órgano de acusación no puede aludir su ejercicio, a pesar de que resulte perjudicial para los intereses del Estado. (19)

4.- Sistemas de garantía y control derivados del ejercicio de la Acción Penal

Una vez que el Ministerio Público ha practicado todas aquellas diligencias tendientes a reunir los requisitos establecidos por el artículo 16 Constitucional y considere que la averiguación previa se encuentra integrada, deberá proceder a su consignación, "que es el acto del Ministerio Público de

(19) Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. González-Bustamante, Juan José. Editorial Porrúa, S.A. Séptima Edición. México, 1971. págs. 47-48.

realización normalmente ordinario, que se efectúa una vez integrada la averiguación y en virtud de la cual se inicia el ejercicio de la acción penal, poniendo a disposición del juez todo lo actuado, así como las personas -si las hay- y las cosas relacionadas con la averiguación, en su caso". (Osorio y Nieto, César Augusto, La Averiguación Previa. pág. 25).

La consignación es procedente cuando en la averiguación previa se practicaron aquellas diligencias a través de las cuales se comprueba el cuerpo del delito imputado y la presunta responsabilidad.

Aunque el Ministerio Público tiene la atribución constitucional de perseguir los delitos, tendientes a ejercitar la acción penal ante el órgano jurisdiccional, en ocasiones la determinación de la indagatoria no es en ese sentido, debido a que puede resultar que por alguna circunstancia la averiguación se reserve mientras se obtienen mayores datos para su integración, o se archive porque de los hechos investigados no se desprende la comisión de delito alguno.

Esto último sucede cuando, no se reúnen los requisitos exigidos por el artículo 16 Constitucional, es decir porque existiendo denuncia de un hecho determinado que la ley castiga con pena privativa de libertad, aquellas no se encuentran apoyadas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del o de los inculpad^{os}; no existiendo denuncia o querrela de

un hecho determinado que la ley castiga con pena privativa de libertad, pero hay declaraciones bajo protesta de persona digna de fe u otros datos que hacen probable la responsabilidad del inculpado; existiendo denuncia o querrela de un hecho determinado que la ley castiga con pena privativa de libertad, apoyada por declaraciones, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hacen probable la responsabilidad del inculpado, el hecho imputado no configura delito alguno porque hay ausencia de tipo o la conducta desplegada no encuadra en ninguno de los ya establecidos por el Código Penal.

En el primer caso, el Ministerio Público se abstiene de ejercitar la acción penal porque se trata de imputación contra negativa, el segundo porque aún cuando hay declaración de testigos, u otros datos que hacen probable la responsabilidad del inculpado, no existe el requisito de procedibilidad establecido por el artículo 16 Constitucional, además de que, en México está prohibida la pesquisa de oficio, en el último supuesto, porque estaríamos ante una ausencia de tipo.

Reuniéndose los requisitos a que se refiere el artículo 16 Constitucional, el delincuente ha muerto, el ofendido otorgó perdón, la acción para perseguir el hecho delictuoso ha prescrito, el inculpado es menor de 16 años, existe una excusa absolutaria en favor del inculpado, existe una causa de inimputabilidad, existe una causa que extingue la acción penal.

En todos estos casos, el Ministerio Público que conozca de la averiguación propondrá el no ejercicio de la acción penal, quedando en manos del titular de la Procuraduría la aprobación o no de tal autorización.

Se ha discutido si es conveniente que exista un sistema de garantía y control para que la acción penal sea ejercitada de un modo obligatorio por su titular, si están satisfechos los requisitos legales, si la acción penal no es un derecho potestativo no corresponde a su titular decidir de manera arbitraria si se ejercita o no.

Cuando el Estado tiene el monopolio de la acción penal, confiándola al Ministerio Público, puede suceder que ésta se niegue en determinados casos a ejercitarla no obstante la presencia de los presupuestos generales de la acción y a pesar de que se hayan satisfecho las condiciones de procedibilidad cuando son necesarias, o en caso contrario se niegue a cumplir su misión a pesar de haber denunciado un delito perseguible de oficio o de existir elementos suficientes para proceder. Todo monopolio conduce a un abuso y precisa por lo mismo controlarlo, tratándose del monopolio de la acción penal en manos del propio Estado, quien por medio del órgano correspondiente se niega a actuar, que no quiere intentar la acción puesta en sus manos, fundado precisamente en que es el único capacitado para ejercitarla, diríamos que se encuentra en un error o que está cometiendo una arbitrariedad, que el poder

jurídico de exitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal, y que de acuerdo con el principio de legalidad que gobierna el ejercicio de la acción penal, debe actuar siempre de que se le den los presupuestos generales, tal situación se ha procurado resolverla encontrando un medio o forma para controlar el ejercicio de la acción penal, conferido exclusivamente al Ministerio Público.

Contra las disposiciones dictadas por los funcionarios del Ministerio Público determinando no haber elementos suficientes para el ejercicio de la acción penal se ha establecido un control interno, señalándose que el denunciante o querrelante podrá ocurrir dentro de los quince días siguientes al que se le hubiese sido notificado la resolución, el Procurador General de Justicia quien oyendo el parecer de sus Agentes Auxiliares, decidirá bajo su más estricta responsabilidad, si confirma, revoca o modifica la resolución recurrida.

Si el Ministerio Público, se niega a ejercitar la acción penal, y el Procurador de Justicia confirma el mandamiento de negativo, sólo es procedente el juicio de responsabilidad, sin embargo se ha querido encontrar la solución en el juicio de garantías y con motivo de la resolución dictada por la Suprema Corte de Justicia, interpretando el artículo 21 Constitucional, en sentido de que no existe violación constitucional cuando el Ministerio Público se niega a ejercitar acción,

se argumenta que tal disposición legal invocada, garantiza a todo ciudadano que sólo el Ministerio Público podrá ejercitar acción penal, y además sólo se perseguirán los delitos por el Ministerio Público, siempre que éste sepa de su existencia y se satisfagan los requisitos legales.

En ese sentido la Suprema Corte de Justicia ha establecido:

El Ejercicio de la acción penal compete exclusivamente al Ministerio Público y no a los particulares, de donde se deduce que dicha acción no está, ni puede estar comprendida en el patrimonio de éstos, ni constituye un derecho privado de los mismos; de manera que la abstención del ejercicio de esa acción, por el Ministerio Público, aún en el supuesto de que esta sea indebida, no viola ni puede violar garantía individual alguna. Quinta época: Tomo XXXIV, pág. 2595. Cía. Mexicana de Garantías, S.A.

De acuerdo con el artículo 21 Constitucional, el ejercicio de la acción persecutoria es facultad exclusiva del Ministerio Público, que representa a la sociedad. Eso obliga a excluir dicha acción del patrimonio privado, sin que obste en contrario cualquier actitud indebida en que sobre el particular incurra el Ministerio Público, porque en todo caso, esa actitud vulneraría derechos sociales, entre los que se cuenta el de perseguir los delitos, lo que, a lo sumo, podría motivar en contra del funcionario infractor de la ley, el consi-

guiente juicio de responsabilidad, pero no una controversia - constitucional, que, de prosperar, tendría como resultado que se obligara a la autoridad responsable a ejercitar la acción penal, cosa equivalente a dejar al arbitrio de los Tribunales de la Federación la persecución de los delitos, que por disposición expresa de la Ley Suprema queda fuera de sus atribuciones. Quinta Epoca: Tomo LXXII. pág. 379. Gutiérrez Anselmo.

Si bien es verdad que el ejercicio de la acción penal - compete exclusivamente al Ministerio Público, conforme a los términos del artículo 21 Constitucional, también es que la - falta de ese ejercicio es legal por parte del Ministerio Público, cuando los datos que arroja la averiguación son insuficientes para darle vida, debiendo advertirse que aun en el su puesto que fuera susceptible de juzgarse indebida, lesionaria en último extremo, el derecho social de perseguir los delitos, lo cual sería motivo para seguir un juicio de responsabilidad, pero de ninguna manera daría materia para una controversia - constitucional; pues de establecerse lo contrario, es decir - de conceder el amparo, éste tendría por objeto obligar a la - autoridad responsable a ejercitar la acción penal (a sabien-- das de que no existen elementos bastantes para darle movimien to o que operen impedimentos legales para lo mismo), lo cual equivaldría a dejar al arbitrio de los tribunales de la Federa-- ción, la persecución de los delitos contrariando expresamen te el contexto del artículo 21 invocado. Quinta Epoca: Tomo C. pág. 1010 8285/68. Mayoría de 3 votos.

(Prontuario del Proceso Penal Mexicano, Sergio García -
Ramírez, Victoria Adato de Ibarra. Editorial Porrúa, S.A. Se-
gunda Edición. México, 1982. págs. 33-34.).

CAPITULO IV

LOS EXTRANJEROS Y SU CONDICION JURIDICA
EN EL DERECHO INTERNACIONAL

1.- Definición de extranjero

Resulta difícil precisar el concepto de extranjero ya que la mayoría de los autores difieren en su definición, sin embargo haciendo referencia a algunos de ellos nos damos cuenta sobre todo como ellos lo hacen citando al nacional, quienes extranjero en determinado momento.

Orué y Arreguí nos dice "que en sentido vulgar se entiende por extranjero el individuo que no es nacional. En un orden general, este autor define al extranjero como aquel individuo sometido simultáneamente a más de una soberanía". (20)

"Los individuos se dividen en dos categorías, los nacionales y los no nacionales". (21)

Y.A. Korovin, concibe al extranjero como el individuo que está en el territorio de un Estado del que no es ciudadano y que sí, en cambio lo es de otro.

(20) Derecho Internacional Privado. Arellano García, Carlos. Editorial Porrúa, S.A. Cuarta Edición. México, 1980. pág. 287.

(21) Principios de Derecho Internacional Privado. Niboyet, -- Jean Paulin. Editorial Nacional. Selección de la Segunda Edición. México, 1969. pág. 2.

El artículo 33 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece: son extranjeros los que no posean las calidades señaladas en el artículo 30.

Arellano García señala, que tiene el carácter de extranjero la persona física o moral que no reúne los requisitos establecidos por el sistema jurídico de un Estado determinado para ser considerada como nacional.

El artículo 30 Constitucional señala quienes son mexicanos por nacimiento y quienes por naturalización.

Son mexicanos por nacimiento: Los que nazcan en territorio de la República, sea cual fuere la nacionalidad de sus padres; los que nazcan en el extranjero de padres mexicanos de padre mexicano o madre mexicana.

Son mexicanos por naturalización: Los extranjeros que obtengan de la Secretaría de Relaciones carta de naturalización, y la mujer o el varón extranjeros que contraigan matrimonio con varón o mujer mexicanos y tengan o establezcan su domicilio en territorio nacional.

2.- El trato a los extranjeros en el derecho internacional

En la legislación interna de los Estados el trato jurídico dado a los extranjeros han sido orientados por diferentes sistemas que se pueden resumir en los siguientes enunciados: Sistema de la reciprocidad diplomática; Sistema de la recipro

cidad legislativa; Sistema de la equiparación a nacionales.

El sistema de la reciprocidad diplomática, está inspirado en el Código de Napoleón que señala: El extranjero disfrutará en Francia de los mismos derechos civiles que se hayan concedido o se concedan en adelante a los franceses, por los tratados celebrados con la nación a la que el extranjero pertenece.

