

17
24



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES

‘ ‘ A R A G O N ’ ’

El Derecho a Declarar, o no Declarar del Indiciado de Acuerdo con las Reformas al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal del 8 de Enero de 1991

T E S I S

Que para obtener el Título de:

LICENCIADO EN DERECHO

Presenta:

AMANDO AMADOR CAZARES

ASESOR: LIC. ELIAS POLANCO BRAGA

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN**

México San Juan de Aragón, 1991



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.

I N D I C E

EL DERECHO A DECLARAR O NO DECLARAR DEL INDICIADO DE ACUERDO CON
LAS REFORMAS AL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL
DISTRITO FEDERAL DEL 8 DE ENERO DE 1991.

INTRODUCCION.

CAPITULO PRIMERO.

LOS DERECHOS INDIVIDUALES.

	Pag.
1.- definición - - - - -	1
2.- terminología - - - - -	7
3.- Reglas Constitucionales - - - - -	15
4.- Clases - - - - -	26

CAPITULO SEGUNDO

LA AVERIGUACION PREVIA Y LA DETENCION PREVENTIVA.

1.- AVERIGUACION PREVIA

A.- Concepto - - - - -	35
B.- Contenido - - - - -	44
C.- Finalidad - - - - -	53

2.- LA DETENCION PREVENTIVA

A.- Concepto - - - - -	61
B.- Casos: Flagrante delito, Administrativa, Judicial.-	69
C.- Efectos - - - - -	93

CAPITULO TERCERO

El derecho a declarar o no declarar del indiciado durante la Averiguación Previa de acuerdo con las reformas al Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal de 8 de enero de 1991.

1.- Legislación - - - - -	99
A.- Constitución de 1857 y 1917. - - - - -	99
B.- Códigos de Procedimientos Penales. - - - - -	124
2.- Intervención de la Policía Judicial. - - - - -	143
3.- Necesidad de elevar a rango constitucional el derecho de declarar o no declarar. - - - - -	154
4.- Proposición concreta de redacción del artículo 20 fracción II Constitucional. - - - - -	161

CONCLUSIONES - - - - -	168
------------------------	-----

BIBLIOGRAFIA

I N T R O D U C C I O N

Se pretende en primera instancia de ubicar el derecho a declarar o no declarar, que tiene el indiciado, durante la averiguación previa no como un simple derecho, sino como una garantía individual o relación jurídico-constitucional gobernante-gobernado, en función de que en el mismo se encuentra implicada la seguridad jurídica de toda aquella persona que se encuentra sujeta a un juicio del orden criminal, pues el hecho de que de alguna manera esta se llegara a conducir en sus declaraciones de una manera distinta a la voluntaria, tendría como implicación la pérdida de la libertad, situación que por lógica ninguno de los gobernados desea. Pues como lo señala la propia Constitución, todo poder se instituye por el pueblo y en beneficio del mismo, jamás en su perjuicio.

Con el propósito anterior se aborda el tema de las garantías individuales precisando el concepto de las mismas, como relaciones jurídicas constitucionales gobernante-gobernado, en las que se destaca la presencia de los tres elementos que las componen. Por una parte el derecho del gobernado a que se traduzca en exigir de las autoridades, la realización de una conducta o bien de que se abstenga de ejecutar tal o cual acto, La obligación del Estado o autoridad del mismo de ejecutar actos

o realizar abstenciones y un ordenamiento Constitucional que regule tanto al derecho como a la obligación.

Se analiza la terminología existente en materia de garantías individuales, determinándose que esta es inadecuada por la falta de correspondencia semántica entre los significantes y los significados.

Por otra parte se destacan las reglas constitucionales de supremacía y rigidez de las que se encuentran revestidas todas las normas constitucionales.

A fin de ubicar la relación jurídica constitucional que se entabla entre los gobernantes y los gobernados, cuando con motivo de un juicio del orden criminal, se ven en la necesidad de efectuar declaraciones ante las autoridades investigadoras, se hace un análisis de la averiguación previa y la detención preventiva precisando los caracteres de una y otra.

En el desarrollo del tema de la tesis propiamente hablando se hace un análisis de la legislación Constitucional en relación a los juicios del orden criminal y las declaraciones de los individuos que se encuentran sujetos a ellos, de manera concreta al artículo 20 fracción II, de nuestra Constitución,

además de la legislación adjetiva penal, antes de las reformas del día 8 de enero de 1991 y con posterioridad a estas. llegándose a determinar que el derecho a declarar o no declarar, que tiene el indiciado en la fase de la averiguación previa, es de naturaleza jurídica Constitucional, por los bienes jurídicos que debe de tutelar, como son la seguridad jurídica y la libertad.

Sustentamos esta afirmación en tres hipótesis:

A) La confusión de terminos que se da en función de los tecnicismos existentes en materia Procesal Penal y el precepto Constitucional citado.

B) La propia naturaleza jurídica del derecho

C) La dispersión en ordenamientos de jerarquía distinta de los elementos que integran la garantía individual o relación jurídica- Constitucional gobernante-gobernado.

Concluyéndose, la necesidad de modificar el artículo 20 fracción II de la Constitución Política a efecto de que dicha garantía tenga plena vigencia.

C A P I T U L O I

LOS DERECHOS INDIVIDUALES

1.- DEFINICION.

A efecto de proceder a definir lo que es un derecho individual o garantía individual, es de considerarse que "...la estructura de nuestra Constitución, se sustenta en dos principios capitales:

I. 'La libertad del Estado para restringirla, que es limitada en principio.

2.- 'Como complemento indispensable del postulado anterior, es preciso que el poder del Estado, se circunscriba y encierre en un sistema de competencias.

'El primer principio obliga a enumerar en la Constitución ciertos derechos del individuo llamados fundamentales, que expresa y concretamente se sustraen a la invasión del Estado, comprendiendo ésta derechos absolutos como de libertad de conciencia, la libertad personal protegida contra la detenciones arbitrarias.

"La segunda clase contiene derechos individuales que no quedan en la esfera del particular, sino que al traducirse en manifestaciones sociales, requirieron la intervención ordenadora del Estado, como la libertad de culto, la de asociación, la de prensa..."(1).

Dentro de las dos categorías teóricas expresadas, encontramos contenidas las garantías individuales o derechos individuales en opinión del autor señalado, pero de manera material en nuestra Constitución Política en su título primero, capítulo primero, (2), encontramos la denominación "GARANTIAS INDIVIDUALES", como tema central de dicho capítulo, compuesto de 29 artículos que contienen una serie de derechos que tienen los individuos pertenecientes al elemento del Estado denominado Población; frente al Estado mismo en otro de sus elementos denominado Gobierno, o bien términos de Derecho Constitucional, frente al poder constituido, así como una serie de prohibiciones y limitaciones a éste, frente aquéllos.

En opinión del Maestro Gabino Fraga, "lo que nuestra Constitución denomina "GARANTIAS INDIVIDUALES", o derechos

(1) Tena Ramírez Felipe. Derecho Constitucional Mexicano. Ed. Porrúa. México. Año 1967. Pág. 20

(2) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

individuales, contienen tres elementos (33)

(A). El primero de ellos consistente en una obligación jurídica impuesta al sujeto pasivo, (Poder Constituido o Gobierno) resultante de una Regla de Derecho (Constitución, parte dogmática, artículo específico).

Esta obligación tiene su fundamento en el artículo 39 Constitucional que a la letra dice: "...Art.39. La soberanía Nacional radica esencial y originariamente en el Pueblo. Todo Poder Público dimana del pueblo y se constituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno."

El Pueblo ejercita su Soberanía para depositarle en un documento denominado Constitución; pues en opinión del maestro Kelsen, (34) solo un orden normativo puede ser soberano, "El poder físico, que es un fenómeno natural, nunca puede ser soberano en el sentido propio del término".

(33) Gabriel Fraga, Derecho Administrativo, México 1964, Ed. Porrúa, pag. 87.

(34) Hans Kelsen, Teoría General del Derecho y del Estado, pag. 404, citado por Felipe Tena Ramírez, Derecho Constitucional Mexicano, pag. 7.

A efecto de no introducirse en discusiones, tales como, quien tiene la titularidad de la soberanía, se considera pertinente dejar hasta aquí el primer elemento de la definición de "Garantía Individual" o derecho individual.

B) El segundo elemento consiste en que esa obligación haya sido establecida para dar satisfacción a ciertos intereses individuales.

El ánimo a que obedece el establecimiento de obligaciones a cargo del Estado en sus relaciones con los particulares, resulta evidente, ya que se considera que son los mínimos deseables para hacer posible el desarrollo en sociedad de todas y cada una de las facultades de que la naturaleza ha dotado a los individuos.

C) El tercer elemento consiste en que el sujeto activo del derecho sea precisamente titular de uno de esos intereses en atención a los cuales se ha establecido la obligación..."

Considero que no es tanto que el individuo sea titular de uno de esos derechos; el titular es en si el género humano, quien a través de la fuerza misma crea la normatividad que previene y regula el trato de cada uno de sus integrantes frente al poder público.

Por su parte el Maestro Ignacio Burgoa Orihuela, considera que las "Garantías Individuales" o derechos individuales. "...Se traducen en relaciones jurídicas, que se establecen entre el Gobernado, por un lado y cualquier Autoridad Estatal de modo directo e inmediato y el Estado de manera indirecta o mediata por el otro..." (15)

Esta relación se entabla en un plano de supra a subordinación que descansa sobre una dualidad cualitativa subjetiva, o sea que surgen entre dos entidades, colocadas en distintos planos o posición; por una parte, el Estado como persona jurídico-político y sus órganos de autoridad y por la otra el gobernado.

La opinión del Maestro Burgoa, me parece bastante aceptable en cuanto a que, efectivamente, se trata de una relación jurídica entre sujetos distintos en cuanto a calidades; pues la actividad del Estado se traduce en la ejecución de actos autoritarios que revisten los caracteres de unilateralidad, imperatividad y coercitividad, limitados por los derechos esenciales del hombre.

(15) Burgoa Orihuela Ignacio. Las Garantías Individuales. México, 1901. Ed. Porrúa. Pág. 165.

Por su parte Isidro Montiel y Duarte dice: "...Los derechos cardinales que el hombre por el solo hecho de serlo tiene y ha de tener siempre, así como los medios formulados en la ley fundamental, para asegurar el goce de éstos derechos, son las que propiamente se llaman garantías individuales. (4)

Esta definición, al parecer se encuentra incompleta por una parte, ya que tan solo encuadra dentro del concepto de garantía individual, el derecho cardinal del hombre frente al poder público, olvidando el correlativo de todo derecho que es la obligación, que en el caso concreto es el hacer o no hacer, a que está obligado el Estado frente a estos derechos individuales.

La definición apuntada la encontramos amplia porque, no tan solo incluye los derechos individuales, sino el medio que los preserva y obliga al Estado a cumplir con su obligación inherente, medio que se concretiza en el Juicio de Garantías, previsto por los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y artículo 1o. de la Ley de Amparo Reglamentaria de los preceptos constitucionales antes enunciados.

(4) Isidro Montiel y Duarte, Estudio sobre garantías individuales México, 1983, Ed. Porrúa. Pag. 8.

Adecuándonos al razonamiento hecho por Ignacio Burgoa, procederemos a definir la garantía individual o derechos individuales como:

La relación jurídica constitucional que comprende los siguientes elementos:

1. Un derecho del gobernado que se traduce en exigir de las autoridades, la realización de una conducta o bien de que se abstengan de ejecutar tal o cual acto.
2. Una obligación del Estado o autoridad del mismo de ejecutar actos o realizar abstenciones.
3. Un Ordenamiento Constitucional que regula tanto el derecho subjetivo como la obligación Estatal.

2.- T E R M I N O L O G I A.

Una vez definido el término GARANTIA INDIVIDUAL o derecho individual, que utiliza la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para designar a las relaciones jurídicas que norman la actuación del Estado con los particulares cuando convergen dentro de un plano

de supra-subordinación, procederemos a determinar si el término GARANTIA INDIVIDUAL, resulta realmente aplicable a dichas relaciones.

Cabría preguntarse si realmente tiene trascendencia desglosar una cuestión de términos si, independientemente de la designación que se haga, su naturaleza o esencia es invariable.

Octavio A. Hernández, exterioriza lo siguiente:

"...El error en que incurrió el constituyente al denominar en el capítulo I, del título I, de la Constitución vigente, "garantías individuales" a lo que en realidad son derechos públicos individuales, derechos de las personas o derechos del hombre..." (1).

Debemos analizar si verdaderamente existió error por parte del constituyente o si en realidad son derechos públicos individuales, no obstante de que no alude al correlativo de todo derecho, consistente en la obligación estatal o si se trata más bien de relaciones jurídicas entre el Estado y particulares.

(1) Octavio A. Hernández, Curso de Amparo, México, 1983, Ed. Porrúa, pág. 6.

Por su parte, Fernando Castellanos Tena señala:

"...Aludimos a la acepción común del vocablo garantía, como derecho natural del hombre, reconocido en la Ley Suprema, pero en realidad la palabra garantía entraña la idea de un aseguramiento eficaz de un bien, por ello desde este último punto de vista, sólo es garantía el medio por el cual se logra esa seguridad, es decir, a través del método procesal adecuado."(1)

En parte, los dos autores citados, tienen razón en cuanto a que el primero señala que se trata de derechos y el segundo que la garantía de dichos derechos radica esencialmente en el Juicio de Amparo. De manera sustancial, lo que se observa es que dicho término posee diversas connotaciones, por lo que resulta conveniente realizar un análisis minucioso del término garantías individuales.

Para tal efecto, y en atención a la estructura, semántica exclusivamente "...Sucede que una palabra tiene múltiples acepciones y basta para ello remitirse a un

(1) Fernando Castellanos Tena, *Instrumentos procesales de Derecho Fuzal, Judicial Fuzal*, México, 1988, pág. 23.

diccionario..." (9), tratándose del caso concreto, el término GARANTIA tiene las siguientes: "Acción y efecto de afianzar lo estipulado, fianza, prenda, cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad, caución, aval". (10)

Si se atiende al aspecto etimológico, encontramos también diversidad de acepciones.

GARANTIA.- Acuerdo por el cual una persona se hace responsable de las obligaciones de otra, fianza, prenda, francés garantie "Garantía" de qarant. defensor del franco "warjan" atestar, testificar, proteger, cubrir. (11)

Por lo que respecta al término "individual", tenemos que se refiere a la persona del ser humano u organismo respecto de su especie, proveniente del latín individus de in-no + dividuus divisible, (12) como se observa en este término si hay una correspondencia semántica, es decir, entre la palabra y la significación que tiene.

(9) Avila Badi La Lengua y los Hablantes. México 1987, Ed. Trilce pag. 27.

(10) Diccionario Porra de la Lengua Española. pag. 318.

(11) Guido Gómez de Silva. Breve Diccionario de la Lengua Española. pag. 317.

(12) IDZW

El aspecto semántico de los dos términos unidos, lo podríamos interpretar como las defensas o protecciones que el individuo tiene, sin embargo, esta interpretación no nos da aún una idea precisa de lo que se quiere decir. Esta duda se despeja cuando atendemos a todo el contexto semántico. En palabras de Raúl Avila, "En este contexto, un signo adquiere su significado con referencia al significado de los otros signos..." (11).

En el caso concreto, el contexto semántico con el cual el título primero, Capítulo I, denominado "de las garantías individuales", cobraría un significado perfecto que estaría constituido por el conjunto de relaciones jurídicas que se entablan entre el individuo y el Estado cuando convergen en un plano de supra-subordinación y que se encuentran dentro de los artículos 10. al 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ignacio Burgoa señala: "...Ahora bien, los preceptos constitucionales que demarcan y encauzan el ejercicio del poder público frente a los Gobernados, han recibido el nombre de garantías individuales, por modo indebido y a consecuencia de un trasunto histórico de la ideología individualista y liberal que hasta antes de la carta de Querétaro había sustentado la

Ordenación Jurídica y la Política Estatal. El adjetivo "individuales" no responde a la índole jurídica de las garantías consagradas en la Constitución. Estas no deben entenderse consignadas sólo para el individuo, sino para todo sujeto que se halle en la posición de Gobernado.

"De lo anterior, se puede concluir que todo ente en cuyo detrimento se realice un acto de Autoridad que contravenga los preceptos que condicionen la actuación del poder público, puede proveer el Juicio de Amparo, infiriéndose también que el término "garantía" está mal empleado, ya que se trata en realidad de derechos públicos que tienen no tan solo los individuos, sino que como se señaló con anterioridad, cualquier ente que se encuentre en calidad de gobernado y además la garantía la vamos a encontrar, precisamente en el Juicio de Amparo, que es el medio que nos garantiza el estricto cumplimiento de la Constitución...

*(14)

"...La Constitución...contiene 54 derechos especificados en los artículos desde el 2o. hasta el 28, sin que por eso pueda decirse que contiene otras tantas garantías, sino que relacionando cada derecho con los artículos 1o, 101 y 102 de

la misma Constitución." (14)

De lo expuesto, se infiere que la terminología utilizada por la Constitución Política, resulta válida desde el punto de vista lingüístico, si se atiende a todo el contexto semántico, pero que en sí, resulta inapropiada por la multiplicidad de acepciones que se le puede dar, Vg. Garantía, dentro de la terminología jurídica puede hablarse de contratos de garantía, comprendidos entre éstos, la fianza, la prenda, la hipoteca o bien el depósito de cantidades de numerario o de cosas para que el acreedor mantenga a salvo sus derechos, o bien esté en aptitud indubitable de exigir el cumplimiento de las obligaciones del deudor.

Por otra parte, el aspecto etimológico de la palabra, tampoco nos precisa, ya que notamos que se trata de una defensa; lo que no resulta aplicable, ya que la defensa que el individuo tiene frente a los desvíos de poder, está configurada por el Juicio de Garantías, o más bien dicho, el Juicio de Amparo contemplado por los artículos 103 y 107 Constitucionales, mediante los cuales se faculta al Poder Judicial; para erigirse en juzgador de los actos de Autoridad de los tres poderes de la

unión, ejecutados en detrimento de los particulares en su esfera mínima de derechos.

La multiplicidad de acepciones tanto semánticas etimológicas y de interpretación que el vocablo presenta lo hacen impreciso, por lo que se considera, debiera de encontrarse una conotación mediante la cual existiera una correspondencia semántica entre el significante y el significado del término o términos.

La forma para llegar a la localización del término o términos, debe ser en base a una técnica jurídica, es decir, partiendo de lo que jurídicamente implica o significa dicho término.

Ya se dijo dentro del desarrollo de la definición de garantía individual o derecho individual que ésta se traduce en una relación jurídica, y consecuentemente regulada por una norma; en este caso Constitucional que se actualiza una vez que el Estado vulnera o restringe una parte de la norma consistente en el derecho subjetivo del gobernado frente a él, o bien en el momento que el Estado deja de hacer exclusivamente aquéllo que le está permitido expresamente.

Bajo esta panorámica y a efecto de ser lo más preciso posible en la denominación o terminología que debe regir en materia de garantías, proponemos la siguiente:

"Normas Constitucionales que rigen las relaciones jurídicas de los individuos y el Estado", en cuanto al apartado específico de la Constitución, es decir, para el título I, capítulo I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Y por lo que toca a la relación jurídica que se actualiza al momento que acontece la violación del precepto constitucional se propone la denominación de "relación jurídica constitucional gobernante-gobernado".

En esta terminología, ya se encuentran los elementos que caracterizan a lo que inapropiadamente se denomina "garantías individuales" o derechos individuales, ya que existe una correspondencia semántica entre el término o términos significantes con el significado que en realidad tienen.

3.- REGLAS CONSTITUCIONALES.