Conforme lo expuesto anteriormente, los extranjeros tendrían los derechos civiles estipulados en los tratados celebrados con los Estados a que ellos perteneciesen, pero si se careciere de tratados no gozarían de derecho alguno.

Algunos autores manifiestan que este sistema es muy severo ya que si se carece de tratados, la situación del extranjero es desfavorable y queda desprotegido.

Sistema de reciprocidad legislativa, también llamada reciprocidad internacional, -se caracteriza como aquella en que los Estados conceden a los extranjeros los derechos que sus nacionales gocen en el país de tales extranjeros.

En este sistema, si un Estado emite disposiciones legislativas favorables a los extranjeros estará favoreciendo a sus nacionales que residen en un Estado en el que se acepte el sistema de la reciprocidad legislativa, igualmente perjudicará a sus nacionales en los países que establezcan la reciprocidad legislativa en toda cuestión en la que se fije res--

tricciones para los extranjeros.

Sistema de equiparación a nacionales, en este sistema se observa un grado más de avance de los derechos de los extranjeros a su favor, el Estado que regula la condición jurídica de los extranjeros, en un gesto de desprendimiento, concede igual goce de derechos a los extranjeros que el que corresponde a los nacionales, esto significa que los derechos que la ley concede a los extranjeros se protegerán en la misma forma que como se protegen los derechos de los nacionales, no entendiéndose que los extranjeros gozarán de los mismos privilegios que los nacionales.

3.- El mínimo de derechos reconocidos internacionalmente a los extranjeros

Se ha dicho que los Estados regulan en el ámbito territorial que les corresponde, la condición jurídica de los extranjeros y que esta regulación está subordinada, para no incurrir en responsabilidad internacional, al respecto de un mínimo de derechos que el Derecho Internacional señala en favor de los extranjeros, el problema es determinar cual es ese mínimo de derechos establecidos por el derecho internacional y obligatorio para los Estados.

Diversos autores admiten la existencia de un mínimo de derecho que el Derecho Internacional consagra a favor de los extranjeros, pero hay indeterminación muy generalizada en pre-

cisar ese mínimo, se necesitarían mayores esfuerzos doctrinales e internacionales de autores y gobierno para que se señalaran los derechos que deben integrar el mínimo a respetar - por los legisladores internos de cada Estado.

El mínimo de derechos no ha de establecerse por comparación con los derechos de los nacionales, en un Estado cuyas - instituciones jurídicas y sociales están bien desarrolladas, - es posible que el mínimo de derechos en favor de los extranjeros se satisfaga aunque los extranjeros están en evidente situación de inferioridad en comparación con los nacionales; en un Estado de gobierno autocrático, es factible que el mínimo de derechos de que deben gozar los extranjeros sólo se satisfaga si a éstos se les otorga más derechos que a los nacionales, o bien pudiera suceder que sólo el trato igualitario a - nacionales y extranjeros en un país determinado llenara el mínimo requerido.

Lo realmente necesario es que a los extranjeros se les - respete el mínimo de derechos que les corresponde independien - temente de su situación de inferioridad, superioridad o igualdad en relación con los nacionales de cada Estado.

"Sería erróneo suponer que un Estado cumple como debe sus obligaciones por el hecho de asegurar a los extranjeros el - mismo trato que a los nacionales. En efecto, es una regla generalmente admitida, la de que el trato otorgado al extranjero debe ser superior al del nacional cuando el otorgado a es-

te último se considere insuficiente y no pueda, por lo tanto, servir de norma para fijar el límite de las obligaciones internacionales del Estado". (22)

Hans Kelsen señala que en lo que se refiere a los derechos, cada Estado está obligado por el derecho internacional general a otorgar a los extranjeros, por lo menos la igualdad ante la ley con sus nacionales en cuanto a la seguridad de las personas y la propiedad, esto no significa que el derecho del Estado deba conferir a los extranjeros los mismos derechos que a sus nacionales. La situación jurídica que se otorgue a los extranjeros no debe estar por debajo de un nivel mínimo de civilización.

Verdross por su parte señala, todos los derechos de los extranjeros que se fundan en el Derecho Internacional común parten de la idea de que los Estados están obligados entre sí a respetar en las personas de los extranjeros la dignidad humana. Y ello se debe de que hayan de concederles los derechos inherentes a una existencia humana digna de tal nombre.

En el sentir de los pueblos civilizados, los derechos que dimanen de esta idea pueden resumirse en cinco grupos: todo extranjero ha de ser reconocido como sujeto de derecho; los derechos privados adquiridos por los extranjeros han de -

(22) Principios de Derecho Internacional Privado. Niboyet - Jean, Paulin, Editorial Nacional. Selección de la Segunda Edición, 1969. pág. 126.

respetarse en principio; han de concederse a los extranjeros - los derechos esenciales relativos a la libertad; han de quedar abiertos al extranjero los procedimientos judiciales; los extranjeros han de ser protegidos contra los delitos que amenazan su vida, libertad, propiedad y honor.

El derecho internacional se ha venido inclinando por establecer derechos del hombre como entidad humana, sin importar su calidad de nacional o extranjero ya que al precisar - los derechos de cualquier hombre quedarán también precisados - los derechos de las personas físicas extranjeras.

Ha habido tentativas internacionales tendientes a especificar con claridad los derechos de los extranjeros; como la - Primera Conferencia Internacional de Estados Americanos reunidos en Washington de finales de 1889 a 1890 en la que se establecían los siguientes principios:

1.- Los extranjeros tienen derecho de disfrutar de todos los derechos civiles que gozan los nativos y se les deben - - acordar todos los beneficios de dichos derechos, tanto en lo - substancial como en procedimiento, y los remedios legales co rrespondientes les deben ser garantizados de manera igual a - los nativos.

2.- Un Estado no reconoce a favor de los extranjeros - - otras obligaciones o responsabilidades que las establecidas - en favor de los nacionales por la Constitución y las leyes.

La Segunda Conferencia Panamericana, reunida en México, de 22 de octubre de 1901 a 22 de enero de 1902, respecto a los extranjeros señaló: Los Estados no son responsables de los daños sufridos por los extranjeros, a causa de actos facciosos o de individuos particulares, ni en general de los daños originados por casos fortuitos, considerándose como tales los actos de guerra, sea civil o nacional, salvo en los casos de que la autoridad constituida se haya mostrado remisa en el cumplimiento de sus deberes. En todos los casos en que un extranjero tenga reclamación o queja de orden civil, criminal o administrativa contra un Estado o sus nacionales, deberá interponer su demanda ante el tribunal competente del país; y no podrá reclamar por vía diplomática sino en los casos en que haya habido, por parte de ese tribunal, manifiesta denegación de justicia o demora anormal o violación evidente de los principios del derecho internacional.

En la Sexta Conferencia Internacional Americana, reunida en la ciudad de la Habana de enero a febrero de 1928, se reitera el principio de igualdad entre nacionales y extranjeros.

El Código de Bustamante confirma la tendencia a la igualdad de los extranjeros con los nacionales al establecer: los extranjeros que pertenezcan a cualquiera de los Estados contratantes gozan, en el territorio de los demás, de los mismos derechos civiles que se concedan a los nacionales; los extranjeros que pertenezcan a cualquiera de los Estados contratan-

tes gozarán asimismo en el territorio de los demás de las garantías individuales idénticas a las de los nacionales, salvo las limitaciones que en cada caso establezcan la constitución y las leyes.

En la Séptima Conferencia Internacional, celebrada en la Ciudad de Montevideo, Uruguay, en 1933, se aprobó una Convención sobre los derechos y deberes de los Estados en donde se estableció en el artículo 9º que los nacionales y los extranjeros deben recibir la misma protección de la ley y de las autoridades nacionales, y los extranjeros no pueden reclamar derechos distintos o más amplios que los de los nacionales.

CAPITULO V

LA CONDICION JURIDICA DE LOS EXTRANJEROS EN
EL DERECHO MEXICANO1.- Desarrollo histórico de la condición jurídica de los
extranjeros en el Derecho Mexicano

El conocimiento histórico sobre la condición jurídica del extranjero en México, debe encontrarse en la legislación española que estuvo vigente desde la conquista, la época de la colonia hasta la consumación de la independencia y aun en la primera época del México independiente.

"En el período colonial y por algún tiempo desde la independencia de México, rigió la antigua legislación española, que está en vigor hasta que se inició por el Presidente Juárez la Reforma y se promulgaron leyes que cambiaron por completo la legislación civil. En las antiguas leyes españolas no existió un sistema de derecho internacional y apenas encontramos disposiciones aisladas como la ley Segunda, título 2º Lib. I del Fuero Juzgo que mandó que los extranjeros fueran juzgados por sus jueces y leyes, y lo más preciso y apegado a la territorialidad del derecho fue la ley V título 6º Lib. I del Fuero Real que prohibió la aplicación de las leyes extranjeras en los juicios, y en la ley XV título 14, part. 1a. de las Leyes de Partidas, que hizo obligatorias sus disposicio--

nes a nacionales y extranjeros". (23)

Las Leyes de Indias en una recopilación de disposiciones que referidas a la condición jurídica de los extranjeros, representan la tendencia de aislamiento que adoptaron los españoles respecto de sus colonias, se prohibió, el acceso de los extranjeros a estas tierras a través de diversas disposiciones, ningún extranjero ni persona prohibida puede tratar en las Indias, ni pasar a ellas, bajo pena de la vida pedimento de bienes, las autoridades debían procurar la limpieza de la tierra de extranjeros.

Una fórmula precursora de lo que había de ser el derecho del México Independiente, está representada por la Constitución de Apatzingán de 22 de octubre de 1814, que adopta la tendencia asimiladora del elemento extranjero radicado en el territorio mexicano. En su artículo 14 manifiesta: los extranjeros radicados en este suelo, que profesaren la religión católica, apostólica y no se opongan a la libertad de la nación, se reputarán también ciudadanos de ella, en virtud de carta de naturaleza que se les otorgará y gozarán de los beneficios de la ley.

El Plan de Iguala de 24 de febrero de 1821, establece: un trato de plena igualdad de nacionales y extranjeros al ma-

(23) Derecho Internacional Privado. Arce, Alberto. Editorial - Universidad de Guadalajara. Sexta Edición. Guadalajara, - Jal., 1968. pág. 61.

nifestar expresamente en el artículo 12 que todos los habitantes de México, sin otra distinción de su mérito y virtudes - son ciudadanos idóneos para optar cualquier empleo.

A través del Tratado de Córdoba de 14 de agosto de 1821, se determina la soberanía e independencia de lo que se llamaría imperio mexicano, se estableció sin distinciones entre nacionales y extranjeros, el derecho de toda persona de trasladarse a donde más le convenga.

Las Bases Constitucionales de 1822, manifiesta igualdad de derechos civiles en todos los habitantes libres del imperio, sea el que quiera su origen en las cuatro partes del mundo.

El Decreto de 16 de mayo de 1823 el Congreso Constituyente dio su autorización al Poder Ejecutivo para expedir cartas de naturalización en favor de extranjeros que lo solicitaran, bajo los requisitos exigidos por el mismo.

A efecto de incrementar la inmigración extranjera y resolver el problema de escasa demografía, el Decreto de 19 de agosto de 1824 sobre colonización ofreció a los extranjeros - que vinieran a establecerse en México, toda clase de garantías en su persona y sus propiedades, conforme a la ley el extranjero comenzaba a tener en suelo mexicano los mismos derechos que los nacionales en lo relativo a su persona e intereses.

La igualdad de derechos de nacionales y extranjeros se garantiza en el Acta Constitutiva de 31 de enero de 1824, en este documento constitucional a través de su artículo 30 señala, que la nación está obligada a proteger por leyes sabias y justas los derechos del hombre y del ciudadano.

La Primera de las Siete Leyes Constitucionales de 29 de diciembre de 1836, referente a los derechos y obligaciones de los mexicanos y habitantes de la República, determinó la condición de los extranjeros en la siguiente forma: los extranjeros introducidos legalmente en la República, gozan de todos los derechos naturales y además los que se estipulan en los tratados para los súbditos de sus respectivas naciones y están obligados a respetar y sujetarse a las leyes del país en las cosas que puedan corresponderles.

El artículo 8º de las Bases Orgánicas de 12 de junio de 1843, establecía como obligación de todos los habitantes de la República, sin establecer diferencia entre nacionales y extranjeros, observar la Constitución y las leyes y obedecer a las autoridades.

Los artículos 10, 32 y 33 de la Constitución de 1857 son disposiciones en las que ya se asienta un trato diferencial, según el artículo 1º establece que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales, sólo se limitan los derechos del hombre en materia política. El artículo 32 señala que los mexicanos serían preferidos a los extranjeros.

trajeros, en igualdad de circunstancias, para todos los empleos, cargos o comisiones de nombramiento de las autoridades, en las que sea indispensable la calidad de ciudadano. El artículo 33 establece expresamente en favor de los extranjeros, que éstos tiene derecho a las garantías consagradas en la sección primera del título I de esta Constitución, pero reserva a favor del gobierno la facultad para expulsar al extranjero pernicioso, los extranjeros tienen la obligación de contribuir a los gastos públicos, de obedecer y respetar las instituciones, leyes y autoridades del país, sujetándose a los fallos y sentencias de los tribunales, sin poder intentar otros recursos que las leyes conceden a los mexicanos.

La ley de 28 de mayo de 1886, conocida con el nombre de Ley Vallarta, por haber sido su autor el insigne Ignacio L. Vallarta o Ley de Extranjería y Naturalización, dedicó todo el capítulo IV a los derechos y obligaciones de los extranjeros, regulando la situación jurídica de los extranjeros, precisó la igualdad de nacionales y extranjeros en el goce de los derechos civiles y unificó la legislación nacional declarando que los Código Civiles y de Procedimientos Civiles del Distrito Federal debían aplicarse en toda la república a los extranjeros.

En principio se desea la igualdad de nacionales y extranjeros tanto en el goce de los derechos civiles como para el disfrute de las garantías individuales consagradas en la Cons

titución de 1857. Este principio tiene varias salvedades restrictivas para los extranjeros, el gobierno mexicano puede expulsar al extranjero pernicioso, no gozan de derechos políticos que corresponden a los ciudadanos, los extranjeros están exentos del servicio militar.

La Constitución de 1917, en el artículo 32 más explícita al establecer mayores limitaciones para los extranjeros en el desempeño de ciertos cargos, respecto a los cuales se ha juzgado necesario poseer la nacionalidad mexicana. Respecto al artículo 33 de la Constitución de 1917 preconiza el derecho del gobierno mexicano para expulsar al extranjero pernicioso y establece la posibilidad de que se le expulse sin necesidad de juicio previo; establece que los extranjeros han de sujetarse a los fallos y sentencias de los tribunales, sin poder intentar otros recursos que los que las leyes conceden a los mexicanos.

La legislación sobre nacionalidad y naturalización de 1934 no hace una codificación del gran número de disposiciones dispersas que en Derecho Mexicano regulan la condición jurídica de los extranjeros, por ello es de desearse desde hace mucho tiempo, la expedición de un Código de Extranjería que recopile y armonice el gran número de disposiciones dispersas sobre condición jurídica de extranjeros.

2.- Calidades Migratorias

Como ya se ha mencionado, el extranjero goza de todas las garantías establecidas en la Constitución, con las excepciones que la misma señala, pero a fin de que dichos extranjeros puedan internarse y permanecer legalmente en nuestro país, tendrá que cumplir con las disposiciones que al respecto determina la Ley General de Población.

Para el estudio, planeación y despacho de los asuntos relativos a la Administración Pública, entre otros, el Poder Ejecutivo tiene encargada a la Secretaría de Gobernación el "formular y conducir la política demográfica, salvo lo relativo a la colonización, asentamientos humanos y turismo".

El artículo 32 de la Ley General de Población establece respecto de la inmigración que: "la Secretaría de Gobernación fijará previos los estudios demográficos correspondientes, el número de extranjeros cuya internación podrá permitirse al país, ya sea por actividades o por zonas de residencia, y sujetará a las modalidades que juzgue pertinentes, la inmigración de extranjeros, según sean sus posibilidades de contribuir al progreso nacional".

La internación y residencia en México podrá hacerse bajo las calidades de no inmigrante y de inmigrante (art. 41 L.G.P.) calidades que a su vez comportan varias características.

No inmigrante es el extranjero que con permiso de la Secretaría de Gobernación se interna en el país temporalmente.

Turista, de acuerdo con la Ley General de Población es la persona que se interna en el país con fines de recreo o salud, para actividades artísticas, culturales o deportivas no remuneradas ni lucrativas, con temporalidad máxima de seis meses.

Transmigrante, extranjero en tránsito hacia otro país que puede permanecer en territorio nacional, hasta por treinta días.

Visitante; extranjero que se interna en territorio nacional para dedicarse al ejercicio de alguna actividad lucrativa o no, siempre que sea lícita u honesta, con autorización para permanecer en el país hasta por seis meses, prorrogables por una sola vez por igual temporalidad, excepto si durante su estancia vive de sus recursos traídos del extranjero, de las rentas que éstas produzcan o de cualquier ingreso proveniente del exterior, o para actividades científicas, técnicas, artísticas, deportivas o similares, en que podrán concederse dos prórrogas más.

Consejero; extranjero que se interna en territorio nacional para asistir a asambleas o sesiones de Consejo de Administración de empresas o para prestarle asesoría y realizar temporalmente funciones propias de sus facultades. Esta autoriza--

ción será hasta por seis meses improrrogables.

Asilado Político, extranjero que se interna en territorio nacional para proteger su libertad o su vida de persecuciones políticas en su país, autorizado por el tiempo que la Secretaría de Gobernación juzgue conveniente, atendiendo a las circunstancias que en cada caso concurran, la misma Secretaría podrá otorgar la calidad que juzgue conveniente para continuar su legal estancia en su país. Asimismo, si el asilado político se ausenta del país, perderá todo derecho a regresar a esta calidad migratoria, salvo que haya salido con permiso de la propia Dependencia.

Estudiante, extranjero que se interna en territorio nacional para iniciar, completar o perfeccionar estudios, con prórrogas anuales y autorización para permanecer en el país sólo el tiempo que duren sus estudios y el que sea necesario para obtener la documentación final escolar respectiva, pudiendo ausentarse del país, cada año, hasta por 120 días en total.

Visitante distinguido, es el caso de investigadores científicos o humanistas de prestigio internacional, periodistas u otras personas prominentes, a los que la Secretaría de Gobernación, en casos especiales y de manera excepcional, podrá otorgarles permisos cortesía para internarse y residir en el país hasta por seis meses, pudiendo renovarse dichos permisos cuando la propia Secretaría lo estime pertinente.

Visitantes Locales, extranjeros autorizados para visitar puertos marítimos o ciudades fronterizas, sin que su permanencia exceda de tres días.

Visitante Provisional, es toda aquella persona extranjera a la que la Secretaría de Gobernación autoriza como excepción hasta por 30 días, su desembarco provisional cuando llegue a puertos de mar o aeropuertos con servicio internacional y cuya documentación carece de algún requisito secundario. En estos casos deberá constituir depósito o fianza que garantice su regreso al país de procedencia, de su nacionalidad o de su origen, si no cumple el requisito en el plazo concedido.

Inmigrante, es el extranjero que se interna legalmente en el país con el propósito de radicarse en él, en tanto adquiere la calidad de inmigrado. (art. 44 L.G.P.).

Esta se divide en:

Rentista, es la persona que ha decidido venir a nuestro país para vivir de sus recursos traídos del extranjero, de los intereses que le produzca la inversión de su capital en certificados, títulos y bonos del Estado o de las instituciones nacionales de crédito u otras que determine la Secretaría de Gobernación.

Inversionista, extranjero que ingresa en territorio nacional para invertir su capital en la industria, de conformidad con las leyes nacionales, y siempre que la inversión con-

tribuya al desarrollo económico y social del país.

Profesional, extranjero que ingresa al territorio nacional para ejercer una profesión sólo en casos excepcionales y - previo registro del título ante la Secretaría de Educación Pública.

Cargo de Confianza, lo desempeña el extranjero que ingresa en territorio nacional para asumir cargos de dirección u - otros de absoluta confianza en empresas o instituciones establecidas en la República, siempre que a juicio de la Secretaría de Gobernación no haya duplicidad de cargos y que el servicio de que se trata amerite la internación.

Científico, extranjero que se interna en el país para dirigir o realizar investigaciones científicas, para difundir - su conocimientos, preparar investigadores o realizar trabajos docentes, tomando en consideración la información general que al respecto le proporcionan las instituciones que estime conveniente consultar.

Técnico, extranjero que ingresa al país para realizar investigaciones aplicadas dentro de la producción o desempeñar funciones técnicas o especializadas que no puedan ser prestadas, a juicio de la Secretaría de Gobernación, por residentes en el país.

Familiares, Extranjero que se interna en el país, para - vivir bajo, la dependencia económica del cónyuge o de un pa--

riente consanguíneo, inmigrante, inmigrado o mexicano en línea recta sin límite de grado, o transversal hasta el segundo.

Inmigrado, es el extranjero que adquiere derechos de residencia definitiva en el país, y se trata de una tercera calidad migratoria (junto con las de No inmigrante e inmigrante). Se adquiere después de haber residido en el país, en calidad de inmigrante, durante cinco años, para lo cual previa solicitud del interesado, la Secretaría de Gobernación discrecionalmente hará la declaración expresa. En esta calidad migratoria el extranjero podrá dedicarse a cualquier actividad dentro de los límites establecidos por la Ley y su reglamento y de conformidad a aquellos que previamente le determine la propia Secretaría de Gobernación.

El inmigrado podrá salir del país y entrar al mismo libremente pero si permaneciera en el extranjero dos años consecutivos perderá su calidad migratoria, lo mismo que si en un lapso de diez años estuviese ausente más de cinco. Los períodos de diez años se computarán a partir de la fecha de la declaratoria de inmigrado, en forma y términos que establezca el reglamento.

En cuanto a los límites de ausencia del país para inmigrantes e inmigrados, éstos se encuentran establecidos por los artículos 47 y 56 de la ley respectiva; el inmigrante que permanezca fuera del país dieciocho meses en forma continua o -

con intermitencias, perderá tal calidad, en la inteligencia - que durante los dos primeros años de su internación no podrá ausentarse de la República por más de noventa días cada año, - salvo lo que determine en casos excepcionales la Secretaría - de Gobernación.