Fundamentalmente las reglas de que están investidos

los derechos individuales o las garantías individuales son las de la supremacía y la rigidez constitucional, características estas de nuestro ordenamiento máximo y para tal efecto pasamos a exponer:

LA SUPREMACIA CONSTITUCIONAL.

En relación a este principio o regla constitucional, el maestro Burgoa expresa:

"...Siendo nuestra Constitución la fuente de las garantías individuales, o sea el ordenamiento en el cual éstas se consagran, formando por ende, parte de la Ley fundamental, es lógico y evidente que están investidas de los principios esenciales que caracterizan al cuerpo normativo supremo, respecto de la Legislación secundaria. Por consiguiente, las garantías individuales participan del principio de Supremacía Constitucional (consignado en el artículo 133 de la Ley Suprema) en cuanto que tienen prevalencia sobre cualquier norma o Ley secundaria que se contraponga, y primacía de aplicación sobre la misma, por lo que las Autoridades, todas, deben observarlas preferentemente a cualquier disposición ordinaria. Por otra parte, las garantías individuales que forman parte integrante de la Constitución, están como ésta, investidas del principio de

rigidez constitucional, en el sentido de que no pueden ser modificadas o reformadas por el Poder Legislativo Ordinario (o sea por el Congreso de la Unión como Órgano Legislativo Federal y para el Distrito Federal y por las Legislaturas de los Estados), sino por un poder extraordinario integrado en los términos del artículo 135 de la Ley fundamental." (16)

En el mismo sentido, Hans describe la siguiente estructura jerárquica:

"La estructura jerárquica del orden jurídico de un Estado, puede expresarse toscamente en los siguientes términos: Supuesta la existencia de la norma fundamental, la Constitución representa el nivel más alto dentro del Derecho Nacional."

'Las Normas Generales establecidas legislativa o consuetudinariamente, representan el nivel inmediatamente inferior a la Constitución, en el orden jerárquico del Derecho.' Las Normas Generales que no son creadas por el Legislador, sino por otro Órgano, sobre la base de Normas Generales que el Legislador ha expedido, se llaman Reglamentos u Ordenanzas". (17)

(16) Cf. Cit. P.F. 125 y 126.

(17) Feisea Hans, Teoría General del Derecho y el Estado, C.N.A.M., México 1949, P.F. 148 y 151.

Bajo el esquema Kelseniano, la Constitución está revestida de la calidad de supremacía, colocándose en el vértice superior de la pirámide que esquematiza el orden jerárquico, pero ¿Que es en sí la Supremacía Constitucional?.

En opinión del Maestro Tena Ramírez (1981) "... la Supremacía Constitucional no es más que una de las características que configuran a la Soberanía'.

'Independencia en cuanto a que el Poder Soberano de un Estado, existe sobre bases de igualdad con relación a los demás estados soberanos en el ámbito internacional, la independencia es pues cualidad de Soberanía exterior.

'Supremacía, en cambio se refiere exclusivamente a la Soberanía interior, por cuanto a la potestad del Estado se ejerce sobre los individuos y las colectividades que están dentro de su órbita. Esta Supremacía está condicionada a que el Poder Constituyente sea distinto de los poderes constituidos y a que la Constitución sea rígida y escrita".

Por su parte el Lic. Efraín Polo Bernal (19), Señala. Es la Constitución el fundamento del orden jurídico, y, por lo mismo, es fundamental: a) Como garantía de la perdurabilidad de dicho orden, b) Como expresión de contenido esencial para que el orden pueda existir, y c) Como principio base o fundamento en el que descansan los restantes ordenamientos jurídicos'

'Esta función de la Constitución, de fundamentar el ordenamiento jurídico total de una nación, unificándolo, la cumple la Constitución a través de una doble vía. Una declarando los organos de acción y de sanción del derecho en una relación jerárquica de competencias, la otra, determinando el contenido o desarrollando el ordenamiento jurídico'

'La naturaleza de este carácter fundamental, de ese rango superior de la Constitución, se expresa en una serie de características:

'a) Sea por su carácter solemne de su promulgación o por el estilo, forma o contenido de sus expresiones.

(19) Polo Bernal Efraín. Manual de Derecho Constitucional. Ed. Porrúa, México, pag. 13.

'b) Por que establece los valores vinculantes de una comunidad, ordenando la conexión o coordinación de los órganos de poder con las instituciones y fuerzas efectivas del orden social.

'c) Siendo la Constitución la estructura esencial del orden, la tendencia a asegurar su estabilidad, como salvaguarda de los principios que en ella se formulan incitan a dificultar su transformación, bien sometiendo su reforma a un procedimiento específico de particular dificultad, bien, prohibiendo esta por un tiempo determinado o la reforma de algunos principios o instituciones establecidas por la Constitución.

'd) Las actuaciones u ordenaciones que discrepen o controviertan los fundamentos constitucionales se someterán a su enjuiciamiento. De aquí que el control de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de cualquier acto o ley es una consecuencia del carácter fundamental de la Constitución que resulta de la necesidad de limitar el poder por el derecho. El cual es inherente a la esencia del Estado de derecho. Todos los poderes deben de mantenerse dentro de las órbitas de sus competencias y obedientes a las normas que a través de la constitución fijó el constituyente."

Por su parte, Juan Antonio Martínez de la Serna (10) externa:

"La supremacía constitucional se perfila desde el artículo 41, a manera de premisa se dice en el inicio del precepto que la soberanía popular se ejerce por medio de los poderes de la unión, y por los de los estados en lo que toca a sus regímenes interiores."

"Inmediatamente después aparece ya un tono de supremacía constitucional en dirección de los poderes estatales "en los términos respectivamente establecidos de los Estados, los que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.

"El régimen federal pues, por medio del Pacto Federal manifestado en la constitución federal, es supremo en relación al régimen estatal ostentado por sus leyes y constituciones estatales."

En síntesis, se puede decir, que todos los autores citados coinciden en que la supremacía consiste esencialmente, en

(10) Martínez de la Serna Juan Antonio, Derecho Constitucional Mexicano, Ed. Porrúa, México 1956, pag. 44.

que no existirá ningún ordenamiento que resulte aplicable por encima de la constitución y de que en caso de que cualquier ley secundaria o reglamento, se encontrasen en conflicto con la Constitución, deberá de prevalecer ésta, ya sea de que se trate de normas constitucionales emanadas de los congresos de los Estados o bien de leyes secundarias emanadas del propio Ejecutivo Federal.

Este principio se encuentra condensado en nuestra Constitución Política en el artículo 133 que a la letra dice:

"... Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y los Tratados Internacionales que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con la aprobación del Senado, serán la ley suprema de toda la Unión, Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados."

La crítica que se le puede hacer a este artículo constitucional es la de que únicamente señala a los jueces de los Estados como aparentes destinatarios para hacer cumplir nuestra norma máxima. Considero que debió de ser estrictamente genérico y

señalar que cualquier autoridad que dentro de sus funciones esté la de aplicar la ley tendrá que estarse primeramente a la Constitución.

Aunque lo anterior se entiende implícito, y de que en su caso se pueda hacer valer a través del juicio de garantías, reitero que debió de ser genérico y de manera especial por el tema que nos ocupa, ya que es frecuente que las autoridades encargadas de practicar investigaciones con el propósito de preparar futuros juicios del orden criminal, violen algunos de los mandatos constitucionales y lesionen las esferas de derechos de los particulares.

LA RIGIDEZ CONSTITUCIONAL.

"... Los Estados que tienen Constituciones rígidas como el nuestro, intocables en sus aspectos fundamentales o por los poderes estatales, surgen múltiples consideraciones, puesto que necesitan de un procedimiento extraordinario, para ser modificadas, y si no es así, se convertirían en constituciones con pretensiones de inmutabilidad o en meros instrumentos a merced de uno o varios hombres que con el solo argumento de la necesidad económica o social rompan, sin embargo el orden jurídico," (21)

El autor encuentra el principio de rigidez, en el grado de dificultad que la Constitución Política, presenta para su reformabilidad y continua diciendo:

" . En 1917, salvo modificaciones de estilo, reprodujo en su artículo 135 a su antecesor, MARIO DE LA CUEVA (33), señala que dicho artículo se basa en el sistema norteamericano, y es:

'a) El poder reformador esta integrado por el Congreso Federal y por las legislaturas locales, por lo que es un órgano complejo.

'b) El procedimiento debe iniciarse en el Congreso Federal.

'c) No existe disposición especial reguladora de la potestad de iniciativa, por lo que debe estarse a la regla general del artículo 71, esto es, la iniciativa corresponde al Presidente de la República, a los Diputados y Senadores ante el Congreso de la Unión y a las Legislaturas de los Estados.

'd) La proposición reformativa debe ser votada primeramente en cada una de las cámaras, la de Diputados y la de Senadores, que integran el poder legislativo federal.

'e) Para que se tengan por aprobadas, se exige una mayoría de las dos terceras partes de los individuos presentes, bien entendido que debe estar reunido en cada una de las cámaras el quórum de asistencia, por lo menos; cincuenta y uno por ciento de los diputados y dos terceras partes de los senadores.

'f) Terminando este primer estadio del procedimiento, el proyecto debe someterse a todas cada una de las legislaturas de los Estados.

g) Es indispensable el voto afirmativo de la mayoría de las legislaturas de los estados.

'h) El Congreso Federal o la Comisión Permanente, si aquel no esta en funciones, hace el computo de los votos de las Legislaturas de los Estados.

'i) El Congreso Federal o la Comisión Permanente, si aquel no esta en funciones, hace el computo de los votos de las Legislaturas de los Estados, y, comprobada la mayoría. La declaración de haber sido aprobadas las reformas o adiciones.

'j) El Presidente de la República no dispone de la facultad de veto".

En relación a la rigidez Constitucional, Martínez de la Serna (11) considera que ésta "...descansa en la composición de los dos poderes Legislativos, el Federal y el Local, mismos que constituyen el poder reformativo, o poder Constituyente..."

De las opiniones externadas por los autores citados, se puede concluir validamente, que la rigidez Constitucional de que se encuentra revestidas las garantías individuales o relaciones jurídicas Constitucionales Gobernante-Gobernado, consiste en que éstas no pueden ser modificadas por los poderes ordinarios, llámase a éstos Congreso Federal o Congresos Locales, si no por un cuerpo Legislativo Extraordinario conformado por ambos, y que las reformas adiciones a éstos preceptos Constitucionales deberán ser aprobadas en la forma y términos que marca la propia Constitución.

4.- CLASES DE DERECHOS INDIVIDUALES.

Si se entiende por clasificar, la acción y efecto de clasificar o la manera de ordenar los conceptos conforme a ciertas relaciones existentes entre ellos. Tenemos que habrá tantas clasificaciones como relaciones encuentren los diversos

autores que en la materia trabajan y como el tema que nos ocupa se encuentra dentro de la disciplina de las garantías individuales, procederemos a enunciar las clasificaciones que autores de la materia tienen, y es así que el maestro Ignacio Burgoa (1). Clasifica las garantías individuales "...Desde el punto de la naturaleza formal de la obligación Estatal que denota la garantía individual y en su opinión puede ser NEGATIVA (En tanto impone al Estado y a sus autoridades, una abstención, una conducta pasiva, de no vulnerar, de no prohibir etc.) o bien POSITIVA, (En tanto las autoridades y el Estado por la mediación representativa de estas, estén obligados a realizar en beneficio del titular del derecho subjetivo público o gobernado, una serie de hechos, actos etc.) o sea desempeñar un comportamiento activo, tal como la observancia de requisitos o formalidades..."

Conforme al criterio anterior, se pueden clasificar en garantías MATERIALES, y garantías FORMALES, conteniendo las primeras las que se refieren a las garantías específicas del gobernado a la igualdad y a la propiedad y las segundas a las de seguridad jurídica entre las que destacan las de audiencia y de legalidad.

Consideramos que desde el punto de vista del contenido del derecho subjetivo público, las garantías individuales pueden ser:

DE IGUALDAD

DE LIBERTAD

DE PROPIEDAD

DE SEGURIDAD JURIDICA.

Por su parte Isidro Montiel y Duarte (1951), clasifica a las garantías individuales como:

"...DE IGUALDAD, Considerada esta como el derecho de todos los hombres a ser juzgados por unas mismas leyes que constituyen el derecho común, fundado sobre reglas generales y no sobre prescripciones excepcionales de puro privilegio.

"DE LIBERTAD, Entendiéndose por esta la facultad de hacer aquello que en voluntad nos venga, al respecto solo se marca el límite de que las acciones ejecutadas no se encuentren prohibidas por las leyes..."

En relación a esta opinión, discrepamos en el sentido de que al parecer el autor confunde los conceptos de libertad y de libre

de libre albedrío, ya que entiendo por la primera, efectivamente, como una capacidad de obrar y que esta determinada en el hombre por el grado de instrucción que tenga a efecto de que pueda .legir con fundamento, y por libre albedrío la elección propiamente ante determinada situación, evidentemente que todas las acciones que se ejecuten no deberán de lesionar los intereses de la colectividad.

Continúa Montiel y Duarte, con su clasificación con las garantías de "...SEGURIDAD, en función de los derechos que tiene el hombre frente al Estado, de no ser víctima de detenciones arbitrarias, de no ser juzgado por leyes retroactivas, de no ser prisionero por deudas, de tener en los juicios del orden criminal determinadas garantías, a no ser penado por autoridad distinta de la judicial a no ser mutilado o privado de la vida, ni extraditado.

'DE SEGURIDAD REAL, entendiéndose por estas las garantías que otorga la ley para hacer efectivo el goce tranquilo de nuestras cosas..."

Además comprende dentro de las garantías de seguridad

real la de no tener que proporcionar a los militares, bagajes, ni otro servicio real o personal en tiempo de paz y en tiempo de guerra solo se podrá hacer en los terminos que determinen las leyes, así mismo contempla la inviolabilidad de la correspondencia.

La relación jurídica constitucional que nos ocupa en el presente trabajo, no se encuentra contemplada dentro de la obra de Montiel y Duarte en función de que esta data de 18731 y esta fundamentalmente basada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, la cual en su artículo 20 que trata de las garantías que tiene el gobernado en los juicios del orden criminal, no aparece el derecho del acusado a no ser compelido a declarar en su contra. Sin embargo considero que dicho ordenamiento legal si la contempla desde el punto de vista genérico al prohibir el tormento en su artículo 22, ya que a este se le considera como un medio tendiente a arrancar confesiones que perjudican al sujeto procesal.

Para los efectos del presente trabajo, se tomará la clasificación realizada por el Maestro Burgoa, respecto a los tipos de garantías existentes.

Sin embargo, respecto a la garantía específica que nos ocupa expresa.

"Las garantías individuales que están involucradas en éstos preceptos (Artículos 19 y 20 Constitucionales), de nuestra Ley Fundamental, se refieren al PROCEDIMIENTO PENAL, comprendido desde el auto judicial inicial hasta ;la sentencia definitiva que recaiga en el proceso repectivo. Dichas garantías de seguridad jurídica se imputan, evidentemente al gobernado en su calidad de INDICIADO o PROCESADO e imponen a la autoridad judicial que conozca del juicio correspondiente diversas obligaciones y prohibiciones a título de requisitos Constitucionales que debe llenar todo procedimiento criminal.

'Las garantías de seguridad contenidas en los artículos 19 y 20, de nuestra Ley Fundamental son a su vez objeto de normación de los ordenamientos adjetivos en materia penal, en otras palabras, tanto el Código Federal de Procedimientos Penales, como los diversos Códigos Procesales Locales reglamentan los mencionados preceptos'

'Atendiendo a esta circunstancia, y por constituir las garantías insertas en los artículos 19 y 20 de la Constitución elementos procesales en materia penal, en realidad el estudio de su contenido desde los diferentes puntos de vista doctrinal exegético legal, jurisprudencial e histórico, pertenece a la disciplina jurídica denominada DERECHO PROCESAL PENAL, En vista, pues, de que no corresponde al estudio que venimos

realizando, el análisis de dichos elementos o requisitos del procedimiento penal, deliberadamente nos abstenemos de abordar su exámen."¹⁷⁷)

Es evidente, que se trata de un acto deliberado el no querer abordar el estudio de las garantías individuales o relaciones jurídicas constitucionales que todo gobernado tiene frente al poder público, en los juicios del orden criminal, porque ello implica asumir la responsabilidad de hacer afirmaciones y sobre todo de trabajar en el desarrollo del tema, como una situación obligada en un texto de la materia de garantías individuales, el considerar que son los ordenamientos secundarios quienes reglamenten estos preceptos es a todas luces improcedente, ya que evidentemente, este no fué el espíritu del constituyente de 1917, sobre todo que en los preceptos constitucionales señalados, se trata de proteger bienes jurídicos tan valiosos e immanentes a todo ser humano, como son la libertad, la seguridad jurídica y la integridad corporal.

Además de lo anterior, implica hacer una delimitación exacta del ámbito de aplicabilidad de dichas garantías, especialmente de la relación jurídica Constitucional gobernante-

governado, que se surte cuando una persona se encuentra sujeta a investigación con el propósito de instaurarlo en lo futuro un juicio del orden criminal, implica también, hacer una diferenciación exacta entre lo que se debe de entender por procedimiento, proceso y juicio, en base al lenguaje que se utiliza en el proemio del artículo 20 Constitucional, en relación directa con su fracción segunda, ya que habla de juicio y de acusado y al parecer excluye al indiciado, que en materia procesal penal tiene este carácter el individuo sujeto a la averiguación previa que se practica para integrar los requisitos del artículo 16 Constitucional, es decir, la presunta responsabilidad y el cuerpo del delito. Por lo que las interrogantes a despejar serían si dicha fracción es aplicable al indiciado, así como, los caracteres que dicha aplicabilidad deberá de revestir o si mas bien se refiere a la aplicabilidad a partir del auto de radicación o, cabeza de proceso.

Evidentemente, es mas fácil dejar a otros ordenamientos de carácter secundario o a otras materias jurídicas, probablemente por la simple razón de no querer realizar el trabajo de sostener una opinión, implica también tomar en cuenta el principio de inmediatez procesal que en materia de confesiones rige según la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para darnos cuenta que desde la Averiguación Previa

se esta formulando verdaderos juicios, que si bien es cierto que aparentemente no son definitivos, sí son fundamentales, ya que son en los que el juez se apoyara para decidir respecto de la libertad o cautiverio de un individuo. Evidentemente que la libertad es una materia de extremada seriedad para considerar como el maestro Burgoa que debiera ser materia de regulación por parte de ordenamientos de carácter secundario.

Nosotros preferimos pensar que fue falta de espacio en la obra y no de voluntad de ejecutar el trabajo

En base a las consideraciones anteriores, mismas que serán abundadas en el capítulo correspondiente, consideramos que la relación jurídica constitucional contemplada por la fracción II, del artículo 20 Constitucional. resulta a todas luces aplicable en todo el procedimiento Penal, incluida la fase de averiguación previa, de cuyo resultado prácticamente se decide la suerte del individuo sujeto a la misma, en lo que respecta a su libertad personal, sin embargo, a efecto de lograr mayor claridad, se hace necesaria su adecuación. Es entonces, el derecho a no ser compelido a declarar en su contra que tiene el individuo, una relación jurídica constitucional, tendiente a proteger la seguridad jurídica, la libertad y la integridad física y así la clasifico.

CAPITULO SEGUNDO

LA AVERIGUACION PREVIA Y LA DETENCION PREVENTIVA.

1.- AVERIGUACION PREVIA.

A). CONCEPTO

Con el propósito de abordar este capítulo, relacionado con una de las etapas del procedimiento penal, que es la de Averiguación Previa y de estar en aptitud de conceptualizarla, se considera adecuado señalar la opinión que algunos autores tienen respecto del mismo, y es así que Colín Sánchez señala: "...Procedimiento, proceso y juicio, son conceptos frecuentemente confundidos en su conotación jurídica real y, no es raro observar que tanto en la legislación como en el uso general del idioma se les otorgue una sinonimia que fatalmente conduce a errores'.