3.- Situación Jurídica de los extranjeros en el derecho positivo mexicano

La situación jurídica de los extranjeros consiste en determinar los derechos que los extranjeros gozan en el país, - estará integrada por los diversos derechos y obligaciones imputables en el Estado a las personas físicas o morales que - no tienen el carácter de nacionales.

a).- Las Garantías individuales y el extranjero

La Constitución, documento generoso y democrático que - procura la solidaridad y sustenta los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos los hombres, extiende su acción protectora a los extranjeros conforme lo señalan los artículos 33 y 1º, o sea que también ellos como personas que - son y por el sólo hecho de estar en México, gozan de todas - las garantías individuales que consigna la Carga Magna.

El artículo 33 Constitucional establece: Son extranjeros los que no posean las calidades determinadas en el artículo - 30. Tienen derecho a las garantías que otorga el Capítulo I -

título primero de la presente Constitución.

Se afirma una equiparación de nacionales y extranjeros - respecto del goce de garantías individuales, aunque con las - restricciones que derivan de la misma Constitución. La doctrina mexicana se muestra unanime es esta equiparación, prevalece el principio general de igualdad entre nacionales y extranjeros, no establece una diferencia entre nacionales y extranjeros. La persona humana por el sólo hecho de encontrarse en territorio nacional, goza de las garantías constitucionales, - en ellas se conceden a los extranjeros las mismas garantías - individuales de que gozan los mexicanos, se reconocen los derechos del hombre, sea nacional o extranjero.

A su vez el artículo 1º Constitucional indica: En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorgue esta Constitución, las cuales no podrán restringiirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

Determinar que todo individuo goza de las garantías individuales, implica que en su goce no se hará distinción alguna con motivo de raza, ideología y nacionalidad, en estas condiciones, el extranjero queda equiparado al nacional. Por lo - que respecta a las llamadas garantías constitucionales, se - tratará de todos aquéllos derechos públicos que el individuo puede oponer al Estado, y que se encuentran consagrados en el título I, Capítulo I de la Constitución, tales como el dere--

cho de libertad, al trabajo y a su correspondiente remuneración, a la libre expresión de las ideas, a obtener justicia pronta y expedita, al de elevar peticiones a las autoridades, a la propiedad, implica que el goce de las garantías, el goce de los derechos debe ser íntegro, continuo e ininterrumpido y sólo por excepción, afectado su ejercicio en casos y bajo condiciones claramente delimitadas en la propia Constitución, lo que otorga un principio de certeza y de seguridad definidas.

Las restricciones a las garantías individuales únicamente pueden hacerse en el propio texto constitucional, estando impedido el legislador para establecer restricciones a garantías individuales, si el legislador a través de leyes ordinarias restringe algunas garantías individuales, la restricción tendrá el vicio de inconstitucionalidad.

Los extranjeros tienen algunas restricciones en el goce de las garantías individuales como son:

Restricción General en Materia Política, el artículo 33- Constitucional señala: Los extranjeros no podrán por ninguna manera inmiscuirse en los asuntos políticos del país, este precepto no sólo excluye a los extranjeros del goce de los derechos políticos que competen a los ciudadanos sino que agrega la prohibición de tomar ingerencia en los asuntos políticos.

Restricción a la garantía de audiencia, el artículo 14 -

Constitucional consagra en su segundo párrafo la garantía de audiencia en los siguientes términos: 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 que se cumplan las formalidades del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

Los extranjeros no gozan de esta garantía se reúnen los extremos previstos por el artículo 33 Constitucional, cuando el Ejecutivo de la Nación hace uso de la facultad exclusiva de hacer abandonar el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo y que por tal motivo contra el ejercicio de esa facultad es improcedente conceder la suspensión.

Restricción al derecho de petición, el artículo 8º señala: los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho de petición, siempre que éste 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.

De los cual se desprende que el derecho de petición en materia política está reservado a los ciudadanos de la República y los no ciudadanos, dentro de los que están incluidos los extranjeros, no gozan de este derecho.

Restricción al derecho de asociación, el artículo 9º -
Constitucional establece que no se podrá cuartar el derecho -
de asociación 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.

A contrario sensu, los extranjeros no podrán asociarse -
o reunirse para tomar parte en los asuntos del país.

Restricciones a los derechos de ingreso, salida y tránsito, el artículo 11 Constitucional establece: todo hombre tiene derecho para entrar a la República, salir de ella, viajar por su territorio, y mudar de residencia, sin necesidad de -
carta de seguridad, pasaporte, salvo conducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y a los de la autoridad administrativa por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre migración, inmigración y salubridad general -
de la República o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país. Como regla general este precepto consigna la libertad tránsito y el derecho de ingreso y salida del país, una -
igualdad entre nacionales y extranjeros, sin embargo señala -
la posibilidad de subordinar los derechos de ingreso, salida y tránsito en la República a las facultades de las autoridades administrativas por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre extranjeros perniciosos.

Restricción en materia militar, el artículo 32 Constitucional señala: en tiempo de paz ningún extranjero podrá servir en el ejército ni en las fuerzas de policía o seguridad pública.

La exclusión de los extranjeros es categórica y clara en todos conceptos ya que en el mismo artículo se exige, para pertenecer a la Marina Nacional de Guerra o a la Fuerza Aérea y desempeñar cualquier cargo o comisión en ellos, ser mexicanos por nacimiento. En materia castrense han sido excluidos no sólo los extranjeros, sino aun los mexicanos por naturalización.

Restricciones en materia aérea y marítima, el mismo artículo 32 Constitucional exige como requisito ser mexicano por nacimiento para tener la calidad de capitán, piloto, maquinista, mecánico y, en general para todo el personal que tripule cualquier embarcación o aeronave que se ampare con la bandera o insignia mexicana.

Restricciones en Materia Aduanal, es necesaria conforme lo señala el artículo 32 Constitucional la calidad de mexicano por nacimiento para desempeñar todas las funciones de agente aduanal en la República.

Restricciones en Servicios, Cargos Públicos y Concesiones, el artículo anterior establece que los mexicanos serán preferidos a los extranjeros en igualdad de circunstancias, -

para toda clase de concesiones y para todos los empleos, cargos o comisiones del gobierno en que sea indispensable la calidad de ciudadano. Esta restricción, a diferencia de otras, no excluye el derecho, sólo lo posterga dándole preferencia a los mexicanos.

Restricción en Materia Religiosa, señala el artículo 130 Constitucional que para ejercer en los Estados Unidos Mexicanos en Ministerio de cualquier culto se necesita ser mexicano por nacimiento.

Restricciones al Derecho de Propiedad, la fracción I del artículo 127 Constitucional en su primer párrafo establece: - sólo los mexicanos tienen derecho para adquirir el dominio de las tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o agua. El Estado podrá conceder el mismo derecho a los extranjeros siempre que convenga ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales - respecto de dichos bienes y en no invocar por lo mismo la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos, bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la nación los bienes que hubiesen adquirido en virtud del mismo. En una faja de cien kilómetros a lo largo de la frontera y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre las tierras y aguas.

Se incapacita jurídicamente a las personas físicas y so-

ciudades extranjeras para adquirir el derecho de propiedad sobre tierras y aguas en una faja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas.

Por otra parte, la Ley General de Población vigente como su Reglamento establecen hipótesis en las cuales se puede negar a los extranjeros la entrada al país, señala el artículo 37 de la Ley General de Población:

"La Secretaría de Gobernación podrá negar a los extranjeros la entrada al país o el cambio de calidad migratoria o característica por cualesquiera de los siguientes motivos, cuando:

I.- No exista reciprocidad internacional;

II.- Lo exija el equilibrio demográfico nacional;

III.- No lo permitan las cuotas a que se refiere el artículo 32 de esta ley;

IV.- Se estime lesivo para los intereses económicos de los nacionales.

V.- Hayan observado mala conducta durante su estancia en el país o tengan malos antecedentes en el extranjero;

VI.- Hayan infringido esta Ley o su Reglamento;

VII.- No se encuentren física o mentalmente sanos a juicio de la autoridad sanitaria; o

VIII.- Lo prevean otras disposiciones legales".

El artículo 73 del Reglamento de la Ley General de Población determina que la citada Secretaría podrá negar la entrada o regreso al país o el cambio de calidad migratoria a los extranjeros, en los casos señalados por el artículo 37 de la Ley.

b). La Convención sobre Condición de Extranjeros de la Habana, Cuba, de 1928.

Está considerada como el Tratado más importante que obliga a nuestro país la Convención sobre Condiciones de los Extranjeros, que fue firmada en la Habana, el 20 de febrero de 1929 por los veinte países americanos que asistieron a la VI Conferencia Panamericana.

En el artículo 1º establece el derecho de los Estados, para establecer, por medio de leyes, las condiciones de entrada y residencia de los extranjeros en sus territorios, constituye una garantía de seguridad jurídica, para evitar la incertidumbre y la arbitrariedad, que sean las leyes las que establezcan las condiciones de entrada y residencia de los extranjeros en los Estados signatarios.

El artículo 2º consigna la subordinación, en los mismos términos que los nacionales, de los extranjeros a la jurisdicción de las leyes locales. Este precepto es una reafirmación de la plena soberanía de los Estados suscriptores del Tratado y una corroboración del principio general de que las normas -

predominantes es la que la ley nacional es la competente para determinar los derechos y obligaciones de los extranjeros - - siempre que se respeten las normas pactadas en los tratados - internacionales.

El artículo 3º excluye a los extranjeros de la obligación del servicio militar. Mantiene la obligación de los domiciliados para prestar servicio de policía, bomberos o milicia para la protección de la localidad de sus domicilios, contra catástrofes naturales o peligros que provengan de la guerra.

El artículo 4º establece el deber de los extranjeros a las contribuciones ordinarias y extraordinarias, así como los empréstitos forzosos siempre que tales medidas alcancen a la generalidad de la población. En materia tributaria este precepto consagra una igualdad de trato a nacionales y extranjeros, se justifican las obligaciones fiscales a cargo de extranjeros en cuanto que a ellos también se benefician de la actividad estatal que tiende a la satisfacción de las necesidades colectivas.

El artículo 5º de la Convención establece el deber de los Estados de reconocer a los extranjeros domiciliados o - - transéuntres todas las garantías individuales que reconocen a favor de sus nacionales y el goce de los derechos civiles - - esenciales, sin perjuicio en cuanto concierne a los extranjeros de las prescripciones legales relativas a la extensión y modalidades del ejercicio de dichos derechos y garantías, es-

te concepto establece una equiparación entre nacionales y extranjeros.

El artículo 6º de la Convención establece que los Estados pueden ser motivos del orden de seguridad pública, expulsar al extranjero domiciliado, residente o simplemente de paso en su territorio. Asimismo estipula que los Estados están obligados a recibir a los nacionales que expulsados del extranjero, se dirijan a su territorio.

Este precepto elimina la arbitrariedad en la expulsión de los extranjeros puesto que condiciona que la expulsión sea motivada por razones de orden o seguridad pública, la posibilidad de expulsión se hace extensiva para todo tipo de extranjero puesto que se menciona a los domiciliados, residentes o transéuntes, la efectividad de la expulsión depende de la posibilidad de que el extranjero expulsado sea admitido en su país, así se justifica plenamente la obligación impuesta a los Estados de recibir a sus nacionales expulsados del extranjero.

El artículo 7º de la Convención contiene la prohibición a los extranjeros de inmiscuirse en las actividades políticas privadas de los ciudadanos del país en que se encuentre y previene que si el extranjero lo hiciese, quedará sujeto a las sanciones que imperen en la legislación local.