' El término proceso deriva de PROCEDERE, cuya traducción es "caminar adelante", por lo que en un principio, proceso y procedimiento son formas derivadas de proceder o caminar adelante; con estos elementos, es posible inferir que el procedimiento consiste en una serie de actos y formas legales que deben ser observadas de manera obligatoria por todos aquéllos que intervienen, desde el momento en que se entabla la relación

jurídica material de derecho penal para hacer factible la aplicación de la Ley al caso concreto'

'El procedimiento penal, comprende la especial tramitación de todos los actos y formas que deben darse a partir del momento en que el Ministerio Público, toma conocimiento del ilícito penal, hasta el periodo procedimental en que se dicta sentencia...'(17)

La aseveración anterior tiene un alto contenido de verdad, como se desprende de la sinonimia con la que el autor que se cita a continuación utiliza los terminos PROCESO Y PROCEDIMIENTO.

" El conjunto de procedimientos que se substancian desde la NOTITIA CRIMINIS, hasta el cumplimiento de una pena, hay uno que tiene particularidades irrepetibles y que recibe el nombre de proceso."(18)

(17) Colla Sánchez Guillero, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, Ed. Porrúa, México, P.P. 55 y 60

(18) Armando Sierra Humberto, Estudios de Derecho Penal, Cárdenas Editor y Distribuidor México, Ed. 8

Esencialmente, ambos autores coinciden, ya que señalan una serie de actos que inician desde la NOTITIA CRIMINIS, en el segundo, y desde que el Ministerio Público toma conocimiento del ilícito penal, en el primero y precisamente el representante social tiene intervención a partir de que recibe la NOTITIA CRIMINIS, la cual puede llegarle en forma directa e inmediata, ya sea porque ésta se la proporcione un particular, la Policía Judicial o la Policía Preventiva, o bien, por alguna Autoridad Judicial que en la tramitación de algún asunto de otra materia, tenga conocimiento de algún hecho delictivo. También puede recibirla a través de medios indirectos como serían, la denuncia, la acusación o la querrela.

Sin embargo, difieren en que uno considera como fin del procedimiento el momento en que se cumple la pena y el otro cuando se pone fin a la instancia.

En cuanto al instante en que se verifica la terminación del procedimiento, nos adecuamos a la manifestación hecha por el Maestro Colín Sánchez y consecuentemente se piensa que éste termina con la resolución firme, dictada en primera instancia.

No obstante las manifestaciones anteriores, y ya que

el objeto de este estudio no es precisamente el Procedimiento Penal Mexicano, en su totalidad, sino una de sus fases la denominada Averiguación Previa y para cuya localización tomaremos la siguiente división esquemática. (10).

PRIMER PERIODO.- De averiguación previa que consiste en todas y cada una de las diligencias que practica el Ministerio Público para integrar los requisitos exigidos por el artículo 16 Constitucional, es decir para la integración de la presunta responsabilidad y el cuerpo del delito.

SEGUNDO PERIODO.- O primera etapa de la instrucción, que comprende el auto de radicación, declaración preparatoria y el auto de formal prisión o auto de libertad por falta de elementos para continuar el proceso.

TERCER PERIODO.- O segunda etapa de la instrucción, que comprende el auto con el que se abre el proceso a prueba. auto que declara cerrada la instrucción y se manda poner a la vista de las partes el proceso a efecto de que formulen sus conclusiones.

(10): COLIN RANCHOZ GUILLERMO, op. Cit. P.F. 254, 261 Y 412.

CUARTO PERIODO.- Que comprande los actos preliminares a la audiencia final actos preliminares para el sobrescimito del proceso, la audiencia final de primera instancia y la sentencia.

De lo expuesto con anterioridad, podemos decir, que el Procedimiento Penal Mexicano comprenderá desde lo que se conoce como Averiguación Previa, hasta el momento en que se dicta sentencia en la causa penal.

De las etapas señaladas, la que nos interesa para el propósito de la presente investigación, es de manera indiscutible, la primera; es decir, la de Averiguación Previa, dentro de la cual trataremos de demostrar que el derecho que tiene el indiciado de declarar o no declarar. Es precisamente una garantía individual o derecho individual, que si bien es cierto se encuentra contenido dentro del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, dada su naturaleza debiera de estar plasmado de manera específica en la constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.

También se le considera como una fase preparatoria para el ejercicio de la acción penal.

Una vez ubicada la Averiguación Previa dentro del

procedimiento penal, trataremos de conceptualizarla y para tal efecto, tenemos la siguiente definición:

"...El período de Averiguación Previa se inicia con el auto de sujeción del inculcado a la Averiguación Previa, y termina con auto de sujeción o no sujeción al proceso (11).

De esta definición y en relación a lo ya apuntado, se infiere que este autor considera que la fase de Averiguación Previa comprendería desde lo que es conocido como auto de radicación, cabeza de proceso o de sujeción al mismo, hasta la resolución que el juez está obligado a dictar dentro de los tres días siguientes, es decir, hasta el auto de formal prisión, auto de sujeción a proceso o bien hasta el auto en que se declare formalmente libre al encausado, lo anterior es con fundamento en la Constitución en su artículo 19, que señala que ninguna detención podrá exceder del término de tres días sin que se justifique con un auto de formal prisión.

Consideramos que el criterio de este autor no es adecuado en razón de lo siguiente:

(11) Islas Olga. El Sistema Procesal Penal en la Constitución. Pág. 61

La exigencia del artículo 16 Constitucional que dice:

"...No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención a no ser por Autoridad Judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal y sin que estén apoyados aquéllos por declaración bajo protesta de persona digna de fé o de otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado.

Al establecer este precepto constitucional:

a) Un hecho que la Ley castigue con pena corporal, se está en presencia de lo que es el delito, el cual antes de que el juez conozca del asunto, deberá estar perfectamente definido e integrado en todos y cada uno de sus elementos constitutivos.

b) Otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, también, previo al conocimiento del juez de la causa, deberán estar comprobados los datos que relacionen al sujeto activo del delito con la conducta típica, al menos en sus elementos materiales u objetivos.

Otro concepto de Averiguación Previa es el siguiente:

"...Porque la Averiguación Previa no es otra cosa que la actividad probatoria desplegada para descubrir los hechos y circunstancias de ejecución del delito." (12)

Efectivamente, a través de esta actividad, lo que se pretende es la integración del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad.

En otro sentido se dice que la Averiguación Previa es la "...Etapa procedimental en la que el Ministerio Público en ejercicio de las facultades de Policía Judicial, practica todas las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar la acción penal, debiendo integrar para estos fines, el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad." (13)

Esta definición nos parece más acertada, en razón de que alude en primer término al sujeto que la practica, así como a uno de los fines que persigue, que es el ejercicio de la acción penal, y a la necesidad de integrar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad.

(12) Herrera Lasso Eduardo. Garantías Constitucionales en Materia Penal. Instituto Nacional de Ciencias Penales. MEXICO pag. 36.

(13) Colla Sánchez Guillermo Op. Cit. pag. 233

Sin embargo, se difiere de la misma, ya que no especifica si la función de Policía Judicial es referida al ámbito administrativo o al ámbito penal, en cuanto a este último el Ministerio Público actúa más bien, con la colaboración de la Policía Judicial, tal y como se desprende del artículo 21 Constitucional al señalar: "...la imposición de las penas es propia y exclusiva de la Autoridad Judicial, la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial."

En base a lo antes expuesto, proponemos el siguiente concepto:

AVERIGUACION PREVIA es la etapa procedimental, en la que el Ministerio Público practica todas las diligencias necesarias para integrar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, para estar en aptitud de ejercitar la acción penal o bien decretar previo acuerdo con el Procurador, la libertad inmediata del indiciado, la resolución de archivo o reserva del expediente.

La proposición de este concepto, parte primeramente de la exigencia del artículo 16 Constitucional en cuanto a la integración del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad y por otra parte, a que en las averiguaciones previas, una vez

integrados estos elementos, se debe ejercitar la acción penal como regla general, pero en el supuesto de que no se integren estos elementos, la situación varía, cuando se trata de una averiguación con detenido o sin detenido; en el primer caso, se debe poner a la persona sujeta a la averiguación en libertad absoluta y de manera inmediata, en el segundo caso, en obvio de trámites inoficiosos se acordará o bien enviar el expediente a la Sección de reserva, en espera de nuevos elementos probatorios o bien ordenar el archivo definitivo del expediente.

Asimismo, existe la posibilidad de que se presente alguno de los supuestos contemplados en nuestra legislación como excluyentes de responsabilidad.

De la conceptualización efectuada de la Averiguación Previa, podemos observar que prácticamente ya se tiene el contenido de ésta, al señalarse principalmente, que es la etapa procedimental en la que se realizan todas las diligencias tendientes a comprobar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, estos dos elementos son los que principalmente debe contener, mismos que precisamos a continuación:

B).- CONTENIDO

a) CUERPO DEL DELITO.- Como ya se señaló, esta exigencia deriva

del artículo 16 Constitucional y por éste, según la tesis de jurisprudencia No. 312, visible a págs. 603 del apéndice al tomo LXVIII, que a la letra dice:

"Por cuerpo del delito debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen el delito, con la total abstracción de la voluntad o del dolo, que se refieren sólo a la culpabilidad, pues así se desprende del capítulo relativo a la comprobación del cuerpo del delito."

Pág.

Aguilar Anastasio.....	206
Flores Antonio.....	365
Galván Ramón.....	388
Martín Adalberto.....	1982
Ramos Téllez José María.....	1295

Este es el criterio que sigue también nuestra legislación vigente, al manifestarse, en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en sus artículos, 94 "cuando el delito deje vestigios o pruebas materiales de su perpetración, el Ministerio Público o el Agente de la Policía Judicial, lo hará constar en el acta que levante, recogiénolos si fuere posible." y el 122 que dice: "el cuerpo de

los delitos que no tengan señalada prueba especial, se justificarán por la comprobación de los elementos materiales de la infracción".

En el mismo sentido expresado tanto por la Suprema Corte de la Nación como por nuestra legislación adjetiva, Gonzales Blanco Externa "...Por cuerpo del delito debe entenderse al resultado de los daños causados por el comportamiento corporal del inculpado; es decir, los elementos materiales u objetivos que integran el tipo descrito por la Ley Penal, con abstracción de aquéllos que puedan catalogarse como subjetivos..." (14)

Al respecto, se hace una diferenciación entre el tipo, entendido éste, como la conducta que el legislador ha considerado como antijurídica, y la tipicidad como la adecuación de la conducta al tipo, que queda reducida a la fórmula de NULLUM CRIMEN SINE TIPO (15). Y dice, que el cuerpo del delito corresponderá, según el caso, cuando se de la tipicidad, ya sea a lo objetivo, a lo subjetivo o normativo o a lo objetivo,

(14) Citado por García Ramírez Ferrás y Adato de Ibarra Victoria. *Procedimiento del Proceso Penal Mexicano*. Ed. Porrúa México, Páq. 191.

(15) Celis Sanchez Guillerao Op. Cit. Páq. 175

normativo y subjetivo, o bien a lo objetivo y subjetivo. Para este tratadista el criterio asumido por la Suprema Corte de Justicia y nuestra legislación, resulta insuficiente, ya que sólo admite los elementos objetivos.

En nuestra opinión personal y para fines jurisdiccionales o de sentencia, nos adecuamos a la antes expuesta, y concluimos que por cuerpo del delito, debe entenderse la concurrencia de los elementos del tipo tanto objetivos, entendidos éstos como los sucesos externos susceptibles de ser determinados espacial y temporalmente, como sería la existencia de una cosa que posteriormente es sustraída, para integrar el cuerpo del delito de robo.

Los subjetivos y los normativos, tales como los que han de ser comprobados por el juez de manera cognitiva; es decir, aquéllos que sólo pueden ser determinados con una especial valoración.

Para los efectos de la fase procedimental que se estudia, consideramos que se debería seguir el criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por lo que el Ministerio público, como autoridad investigadora, deberá comprobar los elementos objetivos o externos del delito, sin abstracción de la voluntad o

dolo. Ya que si no se da una relación causal entre éstos y la voluntad a dolo atribuidas a un sujeto determinado, no se podría integrar la presunta responsabilidad exigida para la Constitución.

El segundo elemento que la Averiguación Previa deberá contener según la definición adoptada, sería la presunta responsabilidad ¿que se entiende por este término?.

b).- PRESUNTA RESPONSABILIDAD

En opinión del maestro Colla Sáez "... Existe presunta responsabilidad, cuando hay elementos suficientes para suponer que una persona ha tomado parte en, la concepción, preparación o ejecución de un acto típico, por lo cual debe de ser sometido al proceso correspondiente."

' La determinación de la presunta responsabilidad del procesado corresponde, fundamentalmente al juez, sin embargo también corresponde al Ministerio Público, es indudable que durante la averiguación previa, para estar en posibilidad de saber si procede la consignación o la libertad del sujeto, analice los hechos y todas las pruebas recabadas, porque aún habiendo integrado el cuerpo del delito, sin estar demostrada la

presunta reponsabilidad, no podria cumplirse con el ejercicio de la acción penal..." (16).

De lo apuntado se puede inferir que la presunta responsabilidad, consiste en opinión del autor, en una relación causal entre el hecho delictivo y el sujeto indiciado como ejecutor del mismo, es decir una relación de correspondencia entre los hecho y el derecho aplicable y el ejecutar de la conducta típica.

En otro sentido Sergio García Ramírez (17) apunta: "... La probable responsabilidad suele asociarse a las hipótesis de artículo 13 del Código Penal, esto es, a las formas de participación en el delito. No son sinónimos estrictamente, pues la responsabilidad requiere del enjuiciamiento y la que postula el Derecho Penal sustantivo, que encierra mayores datos que aquella. La existencia de esta última quedará contemplada en la sentencia, cuyo propósito es, precisamente, declararla y establecer sus consecuencias.'

(16) op. cit. pag. 28

(17) García Ramírez Sergio y Adato de Ibarra Victoria. Frontuario del Proceso Penal Mexicano. Ed. Porrúa México, P.F. 198 Y 199.

' Diremos que en términos generales, responsabilidad es el deber jurídico del sujeto, de soportar las consecuencias del delito. Sin embargo parece que el artículo 19 Constitucional, entiende por responsabilidad la intervención del sujeto en la realización de la conducta principal o accesoria de adecuación típica..."

Si se toma el sentido del diccionario del término presunción tenemos que es, la acción y efecto de presumir, suposición petulancia, fatuidad, engreimiento, cosa que por ministerio de ley, se tiene como verdad hasta que se demuestra lo contrario (138); Entonces se puede concluir que en la realización de un hecho que la ley de la materia tiene clasificado como delito a aquel que se le imputa, se le presume culpable hasta que se demuestra su inocencia, situación incongruente con los fines del derecho penal para quienes todos son inocentes hasta en tanto no se les demuestre lo contrario.

Por otra parte y siguiendo a Sergio García Ramírez "Diremos que en términos generales, responsabilidad es el deber jurídico del sujeto, de soportar las consecuencias del delito..." (139).

(138) Diccionario Porrúa de la Lengua Española. Pág. 607.

(139) Op. Cit. Pág. 198.

En otro sentido se afirma: "...La responsabilidad probable, es lo que resta a la Entidad denominada delito, excluidos tipo y cuerpo, por lo que ésta no puede ser más que la identificación del acusado como autor material, la imposibilidad, la violación de la norma o deber jurídico y la culpabilidad, circunstancias todas ellas referentes al sujeto activo..."(40).

En nuestra opinión, el criterio expresado anteriormente, adolece de que sólo relaciona la conducta típica con el autor material de la misma, olvidando que nuestro Código Penal en su artículo 13 fracción I, hace responsables no tan solo a los ejecutores de los delitos, sino también a quienes los conciben.

Por otra parte, al manifestar que es la identificación del acusado como autor material, restringe este nexo causal a una fase distinta a la de la averiguación Previa, en donde el sujeto de la relación jurídico-penal, es tan solo un indiciado, pues en ese momento sólo existe la sospecha de que cometió algún delito y de que se le ha señalado como presunto responsable del mismo. Este señalamiento se hace con el

(40) Herrera y Tasso Eduardo. Op. Cit. Pág. 37.

propósito de puntualizar que el concepto "acusado", sólo se debe manejar dentro del proceso penal, concretamente cuando el Ministerio Público formula sus conclusiones acusatorias.

En relación a la presunta responsabilidad, sigue expresando el autor (11)...Como toda resolución judicial el auto de formal prisión, debe expresar una relación de correspondencia entre los hechos y el derecho aplicable, entraña pues un juicio de tipicidad, cuyos antecedentes son la verdad de ese derecho y la verdad de tales hechos.'

'En el auto de formal prisión se exige la verdad plena de los elementos que integran el cuerpo del delito, está integrado por hechos y circunstancias que como tales exigen comprobación plena y directa.'

Como se observa, nuevamente limita sus conceptos a la etapa del proceso, olvidando que dada la exigencia constitucional, estos razonamientos también deberían resultar aplicables dentro de la Averiguación Previa; sin embargo, estamos de acuerdo en que la presunta responsabilidad va a ser el nexo causal entre el tipo penal específico y los hechos que le son

(11) Herrera y Lasso Eduardo Op. Cit. P. P. 41 y 51

atribuidos a un individuo determinado, la congruencia de este nexo va a determinar a su vez el ejercicio o no ejercicio de la acción penal.

En el mismo sentido, se expresa: "...Las diligencias de Averiguación Previa deben de enderezarse, en primer término, a comprobar los elementos exigidos por el artículo 16 Constitucional para el ejercicio de la acción penal y en segundo lugar a comprobar el cuerpo del delito, tal como lo exige el artículo 19 de la Ley fundamental. Es cierto que la comprobación del cuerpo del delito es materia del auto de formal prisión, pero no lo es menos que los elementos para comprobarlo deben ser aportados por el Ministerio Público..."

C) FINALIDAD DE LA AVERIGUACION PREVIA.

La finalidad que tiene la Averiguación Previa, en primera instancia, de manera indiscutible viene a ser la integración de los elementos exigidos por el artículo 16 tendientes a demostrar la presunta responsabilidad, y el cuerpo del delito.

En la búsqueda del acreditamiento de los dos extremos enunciados, es conveniente precisar que durante la fase de averiguación previa, el Ministerio Público reviste el carácter de autoridad y de manera consecuente todas sus actos deberán de ejecutarse de tal manera que no lesionen los derechos fundamentales de los sujetos gobernados frente a los cuales actúa.

Una vez hecha esta precisión, pasaremos a analizar en que consisten cada uno de ellos.

PRESUNTA RESPONSABILIDAD.

"... En resumen, la probable responsabilidad existe cuando se presenten determinadas pruebas, por las cuales se pueda suponer la responsabilidad de un sujeto." (133)

Casi en el mismo sentido, se expresa González Bustamante (134): "...La probable responsabilidad debe tenerse por

(133) RIVERA SILVA MARCELO: "El procedimiento Penal" Ed. Porrúa, México Pag. 170

(134) González Bustamante Juan José, Principios de Derecho Procesal Mexicano, 24. Porrúa, México Pag. 18.

comprobada cuando existan indicios o sospechas que nos hagan presumir racionalmente, que una persona pudo haber tenido intervención en el delito que se le atribuye..."

De lo apuntado con anterioridad se puede concluir que la presunta responsabilidad, consiste en un verdadero juicio que se efectúa entre el hecho acontecido, la tipicidad existente y la conducta típica, se le llama probable porque está sujeta a comprobación, es probable entonces en la fase de averiguación y proceso, al verificarse la sentencia pasa a ser responsabilidad simple y llanamente es comprobada.

?Es Entonces la actividad del Ministerio Público desplegada para integrar la presunta responsabilidad? un juicio de carácter provisional basado en las premisas de tipo, conducta y pruebas? ?y la actividad del juez la de formular el juicio definitivo? y en todo caso ?cuál deberá ser el carácter de la norma que regula la manera de conducirse del Ministerio Público cuando ejecuta ordena o trata de ejecutar actos en contra de algún gobernado?.

La finalidad que tiene la averiguación previa, en primera instancia, de manera indiscutible, viene a ser la integración de los elementos exigidos por el artículo 16

Constitucional, que necesariamente deberá contener. Con el propósito de estar en aptitud para el ejercicio de la acción penal y que se realice la pretensión punitiva del Estado.

En base a lo expuesto se puede concluir que la finalidad de la Averiguación Previa en segunda instancia es el ejercicio de la acción penal. Esto nos lleva a otra interrogante.

?Que es la acción penal?.

"...La acción penal es el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional, sobre una determinada relación de derecho penal (15) .

Al respecto pienso, que más que un poder, es un derecho que tiene el estado de pretender sancionar la conducta típica que ha dañado a la colectividad; se habla de una mera pretensión del Estado a través del Ejecutivo, ya que es el poder Judicial quien concretizará dicha pretensión en base al análisis valorativo de los elementos de juicio que le sean proporcionados

(15) Floriano Sagunio, citado por Colón Sánchez Guillerao, op. cit., Pág. 227.

por el órgano persecutorio, mismo que depende directamente del Poder Ejecutivo.

Por otra parte, también es una obligación condicionada a la existencia de elementos constitutivos de un tipo penal específico o una presunta responsabilidad. En caso contrario el Agente del Ministerio Público tiene el deber de proceder a declarar la inmediata libertad del indiciado, sin que valga el argumento de que esta decisión implica ya el estar diciendo el derecho, facultad que está encomendada expresamente al Poder Judicial, y consecuentemente vedada para el Poder Ejecutivo al cual pertenece el órgano investigador.

Se habla de que se trata también de una obligación condicionada, porque el espíritu de la Constitución al encomendar la persecución de los delitos al Ministerio Público y a la Policía Judicial, parte del supuesto de la existencia de los mismos, consecuentemente, al percatarse el órgano investigador de que la figura típica no existe, tiene la obligación que le impone la lógica, de cesar en su actividad persecutoria y declarar la inmediata libertad de la persona sujeta a investigación.

Nuestra afirmación, consideramos se encuentra respaldada por lo preceptuado en el artículo 3o. bis del Código

de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que a la letra dice:

"Artículo 30. bis.- En las Averiguaciones Previas en que se demuestre plenamente, que el inculcado actuó en circunstancias que excluyen la responsabilidad penal, previo acuerdo con el Procurador General de Justicia del Distrito Federal, el Ministerio Público lo pondrá en libertad y no ejercitará la acción penal.

El Procurador General de Justicia del Distrito Federal y el Agente del Ministerio Público encargado de la Averiguación Previa, orgánica y formalmente pertenecen al Poder Ejecutivo; sin embargo, este artículo los faculta para recibir pruebas y valorarlas, obviamente, ya que si no se realiza esta valoración, no estarían en aptitud de determinar la procedencia de la libertad del Indiciado, pues de esta valoración depende la certeza de la existencia de la causa excluyente de la responsabilidad penal.

El precepto anterior, demuestra que los órganos antes mencionados, formalmente realizan funciones administrativas, y de manera material, y en el supuesto de que se presente una excluyente de responsabilidad, ejercitan

funciones jurisdiccionales.

No se encuentra entonces, la justificación de que sólo ejerciten estas facultades materiales de jurisdicción, exclusivamente en los casos en donde se presenten excluyentes de responsabilidad de las contenidas en el artículo 15 del Código Penal Penal para el Distrito Federal en Materia de Fuero Común y para toda la República en Materia Federal, ya que tanto en los casos de exclusión de responsabilidad, como en aquéllos en donde no existan elementos para ejercitar la acción penal, se ve involucrado el derecho individual, que todo gobernado tiene a la libertad, por lo que, en nuestra opinión, en ambos supuestos se debe proceder a declarar la inmediata libertad del Indiciado.

Por lo expuesto, se puede deducir, que en segunda instancia la Averiguación Previa debe de tener como finalidad el decretar la libertad del indiciado, ya sea que exista algún excluyente de responsabilidad o que falte el cuerpo del delito o la presunta responsabilidad.

Lo apuntado anteriormente, resulta aplicable a las Averiguaciones Previas que se practican con detenido (desgraciadamente son la mayoría de los casos), pero ¿que sucede cuando se practica sin detenido?.

En este supuesto, y una vez comprobados los multicitados requisitos del artículo 16 Constitucional, la finalidad sería, aparte del ejercicio de la acción penal, la solicitud de la correspondiente orden de aprehensión.

Por otra parte, también se puede dar la decisión y esto viene a ser otra de las posibles finalidades que es la de enviar el expediente a la Sección de Reserva, para el efecto de recabar los elementos que hagan falta para integrar los dos extremos exigidos por el artículo 16 Constitucional, o bien, enviar definitivamente el expediente a la Sección de Archivo cuando no existan dichos elementos.

Es así que podemos concluir y afirmar que las finalidades de la Averiguación Previa son las siguientes:

- a) El ejercicio de la acción penal.
- b) La declaración de la libertad en el caso de falta de elementos o de existir algún excluyente de responsabilidad.
- c) El solicitar la aprehensión o comparecencia del presunto responsable en las Averiguaciones Previas sin detenido, conjuntamente con el ejercicio de la acción penal.

d) La determinación de enviar el expediente a reserva.

e) La determinación de enviar el expediente a la Sección de Archivo.

Las finalidades anteriores se pueden contener dentro del derecho que tiene el Estado de hacer efectiva la pretensión punitiva, o más bien, el derecho a castigar las conductas antisociales.

2.- DETENCION PREVENTIVA.

A) CONCEPTO.

A fin de estar en aptitud de conceptualizar lo que se entiende por detención preventiva y relacionarla con el concepto y la normatividad aplicable a la fase procedimental denominada Averiguación Previa, consideramos que lo más adecuado, es acudir al significado etimológico que la palabra tiene, y es así que encontramos que los dos términos que componen a la palabra detención derivan del latín, el primero DETENTIO-ONIS, que significa privación de la libertad, arresto provisional, y el segundo DETENER, que significa poner en prisión, por lo que podemos decir que gramaticalmente denota la privación de la

libertad, con el carácter provisional; además, se maneja el concepto preventiva, cuya significación es "que previene". Para el caso del ámbito del Derecho Penal, sería la detención para prevenir un acontecimiento futuro, que sería precisamente, el hecho de que aquél a quien presumiblemente se le imputa el hecho delictivo pudiera sustraerse de la acción de la justicia.

Al respecto se dice: "...Las limitaciones impuestas por el Estado a la libertad de las personas son medidas necesarias que adopta el Poder Público en beneficio de la colectividad, con el fin de asegurar la marcha normal del procedimiento, se inspira en el interés de que se llegue al conocimiento de la verdad por medio de la investigación de las pruebas que se obtengan y que ha de servir al juez para el esclarecimiento de los hechos y para decidir las relaciones jurídicas planteadas en el proceso. Esto no sería posible si el inculpado se sustrajese a la acción de la justicia y ocultase los objetos e instrumentos que le han servido para perpetrar el delito..." (11)

Es un hecho indiscutible que el Estado, sólo puede hacer todo aquéllo que le está permitido de manera expresa, tanto por la Constitución como por los Ordenamientos de carácter

(11) González Bustamante Juan José, Op. Cit., P.P. 111, 112 .

secundario. Con ello, queremos decir, que las restricciones gubernamentales sólo pueden darse en la forma y casos previamente establecidos por la ley.

El autor habla del beneficio de la colectividad, el cual en nuestra opinión, no necesariamente debe de estar peleado por los derechos individuales, quienes tienen reservado un mínimo que se considera vital e intocable por parte de los gobiernos y que en el caso concreto de México, se encuentran contenidos en los artículos del 10. al 29, los que están garantizados por nuestro medio de control Constitucional, el Juicio de Amparo.

Otra argumentación que esgrime el autor en torno a la justificación de la detención preventiva, es el siguiente: "...el aseguramiento del presunto responsable, es necesario, porque no podría seguirse, el proceso a sus espaldas y sin que tuviera conocimiento de las pruebas existentes en su contra, para poder estar en condiciones de defenderse..."

El autor señalado propone la siguiente definición:

"Detención preventiva es la privación de la libertad que se impone a una persona a quien se imputa un delito o se le presume responsable del mismo; en términos generales debe ser

resultado de un mandamiento fundado y escrito que emane de Autoridad Judicial competente". (17)

Casi en el mismo sentido se expresa Miguel Fenech al decir que, "...Es un acto preventivo que produce una limitación a la libertad personal, en virtud de una decisión judicial que tiene por objeto el internamiento de una persona en un establecimiento creado al efecto, a fin de garantizar los fines del proceso y la eventual ejecución de la pena..."(18)

Diferimos del criterio sustentado por este autor, ya que la detención preventiva no necesariamente tendrá como consecuencia el internamiento de una persona, pues esta detención bien se puede limitar al tiempo que dure lo que se ha conceptualizado dentro del Derecho Procesal Penal como Averiguación Previa; y de darse este supuesto, tampoco podría decirse que en los lugares en donde se practican las diligencias indagatorias haya sido creados para tener a las personas con el carácter de internos.

(17) González Bustos Juan José, Op. Cit. Pag. 115

(18) Fenech Miguel, Criminología México, Octubre 1953, número 10, Pag. 127.

Por su parte, Helié Faustín (49), considera "...que la detención preventiva es a la vez medida de seguridad, garantía de la ejecución de la pena y medio de instrucción".

Esta definición nos parece más adecuada a la realidad, aunque al igual que la anterior, no limita la detención en cuanto al tiempo que debe durar, ni especifica el lugar o los lugares donde deberá permanecer la persona sujeta a detención.

El artículo 18 Constitucional señala que sólo por delito que merezca pena corporal, habrá lugar a detención preventiva, y que el sitio en donde se llevará a cabo, será distinto al que se destinare para la extinción de las penas y que los detenidos estarán completamente separados.

Se infiere de la lectura del precepto señalado, que al manejar el término prisión preventiva, lo utiliza como sinónimo de detención preventiva, por lo que podríamos decir que resulta aplicable tanto a las personas que se encuentran sujetas a proceso, como a aquéllas que se encuentran detenidas a nivel Averiguación Previa.

(49) Traité de l'Instruction Criminelle ou Théorie du Code de l'Instruction Criminelle 2e. Ed. Vol. IV pag. 616

Según Florian (100), señala al respecto: "... A la cabeza de las medidas cautelares penales, por su gravedad y dramatismo, figuran la detención y la prisión preventiva; ambas personales, que tienen por substancia y efecto la privación provisional de la libertad física del inculpado, a fin de asegurar que en su hora se ejecute la sentencia que recaiga'.

'Detención y prisión preventiva participan por ende, de la misma esencia, discrepan sólo en cuanto a grado. La prisión preventiva es más intensa y permanente que la detención'.

'En sentido estricto, la detención concluye cuando se dicta el auto de formal prisión...'

La crítica que le podemos hacer al Maestro, es que toda privación de la libertad, necesariamente debe ser física, ya que nuestra libertad mental o espiritual, ni de hecho ni de derecho pueden ser restringidas. Además de que, cualquier libertad que no trasciende en un hecho, sino que queda como mera idea, no puede ser reprimida por ninguna autoridad legal, si acaso por las normas de carácter moral que le han sido imbuídas a los individuos.

(100) Citado por García Ramírez Sergio, Curso de Derecho Procesal Penal, Ed. Porrúa México, Pág. 401

Por otra parte, en ambos casos y atendiendo tanto a las significación etimológica de detención como a la sociológica, el individuo se encuentra prisionero, por lo que reiteramos que se trata de una sinonimia, lo que se maneja en nuestra ley, y al efecto, es de observarse que para que ésta se efectúe, es necesaria la existencia de una conducta que el ordenamiento penal considere como delito.

De las manifestaciones realizadas y según la interpretación que de las mismas se hace de manera personal, queremos proponer la siguiente:

La detención preventiva, es una medida de seguridad que produce una limitación en la libertad personal, en virtud de una decisión judicial, y que consiste en el internamiento temporal en los lugares destinados a las prácticas de las averiguaciones previas, así como en aquéllos en donde serán procesados los presuntos responsables de la comisión de algún delito, fungiendo como medio de instrucción y como garantía de la ejecución de la pena.

De la definición expuesta, se desprenden los siguientes elementos:

a) Es una medida de seguridad, porque previene que el presunto

responsable se sustraiga a la acción de la justicia.

b) Produce una limitación a la libertad personal, ya que su efecto es restringir los derechos individuales, incluido entre éstos el derecho a la libertad.

c) Debe emanar de una Autoridad Judicial, de quien se supone es la única facultada para determinar la existencia de algún delito que amerite ser restringida la libertad de una persona en pos del beneficio colectivo.

d) Se verifica tanto en la fase de Averiguación Previa como en la fase procesal.

e) Es un medio de garantía para que se instruya la causa, así como para que se ejecute la pena.

Tratándose de un bien jurídico, tan importante como lo es el derecho a la libertad, su limitación necesariamente está sujeta a determinados requisitos de procedibilidad, que variarán según el tipo de detención.

Los casos específicos que contempla nuestra Carta Magna, son los siguientes:

B) CASOS DE DETENCION PREVENTIVA.**FLAGRANTE DELITO.**

?Qué es lo que debe considerarse como flagrante delito?. Al respecto, se ha expresado lo siguiente:

"...Es sabido que se denomina flagrante delito o INFRAGANTI, aquél que se descubre en el momento mismo de su ejecución o en uno muy próximo a él, circunstancia que permite apreciar indubitadamente la conducta del infractor..." (11).

Por su parte, el Maestro García Ramírez (12) divide la flagrancia de la siguiente manera:

a) Estricta.- Cuando el sujeto es detenido en el momento mismo de cometer el delito, sin solución de continuidad alguna entre la perpetración de crimen y el instante en que se produce la captura.

b) Cuasi Flagrancia.- Cuando la detención se produce tras de

(11) Juventino V. Castro Op. Cit. Pág. 46

(12) Op. Cit. Pág. 143.

haber perseguido materialmente al responsable sin perderlo de vista.

Si partimos de la definición etimológica de lo que se entiende por flagrancia, observamos que el concepto flagrante tiene las siguientes significaciones:

"En el momento de cometer (el delito), sentido implícito mientras se está cometiendo el crimen (literalmente "mientras estaba ardiendo") del latín *flagrantem*, acusativo de *flagran*, (radical, *flagran*), participio pasivo de *flagrare*, arder, resplandecer, del indoeuropeo *bhleg*-variante de *bhel*-brillar, arder" (13)

El origen de la palabra, indudablemente nos proporciona la idea de algo que se enciende y que mientras que permanezca encendido, se le puede conceptualizar como flagrante.

Luego entonces, dentro del ámbito del derecho podemos decir que existe flagrancia en el momento mismo que se comete el delito, incluida también la persecución del delincuente, ya que

(13) Guido Gómez de Silva, *Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Española*.

durante ésta se puede decir que aún está ardiendo el acto delictuoso.

"...Tradicionalmente se ha estimado que existe flagrancia cuando la persona es sorprendida en el momento de estar cometiendo el delito; sin embargo, debido a la evolución natural que ha sufrido el Derecho Penal, el Legislador establece que no sólo debe entenderse por flagrancia el arrestar al delincuente en el momento mismo de estar cometiendo el delito, sino después de ejecutado el acto delictuoso, el delincuente es materialmente perseguido (Art. 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal)..."

Nosotros nos adecuamos a esta última opinión y consideramos que una vez aprehendido el delincuente, el captor tiene la obligación de poner al detenido a disposición de la Autoridad inmediata. En nuestro sistema y según el artículo 21 Constitucional, sería el Agente del Ministerio Público en ejercicio de la facultad de Policía Judicial, quien tendría competencia para conocer y perseguir los delitos.

Es de observarse que si partimos de este concepto, la

detención preventiva comprendería tres momentos.

Desde que el delincuente es aprehendido materialmente, hasta que se encuentre ante el Agente del Ministerio Público de la circunscripción correspondiente.

2. Desde el inicio de la Averiguación Previa, hasta que se verifique la consignación.

3. Desde el auto de radicación, hasta la sentencia, en caso de delitos que merezcan pena corporal o hasta que se decreta la libertad por falta de méritos o la libertad bajo fianza.

En cuanto al primer momento, en relación a su duración la ley es clara; el artículo 16 Constitucional, dice que debe de ser inmediata, por lo que inferimos que debe durar exclusivamente el tiempo que sea necesario para trasladar al individuo, desde el lugar en que se cometió el delito y donde se realizó la aprehensión hasta el lugar en donde tenga su asiento la Autoridad Investigadora que realizará la Averiguación Previa. Claro está que la duración dependerá de los medios con que se cuente para efectuar el traslado.

Por lo que respecta al segundo momento, a falta de

disposición expresa, consideramos que resultaría aplicable lo dispuesto por el artículo 19 Constitucional.

Tres días es tiempo más que suficiente para que el presunto responsable sea puesto a disposición de su juez. En la práctica se diría que ésto no es posible por el gran número de delitos que se cometen diariamente, situación que viene a llenar de cargas de trabajo a las Agencias Investigadoras, y lo que sumado a la falta de personal y medios para practicar la diligencia, así como la negligencia burocrática y la corrupción, sobre todo cuando se trata de rendir peritajes.

Sin lugar a dudas, todos estos argumentos son válidos y al parecer tienen cierto peso, pero resultan fútiles, ante el hecho de que en el logro de los derechos individuales que actualmente contiene la parte dogmática de nuestra Constitución, fue necesario todo un proceso social.

Por lo que respecta al tercer momento, según lo proceptuado por el artículo 20 fracción VIII de la Constitución, en los delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, el juez tiene la obligación de juzgar a la persona sujeta a proceso en un lapso de cuatro meses y si la pena excediere de ese término, deberá ejercer su función jurisdiccional en el plazo de un año.

DETENCION PREVENTIVA EFECTUADA POR AUTORIDAD ADMINISTRATIVA.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, faculta a la autoridad administrativa para que bajo su más estricta responsabilidad pueda decretar una detención sin necesidad de recabar la correspondiente orden de aprehensión, sólo en los supuestos de que se trate de casos urgentes o no haya en el lugar autoridad judicial y de que el delito sea de los que se persiguen de oficio. La autorización que la Constitución concede para realizar este tipo de detención queda condicionada a que la autoridad administrativa ponga al detenido inmediatamente a disposición de la autoridad judicial.

Consideramos conveniente, previo al análisis de los requisitos que la Constitución enumera para determinar la procedencia de una detención ordenada por autoridad administrativa, el analizar lo que se entiende por ésta.

Según la división tripartita de poderes, tenemos al Ejecutivo; Legislativo y Judicial que tienen a su cargo las funciones de ejecución, elaboración e interpretación de las leyes.

Ahora bien, según el artículo 26 de la Ley Orgánica de

la Administración Pública Federal (155), el Poder Ejecutivo o Administrativo se encuentra representada por el Presidente de la República o integrado por 17 Secretarías de Estado y un Departamento del Distrito Federal. A cada una de estas dependencias le están encomendadas funciones específicas por la propia Ley y entre éstas no se encuentra la facultad de realizar aprehensiones, por lo que conforme a lo dispuesto por el Artículo 21 Constitucional, se le encomienda el ejercicio de la acción penal al órgano del Estado, denominado Ministerio Público, aunque en algunos casos como en los delitos cometidos por Funcionarios Públicos de alta jerarquía es la Cámara de Diputados la que ejercita dicha acción penal ante la Cámara de Senadores que se erige como Gran Jurado.