Se adopta un criterio uniforme de exclusión de extranje-

ros en el ejercicio de los derechos políticos y faculta al Estado para sancionar con sus propias normas la violación de esta prohibición.

El artículo 8º de la Convención deja a salvo los compromisos adquiridos con anterioridad por los Estados signatarios y en el artículo 9º establece que la Convención, después de firmada quedará sometida a las ratificaciones de los Estados-signatarios.

CAPITULO VI

LA PROTECCION PENAL DE LOS EXTRANJEROS
EN EL DERECHO MEXICANO

1.- Consideraciones Generales

Antes de aunar al respecto previamente diremos que al Ministerio Público le corresponde la persecución de los delitos ya que así lo establece nuestra Constitución en su artículo - 21, en el que señala: la persecución de los delitos incumbe - al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando de aquél, esta función persecutoria tiene por objeto una actividad investigadora y una actividad- para el ejercicio de la acción penal.

La actividad investigadora consiste en una auténtica averiguación previa para la búsqueda de las pruebas que acredi--ten la existencia del delito, así como la responsabilidad de los que en el participan, por lo que esta actividad investigadora es presupuesto del ejercicio de la acción penal, que consiste en reunir los requisitos que establece el artículo 16 - constitucional, es decir, que proceda denuncia o querrela de un hecho determinado que la ley sancione, la que se encuentre apoyada por declaración bajo protesta de persona digna de fe o por datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, una vez reunidos los requisitos mencionados y agotada la- averiguación previa, teniendo y comprobada la existencia del-

delito y la probable responsabilidad de los que en el inter--
vienen es procedente el ejercicio de la acción penal.

El ejercicio de la acción penal es la segunda face de la actividad persecutoria, por lo que se puede definir como "un-conjunto de actividades realizadas por el Ministerio Público-- ante el Organo Jurisdiccional con la finalidad de que a la -- postre pueda declarar el derecho en un acto que el propio Mi-nisterio Público estima delictuoso" (24).

En apoyo a lo antes mencionado nuestro Código Federal de Procedimientos Penales establece los siguientes:

Artículo 136.- En ejercicio de la acción penal, corres--
ponde al Ministerio Público:

- I.- Promover la incoación del procedimiento judicial;
- II.- Solicitar las órdenes de comparecencia para prepara-toria y las de aprehensión, que sean procedentes;
- III.- Pedir el aseguramiento precautorio de bienes para - los efectos de la reparación del daño;
- IV.- Rendir las pruebas de la existencia de los delitos y de la responsabilidad de los inculpados.

(24) El Procedimiento Penal. Rivera Silva, Manuel. Editorial-Porrúa, S.A. Cuarta Edición, México, 1967 página 60.

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

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

De lo anterior se puede establecer que el ejercicio de la acción penal esta compuesto por los siguientes elementos:

Un conjunto de actividades que van a ser las gestiones ante el organo Jurisdiccional que principia con el ejercicio de la acción penal hasta que procede a la sentencia firme.

Con el ejercicio de la acción penal se persiguen varias-finalidades, como son poner en movimiento la maquinaria judicial, perseguir que el juzgador decida sobre la situación que se le plantea y lograr que el juez aplique las consecuencias-correspondientes.

Un poder de exitar al Organo Jurisdiccional para que decida sobre la situación concreta que se le plantea.

En cuanto a la protección penal de los extranjeros, estos gozan al igual que los nacionales de las garantías que otorga nuestra Constitución, ya que como se sabe todos tenemos los mismos derechos ante la ley, y al hablar de las garantías en este caso de igualdad, Montiel y Duarte expresa: que la importancia de este tipo de garantías es la relación que existe entre las leyes y las instituciones liberales que se nos garanticen el goce de los derechos que se otorgan a los

hombres sin distinción, sean nacionales o extranjeros, ciudadano o no, por lo que asevera este autor que dichas garantías es el derecho que todos los hombres tienen para ser juzgados por las mismas leyes que constituyen el derecho común fundado sobre reglas generales y no sobre prescripciones de puro privilegio.

"La igualdad se traduce en que varias personas, en número indeterminado que se encuentren en una determinada situación, tengan la posibilidad y capacidad de ser titulares constitutivamente de los mismos derechos y de contraer las mismas obligaciones que emanen de dicho Estado". (25)

Ya el artículo 10. de la Constitución señala claramente, que todos los individuos gozarán de las garantías que otorga la misma, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y condiciones que ella misma establece, por lo que se desprende que tanto los sujetos nacionales como extranjeros gozarán de la misma igualdad ante la ley; el artículo 20. de la Constitución señala una prohibición a la esclavitud, y por ende se traduce en una igualdad que pertenece a la persona humana, y al hablar del artículo 13 señala una igualdad que se garantiza en el momento del juzgamiento de las personas, precisando las características de las leyes y tribunales, que por igual deben de aplicar al común de la gente.

(25) Las Garantías Individuales, Burgoa, Ignacio, Editorial - Porrúa, S.A., Octava Edición, México, página 273.

Visto lo anterior se estima que los extranjeros gozan de las mismas garantías constitucionales que los nacionales, ya que cuando se les trata de privar de sus derechos fundamentales se deben de llenar las formalidades que exige todo procedimiento, sin que para ésto existan tribunales especiales que los juzguen de manera privada.

2.- Garantías del procedimiento y la protección penal de los extranjeros en México.

Para tener una idea más exacta de los derechos que en materia penal son propios de los nacionales y por tanto de los extranjeros en nuestro país, se considera fundamental referirnos a las llamadas garantías del procedimiento, ya que éstas son aplicables concretamente en cuanto a la protección penal de los individuos en nuestro país.

Dichas garantías son las que establecen la forma y el procedimiento a que deben ajustarse las autoridades para no invadir el campo de la libertad individual o bien para hacer respetar el orden público establecido.

Dichas garantías pueden clasificarse de la siguiente manera:

a).- Garantía de legalidad y audiencia

Se señala que el artículo 14 Constitucional en su párrafo segundo contiene por igual las garantías de legalidad y --

audiencia, complementada por el párrafo inicial del artículo 16 Constitucional.

Artículo 14 Constitucional, nadie podrá ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o de derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos, en los que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

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

El Maestro Alfonso Noriega al referirse a la garantía de audiencia sostiene que está determinada por tres conceptos, fundados en el sentido de que nadie puede ser privado de sus derechos fundamentales, sino mediante juicios en que se señalen las formalidades del procedimiento y ante tribunales previamente establecidos; y que la garantía de legalidad la encontramos en la propia disposición al condicionarse dicha privación a que esto se haga conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho que se juzga. Evidentemente las garantías constitucionales que reconocen el derecho de audiencia, se refieren a la fórmula que permite a los individuos oponerse a los actos arbitrarios de las autoridades cuando éstas --

las privan de sus derechos, otorgándoles a los propios afectados el beneficio de trámitarse procedimientos que les permitan ser oídos, en sus excepciones, argumentos y recursos, y - aún más, condicionar las resoluciones definitivas a una congruencia entre lo alegado y lo resuelto. Este formalismo persigue una esencia más profunda, como lo es el derecho de defenderse a través del procedimiento, de ser escuchado en toda la plenitud, razón por la cual se comprende el contenido de esas formalidades esenciales que requiere todo procedimiento para que el mismo se considere constitucionalmente garantizado.

La garantía de legalidad se plasma en nuestra Constitución cuando en su texto se obliga a las autoridades a aplicar las leyes que han sido expedidas con anterioridad al hecho, y se ordena además, a las autoridades competentes a expedir un mandamiento escrito que funde y motive la causa legal del procedimiento; la garantía de audiencia como la garantía de legalidad pertenecen al género de garantías de procedimiento constitucionales, la garantía de audiencia permite a los individuos defenderse mediante el procedimiento de ser escuchados, con todas sus consecuencias, y la garantía de legalidad, una obligación de las autoridades, a la utilización de procedimientos forzosos para actuar constitucionalmente, así como de procedimientos para aplicar la ley al caso concreto, que debe ser posterior al nacimiento de aquélla.

Características de la Garantía de audiencia

Titular de la garantía de audiencia, cuando el segundo párrafo del artículo 14 Constitucional señala que nadie puede ser privado de determinados derechos esenciales, sino ajustándose a ciertos requisitos, se expresa que el titular de la -- garantía puede ser todo sujeto gobernado sin distinción de -- nacionalidad, sexo o condición, aún estando en el extranjero -- provisional o permanentemente, puede existir una violación de los derechos de tal persona sobre bienes ubicados en el país, lo que no le obstruye el derecho de reclamar las violaciones.

Acto de autoridad condicionado por la garantía, el acto de privación de derechos que lleva a cabo una autoridad puede consistir en una disminución, menoscabo de la esfera jurídica del gobernado, pero tal acto debe constituir el fin último, -- definitivo y natural de la desposesión o despojo. Por eso -- para considerarse violado el derecho del gobernado por la des -- posesión ordenada por una autoridad, no deben incluirse situa -- ciones tales como embargos, secuestros de bienes, depósitos -- de los mismos, no pueden ser estimados como definitivos, si -- no simplemente como un presupuesto para estar a las resultas -- de un procedimiento judicial.

El artículo 14 Constitucional prohíbe la privación de -- los derechos de los individuos, sin sujetarse las autoridades a los requisitos que la propia disposición señala.

Excepciones a la garantía de audiencia, la primera excepción es la mencionada en el artículo 33 Constitucional al establecer que el Ejecutivo Federal tendrá la facultad exclusiva, de hacer abandonar a un extranjero el territorio nacional, inmediatamente y sin necesidad de juicio previo, podría haber un juicio de amparo por el hecho de que la expulsión se haya decretado no por el Presidente de la República sino por el -- Secretario de Gobernación, pero cuando se dan los requisitos del artículo 33 Constitucional, referente al legal uso por el Presidente de la República de su facultad, el extranjero no puede reclamar la garantía de audiencia para que se le escuche en defensa, así sea que el extranjero no lesione al país por permanecer en el.

En la garantía de legalidad el acto o serie de actos que provocan la molestia en las personas, familia, domicilio, papeles o posesiones de un gobernado, realizados por la autoridad competente, deben no sólo tener una causa, sino que ésta sea legal, es decir fundado y motivado en la ley, es decir -- que todos los actos que originen la molestia de que habla esta garantía deben basarse en una disposición normativa, que ésta prevea la situación concreta para la cual sea procedente realizar el acto de autoridad, que exista una ley que lo autorice. la fundamentación legal de todo acto autoritario que -- cause al gobernado una molestia en los bienes jurídicos a que se refiere el artículo 16 Constitucional, no es sino una con-

secuencia directa del principio de legalidad que consiste en - que las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permi te.

Pero la fundamentación de la causa legal del procedimien to no supone únicamente que el acto de molestia debe estar -- previsto por la ley, sino que dicho acto se desempeñe en térmi nos y conforme al mandato en ella contenido, de tal suerte -- que pudiendo la autoridad realizarlo basándose en una norma - jurídica, si tal realización no se lleva a cabo según las con diciones, requisitos o exigencias de ésta, se infringiría in- dudablemente la garantía de legalidad.

La motivación de la causa legal del procedimiento impli- ca que, existiendo una norma jurídica relativa, el caso o si- tuación concretos en los que se pretende cometer el acto de - molestia, sean aquéllos a que alude la disposición legal funda taria, esto es el concepto de motivación empleado en el ar--- tículo 16 Constitucional que indica que las circunstancias y- modalidades del caso particular encuadren dentro del marco -- general correspondiente establecido en la ley.

La motivación legal implica la necesaria adecuación que- debe hacer la autoridad entre la norma general fundatoria del acto de molestia y el caso específico en el que éste va a ope rar o surtir sus efectos, sin dicha adecuación se violaría la citada garantía que con la fundamentación legal integra la de legalidad.

La fundamentación y motivación legales, ambas condiciones de validez constitucionales del acto de molestia deben necesariamente concurrir en el caso concreto para que el acto no implique una violación a la garantía de legalidad, es decir que no basta que haya una ley que autorice la orden de ejecución del o de los actos de autoridad, sino que es preciso que el caso concreto hacia el cual éstos vayan a surtir efectos esten comprendidos dentro de las disposiciones relativas de la norma invocada por la autoridad.

Es evidente que las autoridades están obligadas a expresar en sus resoluciones, las razones y motivos que tengan para dictar un mandamiento en determinado sentido, dándose a conocer al interesado, a efecto de que esté en aptitud de hacer valer sus defensas contra el mismo ya que, de lo contrario, se le infieren molestias infundadas y consecuentemente se viola en su perjuicio la garantía constitucional.

El acto de molestia, debe derivar siempre de un mandamiento u orden escrito, por lo tanto cualquier orden o mandamiento verbales que origina el acto perturbador o que en sí mismo contenga la molestia en los bienes jurídicos a que se refiere dicho precepto de la constitución, son violatorios del mismo.

Es menester que al particular se le comunique o se le de a conocer el acto de molestia, esta comunicación o conocimiento

to pueden ser anteriores o simultáneos a la ejecución del acto de molestia, pues la exigencia de que éste conste en un -- mandamiento escrito sólo tiene como finalidad que el gobernado se entere de la fundamentación y motivación legales del -- hecho autoritario que lo afecte así como la autoridad de --- quien provenga.

b).- Garantía de la exacta aplicación de la ley

Contenida en el párrafo del artículo 14 Constitucional - que manifiesta, que en los juicios del orden criminal queda - prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de - razón pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate.

Dicha garantía tiene como campo de vigencia la materia - procesal penal, por consiguiente un hecho cualquiera, que no - esté reputado por la ley en su sentido material como delito, - no será delictuoso, o sea susceptible de engendrar una penali- - dad para el que lo cometa, para que un hecho constituya un de - lito, es menester que exista una disposición legal que esta- - blezca una pena para su autor, por lo que cuando no exista -- aquélla, el acto o la omisión no tienen el carácter de delic- - tivos, en consecuencia para que un hecho determinado sea con- - siderado como delito motivo de aplicación de una pena a la -- luz de dicho precepto de la Constitución, es necesario que - exista una ley que lo repute aquél como tal, o sea, que haya una disposición legal que le atribuya una penalidad correspondo

diente. Se violaría el mencionado artículo cuando se pretenda aplicar una sanción penal a un hecho que no está legalmente considerado como un delito, cuando se aplique a una persona una pena que no atribuye por la ley directa y expresamente a un delito determinado.

Este precepto prohíbe las imposiciones de penalidades por analogía y por mayoría de razón, toda ley tiene un determinado objeto de regulación el cual está constituido por el hecho, acto o situación jurídica que norma. La regulación analógica de una ley se traduce en la circunstancia de que ésta se hace extensiva a aquellos casos concretos que no están en ella previstos, pero que presentan con las hipótesis expresamente reguladas cierta similitud, esto no debe ser absoluto, puesto que si así fuese la ley que normara, los actos, hechos o situaciones respectivas, no se aplicaría analógicamente sino de manera exacta.

La imposición por analogía de una pena implica la aplicación también por analogía de una ley que contenga una determinada sanción penal, a un hecho que no está expresamente castigado por ésta y que ofrece semejanza substancial, pero discrepancia en cuanto a los accidentes naturales, con el delito legalmente penado. No se debe aplicar ninguna pena que no esté expresamente decretada por una ley para un determinado delito, pues la aplicación por analogía de una sanción penal supone la ausencia de disposición legal exactamente aplicable al --

hecho de que se trate, por lo que habría de recurrir a una -- norma que, imponiendo cierta penalidad a un delito que presen te semejanza bajo cualquier aspecto esencial con el menciona do hecho, pudiera hacerse extensiva a ésta, lo que se preten diese imponer al hecho penado en la ley, no tendría una exis tencia legal previa, por lo que se violaría dicho principio.

Toda ley está motivada por muy diferentes factores de -- variada índole que en su conjunto constituyen su causa final, puesto que los elementos de su misma motivación implican su - objetivo. Si mediante una ley se pretende resolver un proble ma económico, social o político, éste sería la causa de su ex pedición, a la vez su finalidad, ya que la tendencia normati va propondría a su solución, pués bien puede suceder que un - caso concreto revele los atributos de los factores de motiva ción de una ley, entonces tomando en cuenta la causalidad fi nal de la norma jurídica con vista a tales atributos y a la - representación de éstos en el caso concreto, la regulación le gal puede imputarse a éste, lo cual implica una aplicación -- por mayoría de razón.

c).- Garantía de irretroactividad en la aplicación de una ley

Esta garantía esta concebida en el primer párrafo del - artículo 14 Constitucional que establece: a ninguna ley se -- dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

La retroactividad consiste en dar efectos reguladores a una norma jurídica sobre hechos, actos o situaciones jurídicas producidas con antelación al momento en que entre en vigor, bien sea impidiendo la supervivencia reguladora de una ley anterior, o bien alterando o afectando un estado jurídico previsto, a falta de ésta. Por el contrario el principio de la irretroactividad estriba en que a una ley no debe normar a dichos actos, hechos o situaciones que hayan tenido lugar antes de que adquiriera fuerza de regulación, la ley rige para el futuro, no hacia el pasado.

La no retroactividad legal se ha consagrado en nuestra Constitución como el contenido de un derecho público subjetivo derivado de la garantía correspondiente, ese derecho tiene como obligación estatal y autoritaria consistente en que toda autoridad del Estado está impedida para aplicar una ley retroactiva en perjuicio de alguna persona, de ahí de que se trate de una garantía contra su aplicación por las autoridades del Estado y no contra su expedición, para que la aplicación retroactiva de una ley implique contravención a la garantía individual, es menester que los efectos de retroacción originen un perjuicio personal por tal prohibición contenida en dicho artículo, no comprende los casos en que la aplicación retroactiva de una ley no produzca ningún agravio o perjuicio a persona alguna.

La retroactividad existe cuando una disposición se vuel-

ve al pasado, cuando rige o pretende regir situaciones ocurridas antes de su vigencia, retro obrando en relación a las condiciones jurídicas que antes no fueron comprendidas en la nueva disposición y respecto de actos verificados bajo una disposición anterior, ahora bien la Constitución consagra el principio de la irretroactividad, que causa perjuicio a alguna persona, de donde se puede decir que puede darse efectos retroactivos a la ley si ésta no causa perjuicio, como sucede frecuentemente, tratándose de leyes procesales o de carácter penal, sea que establezcan procedimientos o recursos benéficos o que hagan más favorable la condición de los individuos o reos de algún delito, ya por elevados fines sociales o por propósitos de humanidad.

d).- Garantía de los penalmente acusados y procesados

Dentro de las garantías del procedimiento destacan aquellas que se otorgan a las personas, respecto de su situación específica de ser acusados o procesados dentro de un juicio penal, plasmados fundamentalmente en los artículos 19, 20 y 23 de nuestra Ley Suprema.

Artículo 19 Constitucional señala: ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresará el delito que se le impute al acusado; los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser --

bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado. La infracción de esta disposición hace a la autoridad que ordene la detención o la consienta, y a los agentes, ministros, alcaides o carceleros que la ejecuten.

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

Todo maltratamiento 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 reprimidas por las autoridades.

La garantía que establece el citado artículo es que ninguna detención puede exceder del término de tres días, sin que se justifique con un autor de formal prisión. Nuestra Constitución no señala términos al Ministerio Público ni a la Policía Judicial bajo sus ordenes, para poner a un detenido a disposición de la autoridad judicial, con la salvedad de que las personas aprehendidas en flagrante delito, en cambio se señala un término de tres días, para que los jueces penales resuelvan la situación jurídica de un inculcado, ya sea poniéndolo en inmediata libertad, o bien ordenando su formal --

procesamiento, según el caso, para evitar la arbitrariedad de detenciones indefinidas.

También señala los requisitos que debe contener el auto de formal prisión, los requisitos formales consistentes en -- que se exprese el delito que se le imputa al acusado, los elementos constitutivos de él, las circunstancias de ejecución, -- de tiempo y de lugar y los datos que arroje la averiguación -- previa. Los requisitos de fondo consisten en que los datos -- sean suficientes para comprobar el cuerpo del delito y la pre -- sunta responsabilidad del acusado.

El hecho de que un juez que instruye la causa haya de -- clara do en el auto de formal prisión que considera que si está -- comprobado el cuerpo del delito, no le impide modificar ese -- criterio a la vista de elementos que se alleguen al proceso.

Se establece la responsabilidad en que pueden incurrir -- las autoridades que hubieren ordenado la detención prolongada -- ilegalmente y quienes ejecutan dicha orden. Al respecto el -- artículo 107 Constitucional ordena a los alcaides y carcele -- ros que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión de -- un detenido, dentro de las setenta y dos horas siguientes al -- momento en que aquél se puso a disposición de un juez, de -- berá -- llamar la atención de éste sobre el particular y trascurridas -- tres horas después de cumplido el término ponerlo en libertad, -- si no hubieran recibido la orden judicial respectiva, también -- en este artículo se establece el expreso mandato de que la --

autoridad esta obligada a poner el detenido a disposición de un juez dentro de las veinticuatro horas siguientes a las de su detención. Por lo tanto, no se puede privar a nadie de su libertad por más de cuatro días, si no se justifica con un -- auto de formal prisión, quienes violen estos preceptos caen - en responsabilidad.

Señala la prohibición de variar la clasificación del delito, esto no hace referencia a la figura típica delictiva, - especificada en las disposiciones penales, sino en los hechos materiales que son el contenido de la tipicidad, las cuales - no pueden variar dentro del proceso, porque se impediría una correcta defensa por parte del procesado, que enderezó su probanza respecto de un hecho determinado, y es sentenciado por- otro u otros diversos. Si durante el proceso aparece cometido un delito distinto del que se persigue, deberá aquél averi---guarse en forma separada, independientemente de que con poste- rioridad se decrete la acumulación de los procesos.

Se evita que los posibles delincuentes sufran malos tra--tos en el momento de su aprehensión o posteriormente, en las- propias cárceles, establece también la prohibición de causar- molestias sin motivo legal a los procesos a condenados por -- los delitos o exigirles el pago de cualquier suma de dinero.

El artículo 20 Constitucional fija los principios funda- mentales que deben respetarse en los procedimientos penales,- y señala que en todo juicio de orden criminal tendrá el acusa

do determinadas garantías.

La fracción I se refiere a la libertad bajo fianza, llamada también libertad caucional, con lo cual se pretende aliviar la situación que crea la prisión preventiva, con la cual empieza la Autoridad Judicial de privar de la libertad al --- indiciado antes de saber si es sancionable.