En el caso anterior, vemos un claro ejemplo en el que los órganos legislativos, formalmente hablando, ejercitan materialmente funciones encomendadas al Poder Judicial; pero la regla general conforme a la Constitución, delimita exclusivamente a los Agentes del Ministerio Público para que sean los titulares del ejercicio de la acción penal.

El órgano persecutorio citado, indudablemente

(155) Ley Org. Administración Pública Federal. art. 26.

reviste el carácter de autoridad administrativa, según se desprende del artículo 73 fracción V de la Carta Magna que señala:

"El Ministerio Público, en el Distrito Federal y en los territorios, estará a cargo de un Procurador General que residirá en la Ciudad de México y del número de Agentes que determine la ley, dependiendo dicho funcionario directamente del Presidente de la República quien lo nombrará y removerá libremente.

Para efectos del presente estudio y dado que el poder del cual depende el Procurador y los Agentes del Ministerio Público, es el Ejecutivo, consideramos que ésta es la única autoridad administrativa facultada para ejecutar detenciones sin necesidad de orden judicial, siempre y cuando se den los siguientes supuestos.

1. Que se trate de un caso urgente.

"...Al respecto, se señala que se considera como tal cuando el autor del delito, para evitar ser detenido, trata de abandonar el lugar de competencia judicial, en el cual se encuentra incluido el de la sede física del Juzgado Penal y el

del lugar donde se encuentra el delincuente. A este segundo lugar se refiere la Constitución con la frase "Que no haya en el lugar ninguna Autoridad Judicial". El delincuente trata de escapar no solo del lugar donde se encuentra, sino de todo el territorio de competencia judicial". (156)

Por otra parte, el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, señala "...Existe notoria urgencia para la aprehensión del delincuente cuando por la hora o por la distancia del lugar en donde se practica la detención, no hay ninguna Autoridad Judicial que pueda expedir la orden correspondiente y existen serios temores de que el responsable se sustraiga a la acción de la justicia."

Nos preguntamos entonces, ¿cuál es la diferencia entre un caso urgente y un delito flagrante? y la pregunta obviamente obedece al constante abuso que se hace de esta disposición constitucional, se pregunta, si una persona comete un delito, cuya persecución es de oficio y a sabiendas de que va a ser aprehendido, ¿permanecería tranquilamente en su casa en espera de que la autoridad administrativa se presente a detenerlos, definitivamente no.

Ahora, cómo se va a enterar la autoridad administrativa de la comisión del ilícito, sino es a través de la denuncia, la existencia de ésta, implica que alguien estuvo presente en la comisión del delito y acude a denunciarlo.

Si se acepta que la flagrancia se da, ya sea en el momento en que se sorprende al delincuente en la comisión misma del delito o cuando es materialmente perseguido (Art. 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal). Resultaría ilógico aceptar que el testigo presencial en vez de pedir auxilio a la Policía o a cualquier otra persona para que de manera conjunta persigan y aprehendan al delincuente; mejor de manera tranquila, acude ante la autoridad administrativa (Agencia del Ministerio Público), haga la denuncia y dicha autoridad de manera generalizada ordena la aprehensión, calificando el caso de urgente.

En nuestra opinión y dado el abuso reiterado que se ha hecho de esta disposición, consideramos que debería ser suprimida ya que o existe flagrancia o no existe; en el primer caso, procede que particulares o autoridades detengan al delincuente y en el segundo, necesariamente deberá presentarse orden de aprehensión, so pena de que todo lo actuado con posterioridad, sea nulo de pleno derecho y no tan solo ésto, sino que los

ejecutores materiales de dicha aprehensión, de no demostrar la flagrancia, deberán ser cesados inmediatamente de sus funciones aparte de hacerlos responsables por los ilícitos en que incurren al efectuar la detención sin la correspondiente justificación legal, pues resulta absurdo que hasta la Suprema Corte de Justicia reitero la obligatoriedad del principio de inmediatez, en relación a las declaraciones del inculcado, no obstante que hayan existido violaciones a los derechos constitucionales por realizar aprehensiones indebidas. Sin embargo, preferimos no abundar en el problema, en razón de que éste se trata ampliamente en el capítulo tercero de este trabajo.

2. Que se ponga al detenido inmediatamente a disposición de la autoridad judicial.

Este requisito, resulta evidentemente necesario de cumplimentar, ya que en el inter comprendido entre la detención y la puesta a disposición, es generalmente cuando las personas sujetas a investigación, "tienden a confesar". En ocasiones, no tan sólo el crimen es el que se les imputa, sino algunos más, que luego en la secuela del procedimiento son desvirtuados por inverosímiles y fantasiosos, claro, después de que se ha puesto en marcha el aparato judicial con las consecuentes costas y gastos para el Gobierno y peripecias para el que se encuentra

sujeto a la detención preventiva.

Este trabajo no pretende ser tendencioso; sin embargo, considero imprescindible hacer notar que debido a la evidente impreparación, tanto científica como moral de la Policía Judicial encargada de realizar las aprehensiones, se ha convertido en una práctica reiterada, la obtención de confesiones a través de torturas cada día más sofisticadas, evidentemente esto obedece a que es más fácil destruir física y moralmente a un individuo que realizar adecuadamente la investigación creativa.

Respecto al hecho de que el presunto responsable no sea puesto inmediatamente a disposición de la Autoridad Judicial, la Suprema Corte de Justicia ha sustentado el siguiente criterio:

CONFESION, COACCION MORAL EN EL RENDIMIENTO DE LA
CONSIGNACION MUY POSTERIOR A LA DETENCION.

"Si bien esta Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sustentado reiteradamente el criterio de que de acuerdo con el principio de inmediatez procesal, las primeras declaraciones del acusado, producidas sin tiempo de aleccionamiento o reflexiones defensivas, deben prevalecer sobre las posteriores, también es

verdad, que tal criterio sólo es aplicable cuando la confesión primera está rendida en términos legales, ésto es, por persona mayor de dieciocho años, con pleno conocimiento y sin coacción ni violencia, ante Funcionario de Policía Judicial que practique la Averiguación Previa de hecho propio; por lo que no sucede en un caso en que el acusado es consignado al juez instructor ocho días después de su detención, lo que hace presumir que la confesión fue coaccionada moralmente".

Séptima época, segunda parte, volumen 40, página 25, A.D. 5401/71, Antonio Garza Villarreal, 5 votos.

CONFESION, COACCION MORAL EN EL RENDIMIENTO DE LA
CONSIGNACION MUY POSTERIOR A LA DETENCION.

"Si el acusado estuvo detenido durante nueve días y en contacto con la Policía sin que se pusiera a disposición de su juez natural, e independientemente de la violación constitucional que ello implica y lo cual no corresponde estudiar en el amparo desde esa perspectiva; sin embargo, tal circunstancia, indudablemente produce sobre el acusado una coacción moral, que afecta su mente para declarar con plena libertad y que necesariamente le resta validez a la confesión que rindió ante el Ministerio Público encargado del despacho de la Policía Judicial,

si no hay alguna otra prueba que robustezca dicha confesión, debe decirse que ésta, dadas las condiciones dentro de las cuales se rindió, no tiene el valor de convicción suficiente para comprobar, por sí sola, la responsabilidad del acusado en el delito materia de la condena".

Séptima Epoca, Segunda parte, volumen 49, pág. 17
A.D.2695/72. Manuel Benitez Mora. 5 votos.

Como podemos observar, se trata de dos tesis jurisprudenciales aisladas, por lo que no se puede hablar propiamente de jurisprudencia obligatoria, y aún así, es de destacarse que la primera sólo presume que la confesión fue coaccionada moralmente, y la segunda, sólo la limita al caso de que no haya ninguna otra prueba que robustezca dicha confesión.

Es de preguntarse, si cuando se da una detención arbitraria hay o no violencia.

La misma Suprema Corte de Justicia de la Nación, nos da la respuesta en la siguiente tesis.

CONFESION, DETENCION ARBITRARIA.

"No estando probada la existencia de coacción alguna,

la sólo detención arbitraria no es suficiente para estimar que la confesión rendida ante al Ministerio Público y la Autoridad Judicial, lo fue bajo un estado psicológico anormal, producido por violencia, ya sea de orden físico o moral".

Sexta Epoca, Segunda Parte, Vol XIX, Pag. 98 A.D.
1094/57 Ramón Núñez de Luna, Unanimidad de 4 votos.

El que una Autoridad no respete un derecho superior, como lo son, las garantías individuales, lógicamente produce un impacto en la mente del individuo que la sufre, ya que quien se ve así atacado el razonamiento que realiza es muy simple, pues se percata, que la autoridad no respeta a la Constitución, por estar restringiendo su libertad personal por la fuerza y no en base al derecho, y de igual manera por la misma fuerza también, puede limitarle el derecho a la vida o a la integridad corporal; en el supuesto de que oponga resistencia; la violencia en estos actos arbitrarios, evidentemente existe, que se niegue su existencia es una situación muy distinta.

De lo anterior, se deriva que la razón de que la detención administrativa sea condicionada a poner a disposición inmediata de su juez natural al detenido, y que la omisión en el cumplimiento de la misma, implica el que se presuma de que en el

caso de que exista confesión, los hechos delictivos que se le imputen al detenido, éste tendrá el beneficio de la duda; es decir, se presumirá que existe coacción en la confesión que ha otorgado.

LA DETENCION JUDICIAL.

La resolución mediante la cual el juez de la causa decreta la detención preventiva del presunto responsable de un delito, deberá revestir los caracteres de mandamiento escrito y estar fundada y motivada, y será el documento a través del cual ordene a la Policía Judicial la ejecución de alguno de los siguientes actos:

- a) Captura del inculpado.
- b) Su internación en el Reclusorio Judicial a disposición del juez.
- c) Notificar al juez el cumplimiento de su resolución.

Toda orden de aprehensión, deberá contener además:

- a) El nombre, o en su defecto el apodo de las personas que han de aprehenderse y su media filiación.
- b) El domicilio, si consta en el expediente.

- c) El delito que se le imputa.
- d) El nombre y firma del juez que la ordena.
- e) La fecha y el lugar de expedición.

La detención preventiva, decretada por la autoridad judicial, procede sólo en el caso de que no exista flagrancia y su secuela en opinión del autor, es la siguiente:

"...El Órgano jurisdiccional, teniendo en su poder las actuaciones del Ministerio Público, dictará el auto de radicación y resolverá sobre su jurisdicción. Si no la tiene, devolverá el expediente al Ministerio Público." [57]

En caso contrario, fijará la fecha para el desahogo de las pruebas ofrecidas por el Ministerio Público en el acto de ejercicio de la acción penal.

Una vez desahogadas las citadas pruebas, y en caso de que la responsabilidad del inculpado se haya hecho probable, el Ministerio Público solicitará al juez:

[57] Iñárriz Olguín y Ripudio Ramírez, Op. Cit. Pág. 3.

a) La orden de aprehensión, si la sanción es privativa de la libertad y no alternativa con otra diversa.

b) La orden de comparecencia para la Averiguación Previa, si la sanción no es privativa de la libertad o siéndolo está señalada en forma alternativa con otra diversa.

c) La orden de comparecencia para la Averiguación Previa cuando la sanción sea privativa de la libertad y no alternativa con otra diversa y la responsabilidad se hubiera hecho probable, sólo con la denuncia o la querrela.

La detención preventiva dictada por la Autoridad Judicial, debe ser la regla general. Es la opinión de Jesús Rodríguez y Rodríguez al señalar:

"...La más importante de las condiciones formales es la que prescribe que la detención preventiva, debe necesariamente, ser ordenada por escrito y por una Autoridad Judicial." (58)

CONDICIONANTES:

(58) Rodríguez y Rodríguez: Jesús, La Detención Preventiva y los Derechos Humanos en el Derecho Comparado, U.N.A.M., México Pág. 81.

"Dentro de las condicionantes que existen para que pueda darse una orden de aprehensión, podemos señalar las siguientes:

1. Debe solicitarla previamente el Ministerio Público, quien carece de facultad legal para decretar una orden de aprehensión.
2. No se requiere para expedirla la comprobación del cuerpo del delito, sino que solo se satisfagan los requisitos del artículo 16 Constitucional.
3. Si el inculcado fue puesto en libertad, por no haberse podido dictar en su contra el auto de formal prisión; es necesario que se practiquen de nuevo las diligencias para que pueda decretarse.
4. Su expedición no debe sujetarse al examen sobre si un hecho es o no delictuoso, porque el artículo 16 Constitucional, sólo establece que el hecho se castigue con pena corporal.
5. Si se encuentra demostrada la legítima defensa del inculcado, no deberá librarse la orden de aprehensión, por no existir en este caso datos que hagan probable la responsabilidad.
6. Si el delito que se imputa al inculcado, se castiga con pena

alternativa, no podrá decretarse la orden de aprehensión, porque en este caso, la que se dicte en su contra será violatoria del artículo 16 Constitucional". (19)

El autor referido hace una síntesis del criterio sustentado por nuestra Suprema Corte de Justicia, pues se destaca el criterio valorativo del órgano jurisdiccional, aunque diferimos en la parte relativa a que para librarse una orden de aprehensión, no es necesario que se encuentre integrado el cuerpo del delito, pues como se manifestó en la parte relativa a la Averiguación previa, es necesario que por lo menos los elementos objetivos del delito estén plenamente comprobados, dejando a la actividad judicial posterior al libramiento de la aprehensión la valoración de los elementos subjetivos, como sería el caso de la culpabilidad.

Además de las condicionantes señaladas, tenemos los siguientes requisitos exigidos por la ley para el libramiento de una orden de aprehensión.

1. La fundamentación y la motivación: Este requisito es fundamental, tomando las palabras de Herrera Lasso y

(19) El procedimiento penal mexicano. Alberto González Blasco. México. Ed. Porrúa. 1973, Pág. 255.

Gutiérrez, 1961, "...diríamos que si algún acto de Autoridad, considerado como acto de molestia, le falta la fundamentación y la motivación, constitucionalmente no es posible su ejecución; si se trata de una orden de aprehensión, el mínimo de motivación posible, será la comprobación del cuerpo del delito, ya que, sin este requisito no puede abordarse el estudio de la responsabilidad, por lo que tampoco se considera factible que se sustente por la Suprema Corte de Justicia y por las Leyes Secundarias existentes, de que para el libramiento de una orden de aprehensión, baste la acusación previa formulada en relación a un hecho determinado que amerite prisión y que la acusación esté apoyada en persona digna de fé, o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del acusado".

Resulta peligrosa la idea, por simplista y por apoyarse tan sólo en la redacción textual del segundo párrafo del artículo 16 Constitucional, pues la exigencia de fundar y motivar, es rigurosa, según el primer párrafo del precepto mencionado y aparte de regir para todo el artículo, resulta además, ser la expresión de otro principio constitucional más amplio, el de atribución de facultades expresas, el cual señala que las Autoridades no pueden hacer sino aquello que les está

permitido de manera expresa por la Ley, y consecuentemente, en el ejercicio de cualquier facultad, tendrán la obligación de invocar el derecho en base al cual ejercitan o pretenden ejercitar dicha facultad.

"...Resulta en verdad desconcertante, que todavía se dude de algo que Vallarta advirtió con claridad en el siglo pasado. "Si la orden de Autoridad Competente no está fundada ni motivada, ella no es más que el cuerpo del delito de detención arbitraria". (votos, tomo tercero, pág. 264 de la Edición de 1986, publicada por Don Antonio de J. Lozano)..." (11).

Es evidente, que la orden de aprehensión debe de estar fundada y motivada y que el artículo 16 Constitucional que tutela el derecho individual contra actos de molestia y que maneja una materia tan delicada, como lo es la libertad, no debe de dejarse a criterio del juez y basándose sólo en la posibilidad de que exista responsabilidad, ni en el dicho de x o z personas que por muy dignas de fe que pudieran ser, su denuncia debe de estar apoyada también, no en indicios, sino en evidencias que logren hacer que el juez presuma fundadamente la existencia de la posibilidad de restringir la esfera de derechos de algún

(61) Citado por Herrera Leaso Eduardo Op. Cit. Pág. 64.

governado, por lo que para el libramiento de cualquier orden de aprehensión, se debe de tomar en cuenta el artículo 16 Constitucional en su totalidad, y cumplir con todos y cada uno de los requisitos que éste exige, por lo que nos parece prudente transcribir el siguiente criterio jurisprudencial:

ORDEN DE APREHENSION.

"Para dictarla, no es preciso que esté comprobado el cuerpo del delito, sino que sólo se llenen los requisitos prevenidos por el artículo 16 Constitucional".

	Pág.
Tomo III, Olvera José C.C	83
Tomo IV, Navarro José Trinidad.....	540
Tomo V, Guevara J. de la Luz.....	1233
Tomo XIII, Nieto Leopoldo F.....	621
Tomo XIV, Molina Ladislao.....	128
(Visible a páginas 388 y 389 del apéndice de 1917 a 1965.	

El enfoque de esta Tesis Jurisprudencial, notoriamente no está basada en la intención del precepto constitucional, ya que autoriza las aprehensiones sin tomar en cuenta la totalidad del mismo.

2. Que se libere por Autoridad Judicial.

Al señalar el artículo 16 Constitucional que no podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, a no ser por la Autoridad Judicial, se confirma la regla de que sólo el Poder Judicial es quien tiene la facultad de interpretar la Ley elaborada por el Poder Legislativo, y cuya ejecución está encomendada al Poder Ejecutivo; las excepciones a esta regla, como ya se apuntó son: El flagrante delito y los casos urgentes. Por no ser el objeto de este estudio el análisis de lo que es el Poder Judicial, consideramos pertinente pasar al siguiente requisito de la orden de aprehensión.

3. Que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal y que estén apoyados aquéllos por declaración bajo protesta de persona digna de fé o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado.

El libramiento de las órdenes de aprehensión, se basa generalmente en esta parte del artículo 16 Constitucional y si se observa se sigue el criterio de la Suprema Corte de Justicia, aunque erróneamente, ya que si se dice que es necesario la denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la

ley castigue con pena corporal; es indudable que se está manejando el concepto de delito, y si se exige que sea un hecho determinado, se está exigiendo que éste se encuentre plenamente comprobado y no que se trate de una mera presunción.

De lo expuesto se puede concluir válidamente que cualquier orden de aprehensión, sin que esté integrado y comprobado el cuerpo del delito; es decir, sin que esté fundada y motivada por la autoridad de la cual emana el acto, se rompe el principio constitucional de atribución de facultades expresas, y consecuentemente el acto sería nulo, no tan sólo el acto original, sino todas las actuaciones subsecuentes que se derivaran del mismo, incluida la confesión del presunto responsable y la consecuencia jurídica que traería, sería obligar al juez de la causa a poner en inmediata libertad al detenido y declarar la nulidad del procedimiento, así como a determinar la cantidad líquida que por concepto de reparación de daño debería de ser pagada a la persona que ha sufrido la privación de la libertad de manera evidentemente ilegal.

C) EFECTOS DE LA DETENCION PREVENTIVA.

Según lo apuntado, y tomando como base la definición propuesta para la detención preventiva como una medida tomada en

seguridad que produce una limitación en la libertad personal, en virtud de una decisión judicial, consistente en el internamiento temporal en los lugares destinados a la práctica de las Averiguaciones Previas, así como en aquéllos en donde serán procesados los presuntos responsables de la comisión de algún delito, fungiendo como medio de instrucción y como garantía de la ejecución de la pena, podemos dividir sus efectos de la siguiente manera:

a) Legales, que serían:

1. Una limitación en la libertad personal, entendida ésta como la capacidad de actuar, en tanto no se lesione la esfera de derechos de los demás Miembros del Conglomerado Social en que se habite.

Esta limitación, consistiría en el internamiento, ya sea en separos o salas de detenidos, en las Agencias Investigadoras del Ministerio Público, o bien en los reclusorios preventivos.