La privación de la libertad de una persona, inculpada de un delito, parece una arbitrariedad, si la pena máxima para sancionar la comisión de un hecho ilícito, es la privación de la libertad, resulta ilógico comenzar por privar de la libertad a dicha persona y posteriormente en la sentencia definitiva, resolver si es culpable o inocente, sobre todo en el último caso porque para cuando el juicio termine éste ya ha sufrido la pena que nunca había merecido. Por ello se ha creado la libertad bajo fianza o libertad caucional que pretende resolver esta injusticia, únicamente tratándose de delitos menores en el sentido que permite la libertad de una persona mientras se le instruye el proceso, siempre y cuando otorgue fianza o caución, ya que en los delitos mayores en los cuales los acusados no gozan de éste beneficio nuestra Constitución opta por basarse en la penalidad fijada al delito. Considerando a aquellos cuya pena es mayor de cinco años de prisión, en donde -- cabe únicamente este beneficio.

La fracción II señala que no podrá ser compelido a declarar el acusado en su contra, por lo cual queda rigurosamente-

prohibida toda incomunicación, o cualquier otro medio que tienda a aquél objetivo.

Esta fracción contiene dos garantías, la de que nadie puede ser obligado a declarar en su contra y la prohibición de la incomunicación, que impide la correcta defensa del acusado, respecto al contraste entre la confesión ante los organismos políticos o el Ministerio Público, y la que se produce ante el Juez del proceso debe hacerse la diferencia, de que en la primera es una simple presunción y en cambio en la segunda tiene plena validez.

Durante largo tiempo fué costumbre la de forzar e incluso atormentar a los acusados, a fin de obtener su confesión, que se consideraba la reina de las pruebas, también se prohibía que el detenido se comunicara con sus familiares o abogados, para obtener una declaración que le fuere perjudicial, ahora todo acusado tiene derecho a no declarar si ello le perjudica, y puede hablar libremente con sus defensores o comunicarse con éstos por cualquier medio.

Fracción 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 la causa de la acusación, a fin de que conozca el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria.

El acusado tiene derecho, en el término de cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación ante el Juez, a saber quién lo acusa, de que lo acusa, con que fundamentos lo hace y cuales con lo hecho en que se apoya, ésto se hace con el fin de que el detenido esté en posibilidad de rendir su declaración preparatoria, en la que pueda desmentir los cargos que se le hacen y negar los hechos que se le imputan.

Fracción IV señala que será careado con los testigos que depongan en su contra los que declararán en su presencia, si estuviesen en el lugar del juicio, para que pueda hacerles todas las preguntas conducentes a su defensa.

Es un derecho del sujeto, estar presente cuando declaren los testigos en su contra, e incluso tienen la oportunidad de hacerles cuantas preguntas quiera con el fin de defenderse, además es una obligación exigida por este precepto la de celebrar careos, acusado y testigos, para que aquél tenga la oportunidad de interrogar a los testigos y el Juez pueda encontrar la verdad.

La fracción V señala que se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndole el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyos testimonios se soliciten, siempre que se encuentren en el lugar del proceso.

Esta disposición establece una garantía para la debida

defensa de los procesados, no sólo permitiéndoseles la recepción de los testigos y de otras pruebas que acrediten la propia defensa, sino inclusive ordenando al juez preste auxilio al acusado, con el objeto de que éste pueda obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite.

La fracción VI ordena el juzgamiento de los procesados - en audiencia pública, es decir que se opone al secreto del -- procesamiento y resolución de la situación de los inculcados penalmente, ordenando por tanto la publicidad de la audiencia correspondiente.

En la fracción VII nuestra ley otorga a los acusados el derecho de conocer cuantos datos existan en el proceso, con - el fin de que pueda preparar mejor su defensa, oponiéndose por lo tanto a que se mantenga en secreto, todos los elementos -- procesales es legítimo que sean del conocimiento del acusado.

La fracción VIII señala: 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 máxima excediera de ese tiempo.

En épocas anteriores, los procesos podían durar meses y años, sin que se dictará sentencia alguna, en ocasiones, después de un largo período, se absolvía a los acusados o se les condenaba a penas de prisión que eran notoriamente inferiores al tiempo que habían pasado reclusos en espera de una resolu

ción, así, todos los enjuiciamientos tienen la seguridad de ser absueltos o condenados en un término razonable y no permanecer indefinidamente en prisión hasta que la voluntad del juez lo decida.

La fracción IX manifiesta, se le oirá en defensa por sí o por otra persona de su confianza o por ambos, según su voluntad. En caso de no tener quién lo defienda se le presentará lista de los defensores de oficio para que elija él que o los que le convengan. Si el acusado no quiere nombrar defensores, después de ser requerido para hacerlo, al rendir su declaración preparatoria el juez le nombrará uno de oficio. El acusado podrá nombrar defensor desde el momento en que sea aprehendido; y tendrá derecho a que éste se halle presente en todos los actos del juicio; pero tendrá la obligación de hacer lo comparecer cuantas veces lo necesite.

En esta fracción garantiza a los acusados su defensa, ya que puede hacerse oír por sí o por personas de su confianza, se pretende dejar en absoluta libertad al inculcado para señalar a una persona que lo defienda aunque éste carezca de título profesional, con objeto de otorgar las máximas garantías al acusado, establece que cuando éste no quiera nombrar defensor, aun en contra de su voluntad el juez designará uno de oficio, cuyo deber consiste en proteger a su defensor en la forma más completa posible, también señala que desde el instante en que el acusado sea aprehendido tiene derecho a nom--

brar defensor y a que éste se halle presente en todas las actuaciones del proceso.

La fracción X prohíbe que los acusados continúen privados de su libertad a pesar de tener derecho para ella, por -- falta de pago de honorarios a los defensores o por causas de responsabilidad civil algún motivo parecido, igualmente señala que se prolongue la prisión preventiva por un tiempo mayor del que como pena máxima se haya establecido para el delito -- que dió origen al proceso, ordena que el tiempo pasado en prisión preventiva se deduzca del establecido como pena.

El artículo 23 Constitucional establece: ningún juicio -- criminal deberá tener más de tres instancias. Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene. Queda prohibida la práctica de absolver de la instancia.

Se entiende por instancia a el conjunto de actos procesales que se inician en el momento en que la acción es ejercitada y que concluye cuando el Organo Jurisdiccional pronuncia -- la resolución que decide la cuestión planteada.

La sentencia que establece dicha desición es pues el acto culminante de una instancia procesal, cuando dicha resolución jurisdiccional es impugnada mediante algún recurso ordinario, que generalmente es la apelación, se abre un nuevo -- procedimiento, es una nueva instancia, que comienza con el --

acto de interposición del medio procesal de impugnación y termina con la desición que emite el órgano ante el cual éste se interpone, confirmando, modificando o revocando la sentencia atacada.

En efecto cuando se interpone el recurso ordinario en contra de la sentencia que pone fin al primer procedimiento, la secuela procesal que surge como consecuencia de la interposición del recurso, tiene por objeto revisar la solución impugnada mediante la solución del debate planteado originariamente, por lo que los objetos procesales, con excepción del Órgano Jurisdiccional son los mismos.

La absolución de la instancia consiste en que un proceso penal determinado no concluye con una sentencia absolutoria o condenaria, sino que queda en suspenso mientras no aparezcan nuevos elementos para continuarlo.

e).- Garantía de los legalmente privados de su libertad

La Constitución protege a la persona otorgándoles garantías no sólo para no ser detenido, sino también para aquellos casos en que estén privadas de su libertad.

Concretamente el artículo 18 Constitucional establece: sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El delito 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 su condena 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 encuentre compurgando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base a los sistemas de readaptación social previstos en este artículo, y los reos de nacionalidad extranjera sentencias 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 conocimiento expreso.

En realidad el comienzo de la prisión preventiva se inicia desde que la persona detenida o aprehendida queda a disposición del juez, por ellos puede decirse que la prisión preventiva comprende dos períodos, el que empieza en el momento en el que el sujeto queda bajo la autoridad judicial, bien sea por efecto de la orden de aprehensión o de su consignación por el Ministerio Público, y que abarca hasta el auto de formal prisión o la libertad por falta de méritos, y el que comienza a partir de dicho auto de formal prisión hasta que se pronuncia sentencia ejecutoria en el juicio motivado por el hecho delictuoso de que se trata. Para que proceda una orden de aprehensión no basta que sea dictada por una autoridad judicial competente en virtud de denuncia o de un hecho que la ley castiga con pena corporal, sino que se requiere además que el hecho o hechos denunciados puedan realmente constituir ese delito que la ley castigue con pena corporal.

Como garantía jurídica propia de la realización material de la prisión preventiva, el artículo señala que el sitio en que ésta tenga lugar será distinto del que se destine para la extinción de las penas, debiendo estar ambos lugares separados. Esta razón es evidente puesto que la prisión preventiva no es una sanción que se impone al sujeto como consecuencia de la comprobación de su plena responsabilidad en la

comisión de un delito, la privación de la libertad como pena tiene como antecedente una sentencia ejecutoria, en la que -- dicha responsabilidad está demostrada en atención a los elementos probatorios aportados durante el período de instrucción. La prisión preventiva, a diferencia de la prisión como pena, no es sino una medida de seguridad prevista en la Constitución que subsiste en tanto que el individuo no sea condenado a absuelto por un fallo ejecutorio en que conste o no suplena responsabilidad penal, por ello atendiendo a la diversa naturaleza de ambas privaciones de libertad éstas deben ejecutarse en diferentes sitios, en los que imperen distintas condiciones materiales.

El segundo párrafo establece que el fin que se persigue con la pena corporal es la readaptación de los delincuentes a la sociedad, para convertirlos en hombres útiles cuando vuelvan a su seno. En la parte final de este párrafo obliga a separar a las mujeres que compurgen sus penas de aquellos lugares destinados para el mismo pero respecto de los hombres, -- ello prohíbe la promiscuidad entre hombres y mujeres que sufran la pérdida de la libertad, evitando igualmente los abusos e imposiciones que a la larga establecería los sujetos -- masculinos sobre las mujeres prisioneras.

El tercer párrafo prohíbe se cambie a un reo de delitos del orden común, del establecimiento local en donde se encuentra, para ser enviado a un establecimiento federal, salvo

en los casos de que haya un convenio general en ese sentido - entre el gobierno local y el de la Federación, lo cual impide la arbitrariedad de señalar a una persona concreta para que - pase a un sitio distinto a su jurisdicción local para cumplir su pena, que se traduciría en un trato desigual.

A través del tiempo se ha venido plasmando el criterio - de eliminar las auténticas penas aplicables a los adultos por violación a las leyes penales, por medio de carácter tutelar, médico y educativo, cuando el infractor sea un menor de edad, los cuales no deben ser internados en las cárceles o penitenciarias para adultos, sino se ordena la internación de los me nores infractores en establecimientos especiales para su tratamiento, imponiendo la obligación a la Federación y a los -- Gobiernos de los Estados a crear dichas instituciones.

Si la readaptación, más que el castigo, es la orienta--- ción que prevalece en la moderna teoría penal, resulta lógico pensar que esa finalidad debe realizarse en el medio ambiente del delincuente y no en una atmósfera extraña, esta es la filosofía medular del párrafo quinto de este artículo, para -- que, merced a tratados internacionales y mediante el princi-- pio de reciprocidad, reos extranjeros sentenciados en México-- compurgen las penas en su país de origen y reclusos mexicanos sentenciados en el extranjero, cumplan la condena en nuestro país.

3.- Infracciones penales internacionales.

Diferentes países niegan la existencia de un derecho penal internacional, señalando que corresponde a la ley nacional el castigo de los delitos ya se trate de nacionales o de extranjeros, por lo que está fuera de toda duda que el derecho penal internacional sea territorial y que la ley nacional no admite en ningún Estado la concurrencia de la ley extranjera.

La jurisdicción de la ley penal es ahora admitida en todos los Estados, pero en otras épocas la ley penal fué también personal, pues seguía al sujeto a cualquier lugar a donde éste se trasladara, pero poco a poco la teoría de la territorialidad ha ganado terreno y naturalmente se reconoce que la ley penal es territorial, sin embargo la solidaridad internacional hace que la represión de los delitos, persecución de los criminales y ejecución de sentencias el alcance de la ley penal sea cada vez más amplio y por ello se llega a admitir la aplicación de castigos por delitos cometidos fuera de sus fronteras y la aplicación aunque sea indirecta del derecho penal extranjero. (26)

El Código Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia de Fuero Fede

(26) Derecho Internacional Privado, Arce, Alberto, Editorial-Universidad de Guadalajara, Séptima Edición, 1973, página 254, 255.

ral y por eso se penan en la República, con exclusión de las leyes de los Estados, los delitos que se cometan en territorio extranjero o contra extranjero o por un extranjero contra mexicano, en los términos a que se refiere el artículo 4o. y 5o. del mencionado Ordenamiento.

Artículo 4o.- Los delitos cometidos en territorio extranjero por un mexicano contra mexicano o contra extranjero, o por un extranjero contra mexicano, serán penados en la República, con arreglo a las leyes Federales, si concurren los requisitos siguientes:

- I.- Que el acusado se encuentre en la República
- II.- Que el reo no haya sido definitivamente juzgado en el país en que delinquiró, y
- III.- Que la infracción de que se le acusa tenga el carácter de delito en el país en que se ejecutó y en la República.

Artículo 5o.- Se consideran como ejecutados en territorio de la República:

- I.- Los delitos cometidos por mexicanos o por extranjeros en alta mar, a bordo de buques nacionales;
- II.- Los ejecutados a bordo de un buque de guerra nacional surto en puerto o en aguas territoriales de otra nación. Esto se extiende a el caso en que el buque sea mercante, si el delincuente no ha sido juzgado en la nación a que pertenezca el puerto.

III.- Los cometidos a bordo de un buque extranjero, surto en puerto nacional o en aguas territoriales de la República, si se turbase la tranquilidad pública, o si el delincuente o el ofendido no fueran de la tripulación. En caso contrario, se observará conforme al derecho de reciprocidad.

IV.- Los cometidos a bordo de aeronaves nacionales o extranjeras que se encuentren en territorio o en atmósfera o -- aguas territoriales nacionales o extranjeras, en casos análogos a los que señalan para buques las fracciones anteriores; y

V.- Los cometidos en las embajadas y delegaciones mexicanas.

"Nuestro Código Penal Vigente en el Título Segundo del Libro Segundo relativo a los delitos contra el Derecho Internacional contiene dos Capítulos; el primero lleva el rubro -- "Piratería"; y el segundo, "Violación de inmunidad y de neutralidad". Ambos responden a la idea del denominado Derecho Penal Internacional, esto es, al propósito de tutelar internamente intereses o valores que rebasan los propios y genuinos del ámbito nacional y que tienen su cuna en la interrelación cultural existente entre las naciones". (27)

México, ha concurrido a las Convenciones Panamericanas -- que se han celebrado para tratar asuntos de Derecho Penal --

(27) Derecho Penal Mexicano, Jiménez Huerta, Mariano: Tomo V, Editorial Porrúa, S.A., Segunda Edición, México, 1983, -- página 473.

Internacional, suscribió la Convención relativa a la esclavitud de 25 de septiembre de 1926 en Ginebra, obligándose a reprimir e impedir la trata de esclavos y totalmente a suprimir la esclavitud; el 30 de septiembre de 1921 se firmó en Ginebra la Convención Internacional para la supresión de trata de mujeres y menores, en la que se adhirió México el 10 de mayo de 1932.

CONCLUSIONES

1.- Se han elaborado un sin fin de teorías respecto al derecho de acción, siendo que la mayoría de ellas parten del concepto Clásico Romanista, según el cual no hay acción sin derecho, ni derecho sin acción, señalándole a ésta una función de garantía, existiendo otras teorías que difieren de esta concepción.

2.- Nuestra ley civil fiel a esa tradición, si bien no reproduce el concepto de acción, todos los conceptos que enuncia en relación a la acción, como lo relativo a sus nombres y clasificación, están tomados de la teoría romana.

3.- Los autores mexicanos, en cuanto al concepto de acción siguen generalmente lo establecido por las doctrinas extranjeras, adecuando dicho concepto a nuestro derecho, indicando que el nacimiento de la acción penal depende del momento en que se ejercita.

4.- Una vez que ha terminado el período de lucha entre el interés público y privado, el estado se adjudica el derecho de castigar, reuniendo en la persona del rey el poder de legislar, administrar y juzgar, es quien imparte justicia por derecho divino.

5.- Posteriormente la justicia punitiva es controlada por una juez, quien es el encargado de perseguir, instruir y condenar.

6.- Con el transcurso del tiempo, el grado cultural alcanzado por los pueblos, unido a la inspiración universal de mayor justicia y la crítica al régimen inquisitorio, nace una verdadera separación de funciones con la cual surge como institución autónoma del poder judicial, el Ministerio Público, -- quien tendrá la función específica de acusar.

7.- La institución del Ministerio Público, ha sido muy criticada, pero su adopción se ha consagrado en la mayor parte de los pueblos, considerándola como una magistratura independiente, que tiene la misión de velar por el estricto cumplimiento de la ley, ya que es depositaria de los intereses de la sociedad.

8.- El Ministerio Público en México, tiene hondas raíces con la Institución de la Promotoría Fiscal de España, que -- existió en México durante el Virreynato, en 1903 se expide la primera Ley del Ministerio Público que es un intento por hacer práctica la autonomía de éste, adquiere fisonomía propia como representante de la sociedad, y es hasta la Constitución de 1917 en el artículo 21 se encomienda el ejercicio de la -- acción penal a un sólo órgano, el Ministerio Público.

9.- La titularidad del ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público, facultad constitucional que como institución de buena fe obliga fundada y motivadamente -- la procedencia del ejercicio de la acción penal, observándose el cumplimiento del principio de legalidad garantizando que --

no se vean afectados injustificadamente los involucrados en los hechos delictivos.

10.- La consignación es el primer acto del ejercicio de la acción penal y para poder llevar a cabo este acto inicial es necesario que se cumplan determinados requisitos, los cuales están contenidos en el artículo 16 Constitucional.

11.- Nuestra Constitución establece un alto sentido de respeto a las garantías individuales y en especial a la libertad de las personas, pero no establece un control efectivo -- por lo que hace al no ejercicio de la acción penal.

12.- El sistema de control al ejercicio de la acción -- penal establecido por la Ley Orgánica del Ministerio Público es únicamente de carácter interno.

13.- En México, no existe un órgano de control que contemple serenamente la acción del Ministerio Público, el Juicio de amparo sería importante función, si no fuera porque la Suprema Corte de Justicia ha interpretado el artículo 21 constitucional en el sentido de que la resolución del Ministerio Público negándose a ejercitar la acción penal no viola garantías individuales, a lo sumo podría motivar el control del -- funcionario infractor de la ley el consiguiente juicio de responsabilidad.

14.- La Ley de Nacionalidad y Naturalización en su artículo 50 en relación con la fracción XVI del artículo 73 --

Constitucional fundamentan que sólo la Ley Federal puede modificar o restringir los derechos civiles de que gozan los ex--tranjeros.

15.- En nuestro derecho es regla general que la protec--ción que la ley otorga al nacional, también se le concede a - el extranjero, otorgándole las garantías constitucionales que le correspondan.

BIBLIOGRAFIA

- 1.- Acero, Julio: Procedimiento Penal, Editorial Cajica, -
Quinta Edición, Puebla, Pue. México. 1981.
- 2.- Alsina, Hugo: Tratado Teórico Práctico de Derecho Proce-
sal y Comercial, Editorial Ediar, Segunda Edición, Bue-
nos Aires, Argentina, 1963.
- 3.- Arce, Alberto: Derecho Internacional Privado, Editorial-
universidad de Guadalajara, Sexta Edición, Guadalajara,-
Jal., 1968.
- 4.- Arellano García, Carlos: Derecho Internacional Privado,-
Editorial Porrúa, S.A., Quinta Edición, México, 1980.
- 5.- Arillas Bas, Fernando: El Procedimiento Penal en México,
Editorial Kratos, Octava Edición, México, 1981.
- 6.- Burgoa, Ignacio: Las Garantías Individuales, Editorial -
Porrúa, S.A., Octava Edición, México, 1973.
- 7.- Castro V. Juventino: Lecciones de Garantías y Amparo, -
Editorial Porrúa, S.A., Primera Edición, México, 1978.
- 8.- Colín Sánchez, Guillermo: Derecho Mexicano de Procedi-
mientos Penales, Editorial Porrúa, S.A., Primera Edición,
México, 1964.
- 9.- De pina, Rafael: Instituciones de Derecho Procesal Civil,
Editorial Porrúa, S.A., Octava Edición, México, 1974.

- 10.- Diccionario Enciclopédico Abreviado, Tomo I, Espasa - - Calpe, Segunda Edición, Buenos Aires, Argentina, 1945.
- 11.- Enciclopedia Jurídica Omeba, Tomo I, Letra A, Editorial-Bibliográfico, Buenos Aires, Argentina, 1954.
- 12.- Floris Margadant, Guillermo: El Derecho Privado Romano,- Editorial esfinge, S.A., Tercera Edición, México, 1968.
- 13.- Franco Sodi, Carlso: El Procedimiento Penal Mexicano, - Editorial Porrúa, S.A., Tercera Edición, México, 1946.
- 14.- García Maynes, Eduardo: Introducción al Estudio del Derecho, Editorial Porrúa, S.A., Undécima Edición, México, - 1963.
- 15.- González Bustamante, Juan José: Principios de Derecho -- Procesal Penal Mexicano, Editorial Porrúa, S.A., Séptima Edición, México, 1983.
- 16.- Jiménez Huerta, Mariano, Derecho Penal Mexicano, Tomo V, Editorial Porrúa, Segunda Edición, México, 1983.
- 17.- Maldonado, Adolfo: Derecho Procesal Civil, Editorial -- Antigua Librería Robredo de José Porrúa e Hijos, Primera Edición, México, D.F., 1974.
- 18.- Niboyet, Juan Paulin: Principios de Derecho Internacio-- nal Privado, Editorial Nacional, Selección de la Segunda Edición, México, 1969.

- 19.- Pallares, Eduardo: Derecho Procesal Civil, Editorial --
Porrúa, S.A., Quinta Edición, México, 1974.
- 20.- Rivera Silva, Manuel: El Procedimiento Penal, Editorial--
Porrúa, S.A., Cuarta Edición, México, 1967.

- 19.- Pallares, Eduardo: Derecho Procesal Civil, Editorial --
Porrúa, S.A., Quinta Edición, México, 1974.
- 20.- Rivera Silva, Manuel: El Procedimiento Penal, Editorial-
Porrúa, S.A., Cuarta Edición, México, 1967.