2. En el caso de detención preventiva en Agencias Investigadoras (Averiguaciones Previas), según lo dispuesto por el artículo 19 Constitucional deberá necesariamente, limitarse al tiempo de tres días y sus efectos últimos podrán ser:

2.1 La consignación (cuando hay detenido).

2.2 Remisión del expediente a la Sección de Archivo (sin detenido y sin existir elementos).

2.3 Remisión del expediente a la Sección de Reserva (existen elementos pero no están integrados en su totalidad).

3. El caso de detención preventiva a nivel de reclusorios preventivos, deberán limitarse al tiempo que duren los procesos, que conforme al artículo 20 fracción VIII Constitucional, será antes de 4 meses, si se trata de delitos cuya pena máxima no sobrepase los dos años de prisión y antes de 1 año si se trata de delitos que superen este término.

4. Funge como medio de instrucción, ya que se cuenta con la presencia del presunto responsable en contra de quien se instruya el proceso.

5. Es también una garantía para la ejecución de la pena, pues si se cuenta con el procesado, una vez que es sentenciado, la ejecución de la pena a que se haga acreedor está garantizada.

EFECTOS DE HECHO

Tal vez resulte un tanto contradictorio que en un trabajo sobre una materia de derecho, se contemple un apartado en donde se trate de cuestiones de hecho, la razón de ser de ésto, no es tanto de que no tenga repercusiones legales, sino más bien que la legislación no los contempla.

1. La detención preventiva, que se haya verificado sin que se cumplieran los requisitos legales o que no se llegara a determinar, ni el cuerpo del delito, ni la presunta responsabilidad, evidentemente que tiene consecuencias jurídicas, y consideramos los siguientes:

1.1 Para el caso de que no se cumplieran los requisitos legales, como serían el libramiento de la orden de aprehensión o que ésta no se sujetara a lo dispuesto en la Constitución; el efecto jurídico que tendría, sería que todo lo actuado a partir del acto nulo que genere el inicio del procedimiento, evidentemente sería nulo y el juez de alzada, en el caso de que se intentara la apelación, o bien, el juez federal competente que deba conocer del Juicio de Garantías, deberán proceder a modificar la resolución, ordenando que se ponga en libertad a la persona sujeta a un proceso que desde su origen fué espurio.

La reposición del procedimiento resultaría inoperante en razón del principio *Non Bis Idem*, y además, el Estado debería pagar los daños y perjuicios que llegara a sufrir el inculpado, que sería la pérdida o menoscabo sufrido en su patrimonio en razón del acto ilícito ejecutado por la autoridad.

Asimismo, deberá pagar los perjuicios que en los términos del artículo 2109 del Código Civil vigente, que dice: "...Se reputa perjuicio, la privación de cualquier ganancia lícita que debiera haberse obtenido con el cumplimiento de la obligación".

Por otra parte, también sería responsable del daño que sufra el inculpado, mismo que deberá ser determinado por el juez, de acuerdo con el artículo 1916 del ordenamiento legal antes citado, la indemnización equitativa que a título de reparación moral deberá pagar el responsable del hecho.

Lo anterior, si se trata de una detención preventiva injustificada, realizada mediante internamientos en los reclusorios preventivos.

1.2 Si se trata de detenciones exclusivamente de días, de las que se realizan en la práctica de Averiguaciones Previas, la

obligación del Estado sería la misma; claro está, el daño que se causa en éstas es menor que en aquéllas.

Otra obligación que el Estado debe asumir, en caso de actuación ilegal, sería precisamente la de eliminar los exámenes antropométricos con los que se ficha a los presuntos responsables, aparte de hacer una publicación televisiva y radiofónica por medio de las cuales haga del conocimiento del público en general del error cometido al procesar a una persona inocente.

CAPITULO TERCERO

EL DERECHO A DECLARAR O NO DECLARAR DEL INDICIADO DE ACUERDO CON LAS REFORMAS DEL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL DEL 8 DE ENERO DE 1991.

1. LEGISLACION.

A) CONSTITUCIONES DE 1857 Y 1917.

Desgraciadamente la Constitución Política Mexicana de 1857, estructurada sobre la indestructible base de su legítima independencia proclamada el 16 de septiembre de 1810, consumada el 27 de septiembre de 1821 y publicada el día 12 de febrero de 1857, no contemplaba el derecho del hombre a no ser compelido a declarar en su contra; tal y como se desprende de la redacción de su artículo 20 que señalaba:

"Artículo 20.- En todo juicio criminal, el acusado tendrá las siguientes garantías:

"I. Que se le haga saber sobre el motivo del procedimiento y el nombre del acusador si lo hubiera.

"II. Que se le tome su declaración preparatoria durante las

cuarenta y ocho horas, contadas desde que esté a disposición de su juez.

"III. Que se le carecé con los testigos que depongan en su contra.

"IV. Que se le faciliten los datos que necesite y consten en el proceso para preparar sus descargos.

"V. Que se le oiga en defensa por sí o por persona de su confianza o por ambos, según su voluntad. En el caso de no tener quien lo defienda, se le presentará la lista de defensores de oficio para que elija el o los que le convengan".

Resulta inexplicable que no se contenga el derecho que tiene cada individuo de no ser compelido a declarar en su contra; sin embargo si el ordenamiento legal antes citado no contenía ese derecho, se debería de luchar por plasmarlo, objetivo que se logra con posterioridad, pero una vez obtenido, si no se respeta, ¿qué es lo que se tiene que hacer?.

Se dice que resulta inexplicable porque en los proyectos de 1842, si existía, como se desprende de lo siguiente:

El primer proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la Ciudad de México el 25 de agosto de 1842, establecía en su artículo séptimo:

"La Constitución declara a todos los habitantes de la República el goce perpetuo de los derechos naturales de libertad, igualdad, seguridad y propiedad, contenidos en las disposiciones siguientes:

"XI. Nunca se podrá usar del tormento para el castigo de los delitos, ni de alguna otra especie de apremio para su averiguación. Ninguno podrá ser declarado confeso de un delito, sino cuando él lo confesare libre y paladinamente en forma legal."

Este proyecto, sin lugar a dudas, es un antecedente de nuestro actual artículo 20 fracción II Constitucional, en cuanto a que nadie podrá ser compelido a declarar en su contra y también prohíbe la penalización de los delitos previa a la investigación de los mismos, acepta que la confesión arrancada por medio de la tortura, es nula, reconociéndole validez únicamente en el caso de que sea otorgada libremente.

En voto particular de la minoría de la Comisión Constituyente de 1842, fechado en la Ciudad de México el 26 de agosto de ese mismo año, contiene en su artículo 5o. conforme al cual la Constitución otorga a los derechos del hombre las siguientes garantías:

"XII. En los procesos criminales, ninguna constancia será secreta para el reo, nunca podrá ser obligado por tormentos, juramentos ni otra clase alguna de apremio a confesarse delincuente".

El segundo proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la Ciudad de México el 2 de noviembre de 1842 en su artículo 13, reconoce en todos los hombres los derechos naturales de libertad, igualdad, seguridad y propiedad, otorgándoles en consecuencia las siguientes garantías.

"XVI. Nunca se podrá usar del tormento para el castigo de los delitos ni de ninguna otra especie de apremio para su averiguación, ninguno podrá ser declarado confeso de un delito, sino cuando él lo confesare libre y paladinamente en forma legal".

Como se observa, los proyectos son idénticos en cuanto a forma y contenido.

"Las Bases Orgánicas de la República Mexicana, acordadas por la Honorable Junta Legislativa, establecida conforme a los decretos de 19 y 23 de diciembre de 1842, sancionados por el Supremo Gobierno Provisional con arreglo a los mismos el día 12 de junio de 1843 y publicado por el Bando

Nacional el día 14 del mismo mes y año, enumera en su artículo 9o. entre otros derechos de los habitantes de la República, el de que:

"Fracción X. Ninguno podrá ser estrechado por clase alguna de apremio o coacción a la confesión del hecho por el que se le juzga".

Este dispositivo de las Bases Orgánicas, está redactado con mayor claridad en cuanto a la prohibición del tormento para lograr la confesión; sin embargo, ya remite al período procesal del juicio, olvidando que las confesiones generalmente son arrancadas antes de que el sujeto a proceso se encuentre ante la presencia judicial. En sí, se considera que la confesión coaccionada es nula, y este hecho es aceptado; sin embargo, a quien le corresponde la carga de la prueba es a un sujeto que se encuentra recluido y "medio" defendido por un Defensor de Oficio, que por encontrarse dentro del presupuesto del mismo gobierno que lo emplea, no va a proceder a demostrar el uso de la violencia, por parte de la Policía Judicial, ya que ésto pondría en peligro su estabilidad en el trabajo, además, de que económicamente no es posible, por el tipo de probanzas que se tienen que ofrecer y que si se quieren diligenciar a la brevedad, es necesario efectuar erogaciones considerables.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1917.

La Constitución de 1917, que es la que actualmente nos rige, contempla aunque de manera confusa, el derecho a declarar o no declarar, durante la fase indagatoria del procedimiento penal, como se desprende de su artículo 20 fracción II, que dice:

En todo juicio del orden criminal, tendrá el acusado las siguientes garantías:

Fracción II. No podrá ser compelido a declarar en su contra, por lo que queda expresamente prohibida toda incomunicación o cualquier otro medio que tienda a aquel objeto.

Esta fracción, observamos que contiene dos garantías:

- a) La de que nadie puede ser coaccionado a declarar en su contra.
- b) La prohibición de la incomunicación o cualquier otro medio que tienda a aquel objeto, ya que con esto no tan solo se coacciona sino que se impide la correcta defensa de un acusado.

El primero de ellos, como ya se puntualizó, se

refiere a que nadie puede ser coaccionado a declarar, la frase "en su contra" sale sobrando, pues si se aplica la estricta lógica, se verá que en un juicio criminal en donde se tiene detenida a una persona, presuntamente responsable de un delito, ¿tendría sentido coaccionarlo para que declarara en su favor?, eso sería en todo caso, hablar de la defensa, pero no de la autoridad investigadora ni del juez, por lo que válidamente se puede concluir que lo que la Constitución consagra, en primer término es el derecho de que nadie puede ser coaccionado a declarar, ni a favor ni en contra.

El segundo derecho individual que contiene esta fracción, es la prohibición de toda incomunicación, pues el hecho de ser incomunicado, ya presume la coacción psicológica, cuando menos.

Ahora, sería procedente preguntarse, si la detención se verificó de acuerdo con los lineamientos que marca la propia Constitución, de lo contrario, el ser detenido arbitrariamente, en mi concepto caería dentro de la frase "O CUALQUIER OTRO MEDIO QUE TIENDA A AQUEL OBJETO",

En base a lo expuesto, podemos decir que el primero de los derechos individuales, comprendidos en la fracción que se analiza, comprende dos aspectos.

a) PRIMER ASPECTO .- Este consiste en que nadie puede ser compelido o coaccionado a que declare, consecuentemente se tiene derecho a permanecer en silencio, es decir a declarar o no declarar y éste no es un simple derecho, sino un derecho individual de los considerados por la Constitución Política como fundamentales y cuya violación puede ser reclamada por el Juicio de Amparo.

b) SEGUNDO ASPECTO .- Consistente en que se rinde la confesión, si se quiere en cuyo caso considero se deberán de dar los siguientes supuestos:

1. Que la detención preventiva se haya efectuado conforme a la constitución; es decir, que haya existido flagrante delito, caso urgente u orden de aprehensión debidamente fundada y motivada.

2. Que se le haga saber de manera conjunta por su defensor y la autoridad investigadora, que tiene derecho a permanecer en silencio, es decir a declarar o no declarar, según lo exige aunque de manera confusa, el artículo 20 fracción II Constitucional.

3. Que se le haga saber que en caso de que desee declarar confesando, su declaración deberá realizarla ante el juez de la

Causa y tendrá derecho a que un abogado o persona de su confianza esté presente para que de manera conjunta firmen la declaración, en que se confiesa.

Actualmente en el artículo 134 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en la parte conducente señala:

"Los detenido desde el momento de su aprehensión podrán nombrar abogado o persona de su confianza, que se encargue de su defensa. A falta de uno u otro, el Ministerio Público le nombrará uno de oficio".

Aunque el derecho contenido en el precepto legal invocado al parecer Institucionaliza la Defensoría de Oficio a nivel Administrativo, en realidad tiene poca eficacia, tan poca, que considero innecesario abordar el tema, lo que si precisa dilucidar es lo siguiente:

- 1.- Que ámbito procesal es requerido por la Constitución para hacer exigible la aplicabilidad de la fracción II del artículo 20 constitucional.
- 2.- Que calidad procesal deberán tener los sujetos de garantías, involucrados en una relación jurídico-penal.

Para despejar la primera de las interrogantes, podemos partir de la redacción del proemio del artículo 20 Constitucional que dice:

"...En todo juicio del orden criminal, tendrá el acusado las siguientes garantías:

"De acuerdo a la división esquemática adoptada en el segundo capítulo de este trabajo, (ver página 41) La Etapa procedimental doctrinariamente denominada "juicio" es el período del procedimiento penal en el cual el Ministerio Público precisa su acusación, el acusado su defensa y los tribunales valoran las pruebas y posteriormente dictan resolución."...El juicio propiamente dicho, es un acto de voluntad del Tribunal, que se traduce en la sentencia..." (62).

Lo anterior es una división esquemática doctrinaria, como ya se apuntó, pero fué efectivamente de dicha división de la que partió El Constituyente de 1917.

Dicen que en principio fue la palabra y atendiendo a la significación etimológica del término "Juicio", tenemos lo siguiente:

(62) Colla Sánchez Guillero Op. Cit. Pág. 431.

'Razón, entendimiento, facultad crítica, conocimiento de una causa judicial en un Tribunal, examen en un Tribunal de las pruebas y de las leyes aplicables en el caso de cada acusación, proceso: latín, iudicium: juicio (En los dos sentidos), de iudice tema de iudex' 'juez' (1.)).

El diccionario, considero que nos mete en serios problemas; pues al decirnos que juicio, es la razón o el entendimiento, la facultad crítica, al parecer está tratando de definir la palabra con otro sinónimo.

La razón se entienda, ya sea como la facultad humana de elevarse de lo concreto a lo abstracto; o bien como la relación existente entre dos contenidos psicológicos, que se encuentra precisamente a través del razonamiento o actividad mental, por medio de la cual se asocian diversos acontecimientos.

En Materia Procesal Penal, ¿cuando es entonces que la autoridad que conoce de un hecho delictivo formula juicios o encuentra las relaciones entre los contenidos Psicológicos?.

El tipo, es un contenido Psicológico, la conducta típica es otro y los elementos probatorios también lo son.

El Agente del Ministerio Público evidentemente, enjuicia al practicar las diligencias tendientes a integrar al cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, que le exige el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Como ya se explicó en el capítulo anterior, la responsabilidad presunta, consiste en un deber jurídico del delincuente de responder de las consecuencias que se deriven de la conducta típica observada.

Para estar en aptitud de afirmar que determinado sujeto tiene dicha obligación de responder, evidentemente se debe realizar un juicio valorativo o de conexidad, para llegar a identificar al sujeto indiciado, como autor material de la conducta típica; este juicio o razón, se traduce en la actividad mental del órgano persecutorio, consistente en encontrar los nexos entre el delincuente; el resultado material producido por la conducta típica y la norma que la contempla como tal.

Entonces; el término empleado por nuestra norma máxima, de "JUICIO" debe de entenderse como extensivo a la fase indagatoria del procedimiento Penal Mexicano; ya que desde la NOTITIA CRIMINIS, que le llega al Agente del Ministerio Público,

se está iniciando un verdadero enjuiciamiento; ¿sería de este principio del que partió el legislador del 17 y los tecnicismos judiciales doctrinales son los que han venido a sembrar la confusión respecto de los momentos procesales en que resultaría aplicable dicho precepto?.

En nuestra que el llamarle al sujeto de la relación jurídico - penal y sujeto de garantías por otra parte; indiciado, procesado o enjuiciado, efectivamente trae como consecuencia la confusión

Lo que resulta claro es que desde el momento en que se inicia la Averiguación Previa o se efectúa la detención preventiva, el verdadero carácter con que el gobernado o sujeto de la relación jurídico-penal, comparece ante el Organó de Gobierno (Agente del Ministerio Público), es el de ENJUICIADO, pues la autoridad Investigadora formulará, si se quiere un juicio de carácter provisional, probable o presuntamente comprobable, pero juicio al fin; lo que se trata de integrar o determinar mediante una averiguación es la responsabilidad, esta, primero es probable y después (una sentencia) comprobada.

En cuanto a la segunda interrogante, relativa a la calidad procesal del sujeto de la relación jurídico-penal o

sujeto de garantías y que en función de la doctrina existente hace aparecer inaplicable la garantía contenida en el artículo 20 fracción II de la Constitución. Es el término de "ACUSADO".

En opinión del Maestro Colín Sánchez (64), y en relación a la terminología operante en el ámbito procesal penal.

"...El significado de esta terminología es el siguiente:

'INDICIADO. Es el sujeto en contra de quien existe sospecha de que cometió algún delito, porque se le ha señalado como tal, pues la palabra indicio significa "El dedo que indica".

'PRESUNTO RESPONSABLE. Es aquél en contra de quien existen datos suficientes para presumir que ha sido autor de los hechos que se atribuyen'

'IMPUTADO.- Es aquel a quien se le atribuye algún delito'.

'INCULPADO.- Es aquél a quien se atribuye la comisión o

la participación de un hecho delictuoso. Tradicionalmente este término se tomaba como sinónimo de "ACUSADO" y se aplicaba a quien cometía un delito, desde que se iniciaba el proceso hasta su terminación'.

'ENCAUSADO.- Es el sometido a una causa o proceso'.

'PROCESADO:- Es aquél que está sujeto a un proceso; en consecuencia la aplicación de tal calificativo depende del criterio que se sustenta respecto al momento en que e estime se ha iniciado el proceso'.

'INCRIMINADO:- A este término corresponde la misma significación que establecemos para imputado e inculpaado'.

'PRESUNTO CULPABLE:- Es aquel en contra de quien existen elementos suficientes para suponer que, en un momento procesal determinando, será objeto de una declaración jurídica que lo considere culpable'.

'ENJUICIADO:- Es aquel que es sometido a juicio'.

'ACUSADO:- Es aquél en contra de quien se ha formulado una acusación'.

'CONDENADO:- Es aquél que está sometido a una pena'.

'REO es aquél cuya sentencia ha causado ejecutoria y en consecuencia está obligado a someterse a la ejecución de la pena por la autoridad correspondiente".

Consideramos que todas las voces referidas por el autor, se pueden utilizar como sinónimos, para expresar el concepto de aquella persona que es objeto de un juicio en el orden criminal o delictivo, o bien que ya ha sido objeto de este juicio en los términos de REO o CONDENADO, por lo que a efecto de no empobrecer el idioma y de entablar una perfecta correspondencia entre la voz y el concepto considero que el término correcto es, ENJUICIADO independientemente de la fase procedimental en que dicho sujeto se encuentre.

Desde la perspectiva anterior, el proemio de la redacción del artículo 20 Constitucional es correcto. Pero doctrinariamente no resulta aplicable, por haber tratado la doctrina de implantar un nombre distinto a cada fase procedimental; situación que hace que la interpretación que se de a dicho precepto, es en el sentido de que se trata de una garantía que tiene el gobernado o sujeto de la relación jurídico-penal, cuando ya se encuentra, ante la presencia judicial y ésta

interpretación resulta igualmente válida, ya que como señalo anteriormente, otra de las conotaciones de la palabra juicio, es precisamente el conocimiento de una causa judicial en un tribunal.

Sin embargo por el bien jurídico que se trata de proteger, dicho término debe de entenderse en un sentido más amplio, pues como ya se apuntó, El Ministerio Público, realiza verdaderos juicios, a efecto de integrar, la presunta responsabilidad y el cuerpo del delito.

Ahora bien, por lo que respecta al término "acusado" que utiliza nuestra constitución, también resulta confuso; e impreciso y basta decir para ello que en los delitos que motivan el inicio de las averiguaciones previas; generalmente no existe una acusación directa del agraviado o afectado, en contra del presunto delincuente excepción hecha de algunas averiguaciones que se inician con detenido.

Cuando la averiguación se inicia, sin detenido es motivada en la generalidad de los casos por una denuncia de hechos, como técnica de los abogados asesores para preveer la posible incursión en el delito de calumnia, si de los elementos aportados se llegare a declarar la insuficiencia de los mismos y el consecuente no ejercicio de la acción penal.

Situación que podría al denunciado en aptitud de efectuar una acusación directa en contra de su denunciante, por le delito de calumnia.

Cabría aclarar la diferencia específica que existe, entre la denuncia entendida como el anuncio o mensaje cabal dado por una persona a otra, (en este caso al Agente del Ministerio Público), a efecto de que éste califique, si se integran los posibles delitos, que los hechos denunciados pudieran constituir y la acusación directa efectuada por la víctima u ofendido y la acusación, formulada por el Agente del Ministerio Público en ejercicio de la persecución de los delitos que le confiere el artículo 21 Constitucional.

Evidentemente que existen diferencias entre las tres situaciones enunciadas, sin embargo sustancialmente el sujeto de la relación jurídico penal es el mismo; ya sea que se encuentre en una agencia y la víctima u ofendido lo acuse directamente, o sea el Ministerio Público que tomó conocimiento de la denuncia. O sea esta misma autoridad en ejercicio de la facultad persecutoria, ya sea en la Agencia Investigadora o bien en el Juzgado Penal.

Doctrinalmente, la persona o sujeto de la relación

jurídico penal, se llama "acusado" propiamente cuando el Ministerio Público precisa su acusación, pero ésto no resulta privativo de esta fase. Incluso la misma constitución en su artículo 16 consagra que ninguna persona podrá ser detenida, ni aprehendida, sin que preceda denuncia acusación o querrela de persona digna de fe.

De manera consecuente la persona sujeta a una averiguación previa que se encuentra detenida, solo podrá estarlo si existe denuncia, en cuyo caso debe suponerse que previamente el Agente del Ministerio Público conoció de la denuncia y que consideró que ésta contenía hechos que calificó como ilícitos penales flagrantes o que se trataba de una caso urgente, por lo que ordenó la detención preventiva del presunto responsable.

La misma situación opera en el caso de la querrela, y en relación a la acusación directa resulta indiscutible.

De lo expuesto podemos dilucidar que los términos utilizados por la Constitución en su artículo 20, son adecuados, si se va a la esencia de dichos términos; pues toda persona que se encuentra sujeta a una investigación, se le está enjuiciando, si se quiere de manera provisional al integrar el Ministerio

Público la presunta responsabilidad y el cuerpo del delito o bien, definitivamente, al declarar el derecho él juez en la sentencia, y es acusado también en cualquiera de las fases procedimentales.

Sin embargo, es evidente que los tecnicismos jurídicos siembran la confusión y hacen parecer que dicha garantía sólo opera para los individuos que se encuentran en determinada fase procedimental, esta situación implica la necesidad de un cambio en la redacción de dicho precepto Constitucional.

Por otra parte y analizando la manera específica la fracción II del multicitado precepto Constitucional que a la letra dice:

"...No podrá ser compelido a declarar en su contra, por lo cual queda rigurosamente prohibido toda incomunicación o cualquier otro medio que tienda a aquel objeto."

Si se entiende por compeler, el obligar a hacer lo que no se quiere, o bien el constreñir o forzar, y no tan solo esto, también cualquier medio que tienda a aquel objeto.

Consecuentemente, el objeto del dispositivo legal es bien claro, en el sentido que se trata de impedir que cualquier sujeto involucrado en un juicio del orden criminal, comprendida dentro de este la fase indagatoria del procedimiento penal por las razones ya expuestas, se conduzca en sus declaraciones de una manera contraria a la verdad; evidentemente se trata de proteger la libertad personal que se pudiera perder de manera injusta, cuando se confiesan hechos no cometidos por el declarante, que implique el perjuicio consistente en la pérdida de la libertad.

También se protege el derecho a la seguridad jurídica que todo individuo debe tener en el Procedimiento Penal.

A efecto de dilucidar claramente la cuestión, es procedente aclarar, lo que se entiende por confesión:

En opinión de Mesa Velázquez, se entiende por confesión, "la declaración por la cual el imputado reconoce la verdad del hecho que se le atribuye o de circunstancias que al hecho mismo se refieren..." (65).

(65) Mesa Velázquez Luis Eduardo, Derecho Procesal Penal Ed. Universidad de Antioquia, Medellín Colombia Tomo I Pág. 122

Por su parte Piña y Palacios, dice: "...Puede definirse la confesión como el reconocimiento o admisión de la responsabilidad y participación que se ha tenido en los hechos que constituye un acto o una omisión que sanciona la Ley Penal..." (44)

En ninguno de los autores citados, se alude a la voluntad del sujeto que hace el reconocimiento, por lo que se entiende que se remiten a las normas generales en la parte relativa a los vicios que pudieran invalidar dicho reconocimiento, ya que en si este se traduce en el vertir su consentimiento, respecto de los hechos que se imputan, clasificados como delitos por la Ley Penal de manera consecuente se acepta que en el otorgamiento del mismo pudiera existir, dolo, error, violencia o mala fe.

Si se parte del principio de inmediatez sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación que dice; " De acuerdo con el principio procesal de inmediación y salvo la legal procedencia de la retractación confesional las primeras declaraciones del acusado producidas sin tiempo suficiente de

(44) Piña y Palacios Javier, Derecho Procesal Penal. Instituto Nacional de Ciencias Penales. México, Pág. 150.

aleccionamiento o reflexiones defensivas, deben prevalecer sobre las posteriores." (67).

Esta situación, pone en desventaja al sujeto de la relación jurídico - penal, ya que si alega con posterioridad que fue coaccionado, como ya se manifestó, deberá demostrarlo, demostración, prácticamente imposible en opinión de algunos autores como el que a continuación se cita.

"La violencia material (Institucionalizada por los Organismos Públicos), está proscrita por la Ley, no obstante, como las Policías (Servicio Secreto, Dirección Federal de Seguridad, Etc.) dada su mentalidad de que la confesión es la prueba por excelencia, lejos de buscar otros medios para llegar al conocimiento de los hechos y la verdad histórica del delito, emplean toda clase de tormentos para provocarla, lesionando de este modo la dignidad humana y entorpeciendo la administración de justicia a la que conducen al error o a la duda'.

'En la práctica, a pesar de que durante la intervención policiaca, en la averiguación previa de los delitos, se haya empleado violencia sobre el probable autor del delito, es muy

(67) Sumario Judicial de la Federación, sexta época, segunda parte VIII, P. 60 XL P. 75 XLIII, P. 37 XLV, P. 31.

difícil que al comparecer este ante los órganos jurisdiccionales, demuestre que se le obligó a confesar; dados los "Sistemas Empleados" que generalmente no dejan huella a simple vista, y si la violencia fue moral, resultará mayormente difícil probarlo." (15).

¿Es sano el criterio sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al imponer al sujeto de la relación jurídico penal, la carga de la prueba de la coacción? ¿partió de la notoria desigualdad de las partes involucradas? pues como ya se mencionó, un sujeto medio defendido, en la generalidad de los casos de estrato social bajo, sin cultura, ¿puede pagar una verdadera defensa? o los defensores de oficio se van a ir en contra de los agentes de la policía judicial; con peritajes practicados por los médicos legistas adscritos a la misma ubre gubernamental, evidentemente que no; en realidad las defensorías de oficio, ventilan los asuntos con una lentitud alarmante, dado el gran número de asuntos que se les asigna.

Ahora bien, ¿por qué un gobernado, de manera aislada y con pocos recursos económicos, o bien con recursos, debe de invertir éstos para demostrar un hecho ejecutado por un tercero

?porque mejor no dejar que sean los las autoridades quienes tengan la carga de la prueba en relación a si hubo coacción o no durante cualquiera de las fases procedimentales?. ?O bien, ? porque el sujeto de la relación Jurídico- Penal, tiene que demostrar que hubo violencia ?, si la existencia de los procedimientos anticonstitucionales, de quienes investigan los delitos, son reconocidos incluso por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como se desprende la siguiente tesis:

"... Esta primera Sala, no desconoco, que lamentablemente con demasiada frecuencia, las autoridades investigadoras, utilizan en las aprehensiones, métodos reprobados por nuestra carta magna, pero en atención a la técnica de amparo directo, las más de las veces no compete a este alto Tribunal analizar este tipo de actos, debiendo concretarse a declarar que quedan a salvo los derechos de quejoso en turno para ejercitar las acciones judiciales relativas ante las autoridades correspondientes." (69)

Como conclusión de este punto relativo a la legislación y de manera específica a las Constituciones Políticas Mexicanas, podemos decir que, La Constitución Política de 1857,

(69) Séptima Época, segunda parte, Vols. 151, 156. Pág. 50 A. D. 217/51 Delfino Mariel Corona. Mayoría de tres votos.

definitivamente no lo contempló y que la de 1917, contiene el derecho a declarar o no de declarar de indiciado, pero de manera confusa, probablemente debido al desarrollo de la doctrina procesal penal, en el sentido de que actualmente cuenta con un término diferente para cada fase procesal, lo que hace parecer que la garantía contemplada por el artículo 20 fracción II de la Constitución, no resulta aplicable para los gobernados que se encuentran sujetos a una indagatoria o averiguación previa.

Lo anterior hace necesaria su modificación para que aclare y extienda su protección, modificación que en el momento oportuno se planteará.

B) CODIGOS DE PROCEDIMIENTOS PENALES

Hasta antes de las reformas del 8 de enero de 1991, los Códigos de Procedimientos Penales, especialmente el Código para el Distrito Federal, no se encuentra especificado el derecho a declarar o no declarar durante la fase de averiguación previa, pues sólo se limitan a desglosar uno de los aspectos que comprende este derecho; es decir, la parte activa respecto del gobernado o más bien denominada confesión.

En la fase de proceso, si se encuentran indicios de

este derecho en la etapa de instrucción, reglamentada en el capítulo I del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que trata de la declaración preparatoria del inculcado y nombramiento del Defensor, de manera concreta en el artículo 295 que a la letra dice:

"Recibida la declaración preparatoria o la manifestación del detenido que no desea declarar..."

Resulta evidente que de la lectura del precepto señalado, la existencia del derecho a declarar o no declarar, derecho individual genérico, contenido aunque de manera confusa en el artículo 20 fracción II Constitucional, mismo que tiene su correlativo específico, contemplado por la legislación secundaria. ¿Pero por qué de manera especial, para la fase de instrucción?, ¿Cuándo es, que debe tener operación plena este derecho, si se toma en cuenta que se deriva de una garantía de carácter Constitucional?.

Consideramos que debe de operar en todo el procedimiento penal, comprendida la Averiguación Previa dentro del mismo; es decir, desde que el Agente del Ministerio Público toma conocimiento del hecho delictuoso hasta la substanciación de la última instancia, las razones para hacer esta consideración son las siguientes:

a) Como presupuesto lógico, para que un juez intervenga, está el que el órgano persecutor de los delitos, efectúe la correspondiente consignación, para lo cual, de manera obligada, éste debió integrar la presunta responsabilidad y el cuerpo del delito de que se trate, máximo si se está en presencia de los delitos de robo, fraude, abuso de confianza o peculado, en donde para la comprobación del cuerpo del delito, basta la confesión del indiciado (Artículos 115 y 116 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal). El que no se le haga saber al Indiciado que tiene derecho a declarar o no declarar, determina que desde la Averiguación Previa ya es presumiblemente culpable, pues en estos casos el juez sólo se limitaría a ratificar que lo confesado es realmente cierto, corriendo la carga de la prueba a cargo del presunto responsable a quien hasta la etapa de pruebas, deberá demostrar que la confesión le fue arrancada con violencia, situación en extremo difícil, dado lo sofisticado de las torturas que se emplean.

b) La existencia del principio procesal de la inmediación, sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dice:

"De acuerdo con el principio procesal de inmediación y salvo la legal procedencia de la retractación confesional, las

primeras declaraciones del acusado, producidas sin tiempo suficiente de aleccionamiento o reflexiones defensivas, deben prevalecer sobre las posteriores"⁽¹⁷⁰⁾.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 154, también en torno a los lineamientos que deberán seguirse en la declaración preparatoria del inculcado señala: "...Si el inculcado decidiere no rendir su declaración preparatoria o se reusare a declarar..."

Creo que respecto a este precepto son aplicables los mismos comentarios que se le hicieron al señalado con anterioridad, ya que nos resulta loable que durante la instrucción, el inculcado tenga la facultad de declarar o no declarar, aunque es totalmente inoportuno, ya que, repito, cuando el sujeto activo del delito es remitido ante el juez de la causa, generalmente va confeso y ésto de manera reiterada se debe a que ya ha rendido una confesión y sobre todo cuando se trata de los delitos de robo, fraude, abuso de confianza y peculado.

En torno al segundo aspecto de la confesión, que

(170) Séptima época, segunda parte, Vols. 151, 152 Pág. 50 A.D.
212/81 Deliberación Maribel Corona. Mayoría de tres votos.

reviste el derecho a declarar o no declarar del indiciado durante la Averiguación Previa, nuestros Códigos de Procedimientos Penales, regulaban lo siguiente:

Primeramente, el artículo 135 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en la Sección Primera, encabezando la lista de los medios de prueba que la Ley reconoce como REGINA PROBATIONUM, se encuentra la confesión judicial, la que consideramos que dados los procedimientos de las Autoridades Investigadoras es la que tiene un menor grado de credibilidad;

Por otra parte en el artículo 136 del mismo ordenamiento se encontraba el craso error de equiparar a la confesión judicial, la otorgada ante el Funcionario de Policía Judicial que haya practicado las primeras diligencias, y digo que es un craso error, porque es de ahí de donde se han derivado confusiones y han surgido las más grandes dudas en materia de confesiones, ya que los "procedimientos" de la Policía Judicial son conocidos y reconocidos, tanto por la conciencia pública como por nuestros máximos tribunales, y como para prueba basta, recordar en la parte conducente la tesis jurisprudencial citada en la página 130 de este trabajo.

En la cual, en aras de la técnica de Amparo, la Sala se declara incompetente. Es de preguntarse si jurídicamente hablando, nos encontraríamos en un estado de necesidad en donde los bienes jurídicos protegidos, son por una parte la técnica de Amparo y por la otra la libertad, la integridad física y mental de un individuo y le tocara a usted decidir cuál de los bienes jurídicos tutelados había de preservarse.

Sería tan temerario para optar por el de la técnica del Amparo Directo, indudablemente que no.

Ahora bien, resulta válido declararse incompetente para analizar este tipo de actos y sacudirse el problema de plano y negarse a proceder a ordenar que se investiguen, tampoco. Pues si el más alto de los tribunales se declara incompetente, la siguiente instancia, desde luego, que sería la instancia divina, y para los mundanos pecadores ésta es inalcanzable, pues no es a

Dios ni a sus tribunales si es que los tiene a quienes toca conocer, sino a los mismos tribunales instituidos por los propios hombres.

El valor probatorio de la confesión, según el anterior artículo 249 del Código de Procedimientos Penales para

el Distrito Federal, queda condicionado a lo siguiente:

1. Que esté plenamente comprobada la existencia del delito, salvo lo dispuesto en los artículos 115 y 116 del mismo Ordenamiento Legal.

En relación a esta fracción es conducente hacer el siguiente comentario:

La excepción que se marca para que la confesión haga prueba plena, es que precisamente en los delitos que señalan los preceptos 115 y 116, la confesión es la que integra el cuerpo del delito, y se añade además, que no es necesario acreditar quién era el dueño de la cosa, en el caso del delito de robo.

Esto resulta bastante curioso, pues los preceptos aludidos se refieren a los delitos PATRIMONIALES POR EXCELENCIA, y se hace evidente lo siguiente:

En el homicidio donde el bien jurídico atacado es la vida, la confesión sigue el principio de que sólo se considere como un indicio y su validez estará condicionada a la existencia de elementos de fondo, como sería la comprobación del cuerpo del delito.

Sin embargo, si se ataca la propiedad privada, el delito es considerado tan grave, tan antisocial que basta la confesión para que se integre el cuerpo del delito.

2. Que la persona sea mayor de catorce años y la confesión sea otorgada en su contra, con pleno conocimiento y sin coacción ni violencia.

Al respecto, es de señalarse que la mayoría de edad en la República Mexicana se adquiere a los dieciocho años (Art. 34 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), y es entonces, cuando el sujeto se encuentra en pleno goce y ejercicio de sus derechos y en aptitud para contraer obligaciones.

?Resultaba entonces lógica la existencia de esta fracción?, desde luego que no, ya que a un menor de edad no se le puede considerar imputable, consecuentemente si comete alguna infracción de aquéllas que para los mayores de edad son consideradas como delitos, entonces caerá dentro del ámbito de competencia del Consejo Tutelar para Menores Infractores.

Asimismo, debe de haber pleno conocimiento de quien la otorga, pues un inimputable que confiesa, la confesión que

otorga, no trasciende al ámbito penal jurisdiccionalmente hablando; esto pone de manifiesto una contradicción ya que legalmente se presume que un menor de dieciocho años no actúa con pleno conocimiento.

Tocante a la violencia y la coacción, en cualquiera de sus manifestaciones, definitivamente la existencia de estos hechos, en mi opinión, determina la nulidad absoluta de todo lo actuado, incluida la confesión, y además, daría lugar a responsabilidad penal y civil por parte de los funcionarios del Estado que la empleen.

3. Que sea de hecho propio, en cuanto a esta fracción, creo que le faltó agregar "en relación a los delitos que se investigan.

4. El requisito de que se haga ante el juez o tribunal de la causa o ante Funcionario de la Policía Judicial que haya practicado las primeras diligencias.

Por lo que respecta a esta fracción se considera aplicable el comentario realizado en relación al artículo 135 del Código Adjetivo en comentario.

5. Que no vaya acompañada de otras pruebas o presunciones que la

hagan inverosímil a juicio del juez.

La exigencia de esta redacción resulta evidente y necesaria, ya que pone de manifiesto contradicciones. ¿De que sirve que en los delitos patrimoniales, la confesión integre el cuerpo del delito? si esta confesión es inventada, fantasiosa y no existen otros elementos de convicción, como sería el acreditamiento del cuerpo del delito.

La sustitución de todo el trabajo que implica la integración del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, bajo ningún supuesto puede ser sustituido tranquilamente por la técnica simplista y sin chiste de conseguir una confesión.

Por su parte el Código Federal de Procedimientos Penales en materia de confesión abraza la misma técnica, cambiando tan sólo la forma de redacción, esta aseveración se basa en lo siguiente:

El artículo 207 de dicho ordenamiento abarca los siguientes supuestos.

1. Consentía en cuanto a los funcionarios que pueden recibirla, contemplando tanto al de la Policía Judicial que practica la

averiguación, como al tribunal que conozca del asunto.

Es admisible en cualquier estado del procedimiento, hasta antes de que se dicte sentencia irrevocable.

El Código local maneja el término proceso, aunque consideramos que impropia, ya que lo equipara a procedimiento de manera indebida, claro está, ya que el procedimiento iniciaría desde el momento en que el Agente del Ministerio Público toma conocimiento del asunto, hasta la sentencia definitiva y el proceso se iniciaría propiamente con el auto de formal prisión o de sujeción a proceso.

Se afirma que los maneja como sinónimos, porque al señalar a los sujetos que pueden recibirla, señala también a la Autoridad Administrativa que practica la investigación, comprendiendo entonces el inicio del procedimiento.

Sin embargo, el Código Federal presentaba una situación que se encontraba en franca contradicción con el derecho individual, contemplado por el artículo 20 fracción II Constitucional, en cuanto a que nadie podrá ser compelido a declarar en su contra, tanto en su aspecto activo, como en su aspecto pasivo; más bien dicho, en cuanto al derecho que tiene el

indiciado de declarar o no declarar, así como una violación al derecho a la defensa. Esta afirmación se basa en lo siguiente:

La parte final del referido precepto legal señala:

"...Para el desahogo de este medio son aplicables las reglas que señalan los artículos 155 y 156".

El primero de estos dispositivos legales se refiere a la forma en que se deberá rendir la declaración preparatoria, especificando que será: oral y sin que sea aconsejado o asesorado por persona alguna en el momento de rendirla, excepción hecha de las orientaciones e informaciones que legalmente deba darle el juez. ¿En donde queda entonces el derecho de ser asesorado y defendido, o bien de permanecer en silencio?, es decir a declarar o no declarar.

Asimismo, el segundo precepto de los mencionados, señala el derecho que tiene la defensa a preguntar acerca de los hechos propios del procesado, pero siempre bajo la más estricta vigilancia del juez, quien en todo momento tendrá derecho de desechar las preguntas.

Por lo que respecta al valor probatorio que se le

otorga a la confesión, entre el Código Adjetivo para el Distrito Federal y el Código Federal, encontramos las siguientes diferencias:

1. En el Federal ya se exige para el sujeto que otorga la confesión, que posea la mayoría de edad y no que sea mayor de catorce años como ilógicamente preceptuaba al Código Local.
2. En el Código Federal, ya no se requiere que la confesión otorgada vaya en contra del sujeto otorgante, situación que como ya se manifestó, también resultaba ilógica, por poder darse el supuesto de la confesión y una excluyente de responsabilidad.
3. El Código Federal no exige la previa comprobación del cuerpo del delito como condicionante para que la confesión haga prueba plena

Afortunadamente los errores desaparecen cuando se da un reconocimiento expreso de que se cometieron y tal es el caso de nuestros legisladores, que en fecha 8 de enero de 1991, practicaron diversas reformas a los Códigos Adjetivos Penales, las cuales para efectos de claridad se transcriben en sus partes conducentes en lo tocante a este trabajo.

Dentro de las modificaciones, esta la del artículo 59 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que en su párrafo segundo señala;

"...No podrá consignarse a ninguna persona, si existe como única prueba la confesión, la Policía Judicial podrá recibir informes, pero no obtener confesiones, si lo hace éstas carecerán de todo valor probatorio."

El artículo 115 del mismo ordenamiento legal, es derogado en su fracción II, corriéndose con esto el orden de las fracciones.

Dichas modificaciones pueden ser comentadas de la siguiente manera:

Resulta parcialmente loable que se haya excluido a la Policía Judicial, como autoridad facultada para recibir confesiones, así como el hecho de que se obligue al Ministerio Público a consignar únicamente si cuenta con elementos adicionales a una confesión.

Decimos que solo es parcialmente loable porque conforme al artículo 21 Constitucional, el Ministerio Público

sigue siendo el jefe de la Policía Judicial y quien ejercita precisamente las funciones de policía judicial y el encargado actual de recibir confesiones, aunque ahora ya se le fuerza a trabajar un poco más en la integración de los cuerpos de los respectivos delitos.

En cuanto a la derogación de la fracción II del artículo 115, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, es realmente de felicitarse ya que con ello se vino a acabar con el vicio absurdo de que en los delitos patrimoniales por excelencia ROBO, FRAUDE, ABUSO DE CONFIANZA, PECULADO, el cuerpo del delito de los mismos deja de integrarse por la sola confesión del indiciado, aún en el caso de que se ignorase quien era el dueño de la cosa materia del delito, volviéndose con ello a la regla genérica de que en orden de preferencia, se esta primeramente a los elementos materiales y con posterioridad a los demás medios que el propio dispositivo marca.

La reforma del artículo 269 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal para quedar como sigue:

"...Cuando el inculcado fuere aprehendido, detenido,

se presentase voluntariamente, se procederá inmediatamente de la siguiente forma:

"1) Se hará constar el día, la hora, y lugar de su detención, en su caso, así como el nombre y cargo de quien la practicará.

"2) Se le hará saber la imputación que existe en su contra y en su caso los siguientes derechos:

"a) El de comunicarse inmediatamente con quien estime conveniente.

"b) El de designar persona de su confianza para que lo defienda o auxilie, quien tendrá derecho a conocer la naturaleza y causa de la acusación, y,

"c) El de no declarar en su contra y de no declarar si así lo desea.

Este último inciso, en relación con lo dispuesto por el artículo 136 Del Código de Procedimientos Penales Para el Distrito Federal que a la letra dice:

"Artículo 136.- La confesión es la declaración

voluntaria hecha por persona no menor de dieciocho años, en pleno uso de sus facultades mentales, rendida ante el Ministerio Público, el juez o tribunal de la causa, sobre hechos propios constitutivos del tipo delictivo materia de la imputación, emitida con las formalidades señaladas por el artículo 20 Constitucional".

Vienen a plantear nuevamente la necesidad, ya existente en el artículo 20 fracción II de la Constitución, de analizar a conciencia la naturaleza jurídica de este precepto, diforenciando, si dicha garantía consiste:

- 1.- En la Obligación del Estado de no compeler o forzar a ningún Gobernado.
- 2.- O bien en el derecho a declarar o no declarar.
- 3.- O bien si se trata de ambas situaciones.

En nuestra opinión se trata de ambas y que hasta las reformas del día 8 de enero de 1991, practicadas a los Códigos adjetivos penales no se había dilucidado plenamente y funda la aseveración en los siguientes argumentos:

Ya se había dicho en el capítulo primero de este trabajo que la garantía individual reviste los siguientes aspectos:

a) Un derecho de gobernado que se traduce en la facultad de exigir de la autoridad, la realización de una conducta o bien de que se abstenga de ejecutar tal o cual acto.

Que para el caso que nos ocupa la facultad del gobernado de exigir de las autoridades que se abstengan de ejecutar actos cuyo objeto sea compelerlo o forzarlo a declarar ya sea en su favor o en su contra.

b) Como correlativo de todo derecho esta la obligación Estatal de no ejecutar tales actos ilegítimos.

c) Como tercer elemento un ordenamiento Constitucional que regule tanto el derecho público subjetivo como la obligación Estatal.

Si como afortunadamente el artículo 136, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se considera a la confesión como una declaración voluntaria, entendida la voluntad como un querer haciendo, la única manera de averiguar si dicha voluntad existe, es de manera necesaria, preguntándole ya que hasta la fecha no hay instrumentos que permitan introducirse dentro de las mentes de los individuos para averiguar determinada actividad, sin requerir del lenguaje hablado o escrito.

En ese sentido el artículo 21 fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, solo contempla parcialmente la garantía de declarar o no declarar que todo gobernado que se encuentra sujeto a un juicio del orden criminal tiene, pues al incluir de manera innecesaria la frase 'COMPELIDO A DECLARAR EN SU CONTRA', solo contiene la obligación Estatal de no compeler o forzar a ningún gobernado a declarar olvidando incluir en el mismo texto el derecho del gobernado de que se le respete su voluntad de declarar o no declarar es decir el derecho a que se le pregunte y se le de la facultad de contestar en un sentido o en otro.

Esta deficiencia Constitucional se ha suplido dentro de la legislación adjetiva en el artículo 269 , II) inciso c) pues actualmente el indiciado ya tiene derecho a no declarar en su contra o de no declarar si así lo desea, pero como se observa la localización jerárquica de esta norma esta mal ubicada ya que por su naturaleza de garantía individual debiera de estar como complemento del artículo 20 fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a efecto de que se encuentre revestida al igual que todas las normas de carácter Constitucional de los principios de rigidez y supremacía, esto sin que valga el argumento de que de cualquier forma el derecho a

declarar o no declarar se encuentra protegido de manera genérica dentro del principio de legalidad que están obligadas a respetar todos los órganos del estado que tengan el carácter de autoridad, en base al artículo 16 de la Constitución.

De lo expuesto se puede inferir válidamente que se hace necesaria una enmienda a la Carta Magna de nuestro país, no con el propósito de constitucionalizar todo el derecho, sino como una pretensión de que un derecho individual, garantía individual o relación jurídico constitucional gobernante- gobernado, se encuentre contemplada dentro de la estructura jerárquica que conforme a la sana lógica le corresponde.

2. INTERVENCION DE LA POLICIA JUDICIAL.

A) POLICIA CONCEPTO.

Se considera conveniente que como primer punto a desarrollar, se trate el concepto que aceptadamente se tiene de Policía, y es así que tenemos que proviene del latín POLITIA y del griego POLITEIN, cuya significación es el buen orden observado y guardado en las Ciudades. (71)

(71) Breve Diccionario Etimológico de la Lengua Española. Guido Gómez de Silva. Fondo de Cultura Económica.

En opinión del Maestro Colín Sánchez (121): "...La función de Policía, es la potestad jurídica que tiene el Estado para afirmar el derecho individual y colectivo, velando por el buen orden, la moral, la seguridad pública, y en general por el respeto al ordenamiento jurídico, contra las causas que lo perturben..."

Uno de los fines del Estado, es velar por el orden, la moral y la seguridad pública contra las causas que las ataquen, y esta función la realiza a través de medidas que prevengan y persigan los actos tendientes a lesionar, el orden moral y la seguridad de las personas en particular, y en general mantener el respeto al ordenamiento jurídico.

Considero bastante acertada la interpretación del Tratadista en que se debe de entender por Policía una de las funciones del Estado; sin embargo, es conveniente diferenciar la función de Policía, con el Cuerpo Policiaco propiamente dicho.

B) TIPOS DE POLICIA.

"... Existen fundamentalmente dos tipos de Cuerpos Policiacos, mediante los cuales se ejerce la función de Policía,

(121) Op. Cit. Pág. 199

y estos son: La Policía Preventiva, a quien se le ha encomendado la función de provenir la comisión de hechos delictuosos y adoptar las medidas necesarias para evitar la violación de disposiciones legales en el ámbito administrativo, y es así que existen tantas Policías Preventivas como ámbitos administrativos'.

'Actualmente en la República Mexicana existen los siguientes Cuerpos de Policía: Preventiva del Distrito Federal, División de Investigaciones para la Prevención de la Delincuencia, del Tránsito del Distrito Federal, de Reglamentos, Bancaria, Industrial, Dirección Federal de Seguridad, Forestal, de Recursos Hidráulicos, Sanitaria, Fiscal, de Gobernación, de Comunicaciones, de Tránsito Federal, de Comercio, de Marina, de Relaciones Exteriores, Agraria, de Educación, de Ferrocarriles, del Seguro Social, Tutelar, Penitenciaria, Militar y del Bosque de Chapultepec...'

Algunas de ellas, como es el caso, de la División de Investigaciones para la Prevención de la Delincuencia, ya son desaparecidas, o bien fueron sustituidas por algunos otros cuerpos policiacos.

La integración de la Policía Preventiva del Distrito Federal, es la siguiente:

- a) El mando radica en el Jefe de Policía que sexenalmente o de acuerdo a las necesidades es nombrado. El mando supremo de esta policía está encomendado al Presidente de la República.
- b) Auxiliares.
- c) Asimilados.

Esta clasificación se deriva de la Ley Orgánica para el Gobierno del Distrito Federal.

En cuanto a la integración de las demás Policías Preventivas que se han enunciado, su organización variará de acuerdo a las necesidades de la entidad, dependencia u organismo descentralizado en donde ejerzan sus funciones, que por no ser motivo de este estudio y análisis, consideramos ocioso delimitar sus funciones.

C) LA POLICIA JUDICIAL.

En opinión del Maestro Sergio García Ramírez [14]

[14] García Ramírez, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal, Pág. 211.

"...Puedo entenderse el giro Policía Judicial, en tres diversas acepciones.

'Desde el primer ángulo se alude a las funciones de tal, que en el pasado desempeñaban en México diversas Autoridades, inclusive el juzgador, y que hoy se han visto reducidas a un bien circunscrito marco orgánico'.

'Desde otra perspectiva, Policía Judicial es un Organismo o Cuerpo Policiaco, justamente aquél de que hablaban los constituyentes de 1916-1917, al aludir a un Organismo de Policía Especial, planteado en el anteproyecto de Carranza. Finalmente, se habla de Policía Judicial científica como disciplina de conocimiento, también llamada criminalística o técnica de la instrucción...'

Se considera procedente aceptar los dos primeros sentidos planteados, respecto a lo que debe entenderse por Policía Judicial, ya que como se señala anteriormente, es efectivamente una función del Estado a través de la cual asegura el orden jurídico en general y la seguridad de las personas en particular.

Es también un cuerpo policiaco señalado en el

artículo 21 de nuestra Constitución Política.

Pero entender a ésta como una disciplina científica, resulta inadmisibile, ya que la función de Policía Judicial puede abarcar a la criminalística y se puede acudir a ella como medio de apoyo, pero nunca la criminalística podrá abarcar a la función de Policía Judicial, ya que la primera es el contenido y ésta el continente; consecuentemente, no se puede entablar una sinonimia entre ambos conceptos, ya que el resultado lógico sería, en primer término un empobrecimiento del idioma castellano, pues los conceptos distintos deben necesariamente expresarse con voces distintas.

En otro sentido, tenemos "...El cuerpo de policía denominado Policía Judicial, es un auxiliar de los órganos de justicia, del Ministerio Público, en la investigación de los delitos, búsqueda de las pruebas, presentación de testigos u ofendidos e inculpados y de la Autoridad Judicial en la ejecución de las órdenes que dicta (presentación, aprehensión e investigación). (175)

Esta opinión la considero más apropiada por

adecuarse a la realidad, ya que si se parte de lo señalado en el artículo 21 Constitucional en su parte relativa que dice: "...La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual estará bajo el mando inmediato de aquél..."

Para precisar el concepto de Policía Judicial, proponemos el siguiente:

Es la función del Estado, ejecutada en el ámbito penal por el cuerpo policiaco que bajo la dirección y mando del Ministerio Público se encarga de auxiliarlo en la persecución de los delitos, conforme a los ordenamientos legales vigentes.

D) INTEGRACION DE LA POLICIA JUDICIAL DEL DISTRITO FEDERAL.

Según la Ley Orgánica de la Policía Judicial del Distrito Federal, ésta se encuentra integrada por:

1. Dirección General.
2. Subdirección General.
3. Comandancias.
4. Guardias de Agentes.

E) FUNCIONES DE LA POLICIA JUDICIAL.

Como ya ha quedado apuntado, la función de la Policía Judicial, es la preservación del orden jurídico en general y la seguridad de las personas gobernadas en particular.

La función de la Policía Judicial como cuerpo policiaco, integrado en los términos antes descritos va a ser la persecución e investigación de los delitos bajo la dirección y mando del Ministerio Público.

Algunas de sus funciones específicas se encuentran normadas en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal Vg. artículos 97, 98 y 101, pero en sí, consideramos que sus funciones van a estar reglamentadas por la necesidad y los medios con que se cuente para comprobar el cuerpo del delito, así como la probable responsabilidad, aunque en todos los casos se deberá proceder al levantamiento del acta de Policía Judicial, en donde se contendrá su actuación en relación a la investigación que realiza, la cual tendrá un valor probatorio pleno. En sí se pueden sintetizar las funciones de la Policía Judicial en tres:

1. PRESENTACIONES. Que como la palabra lo indica, es el acto mediante el cual se hace presentar a la persona o personas ante

el local del Juzgado o el que ocupo la Agencia Investigadora a los presuntos responsables de la comisión de algún delito o a quienes tengan alguna diligencia pendiente.

La presentación obviamente, deberá derivar de una orden judicial, partiendo del principio de que solo la Autoridad Judicial puede ordenar la aprehensión de algún gobernado. Esto resulta evidente ya que para poder presentar a un individuo, primero se necesita aprehenderlo. Las Órdenes de presentación que suelen dictar con mucha frecuencia los Agentes del Ministerio Público, son ilegales, sobre todo cuando se ordena presentar al presunto responsable de algún delito, ya que lo que se está ordenando en realidad no es la presentación sino la aprehensión misma, y consecuentemente existe violación de garantías individuales y también nulidad en las actuaciones realizadas y responsabilidad patrimonial y moral del Estado.

En el caso de Órdenes de presentación exigidas por los Agentes del Ministerio Público encaminadas a que por la fuerza se haga comparecer a personas distintas del presunto responsable, tal vez pudiera justificarse por lo siguiente:

a) El individuo no está cumpliendo con alguna obligación Vg. declarar como presentar algún objeto relacionado con un delito.

b) La presentación se hace, normalmente con carácter transitorio.

En el supuesto de que se trate del presunto responsable, sólo puede ser ordenada la presentación por Autoridad Judicial.

2. APREHENSIONES. Esta función de la Policía Judicial, es ejecutada con posterioridad a la realización de la investigación, de la Policía Judicial y Ministerio Público, en una Averiguación Previa, sin detenido, en la cual han considerado que se encuentran integrados los elementos exigidos por el artículo 16 Constitucional; es decir, la presunta responsabilidad y el cuerpo del delito, y a su vez, el juez ha de constatar que efectivamente existen tales elementos, ya que como se señala, el libramiento de una orden de aprehensión fundada exclusivamente en la existencia de una denuncia de una persona presumiblemente digna de fé, es ilegal y origina necesariamente responsabilidad para el Poder Judicial.

3. INVESTIGACION. En esta función, considero que la Policía Judicial si tiene libertad para actuar, con la única limitante de no lesionar la esfera de derechos de los Gobernados; y en este caso, procede a ejecutar órdenes de investigación, tanto de la

Autoridad Judicial como de la Autoridad Administrativa Investigadora. El procedimiento, sin lugar a dudas debe de ser: el que en primera instancia se realice la investigación, se recaben las pruebas suficientes, le sean allegadas al Agente del Ministerio Público, bajo cuya dirección y mando trabajen los investigadores y una vez integrados, el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad se proceda a solicitar al juez de la circunscripción territorial la orden de aprehensión, para que ésta sea ejecutada por los mismos Policías Judiciales que realizaron la investigación.

Desgraciadamente, casi nunca se procede así, ya que simultáneamente a la práctica de la investigación si se determina la existencia de elementos que hagan probable la responsabilidad, se procede a ejecutar la aprehensión, sin existir flagrancia ni caso urgente, con la consecuente violación de los derechos individuales que todo gobernado posee como mínimo dentro de un régimen de derecho regido por la razón y la equidad y no por la fuerza de intereses mezquinos o simplemente para salir del paso de la investigación que les ha sido encomendada a los Funcionarios.

Han existido ocasiones en que la denuncia se recibe a las 10:00 horas, a las 14:00 horas vuelven a entrevistar al

denunciante y a las 16:00 horas del mismo día está un presunto responsable debidamente confeso en vías de ser remitido al Centro de Reclusión Preventivo correspondiente. Aunque posteriormente el juez sufriera un ataque de hilaridad al comprobar en la instrucción que todos los hechos confesados son inverosímiles y dignos de una mente desquiciada, lo que necesariamente lo obligaría a aplicar la Jurisprudencia existente para casos similares y declarar formalmente libre al procesado y responsable al Agente que ejecutó la aprehensión.

La pregunta es ¿Que es lo que hace que una mente se desquicie cuando se esta sujeto a una investigación penal?. La respuesta está en el aire, y digo que está en el aire porque es del conocimiento de todos nosotros y sabemos que el desquiciamiento mental obedece a los procedimientos de tortura que como práctica común se ejecutan en los lugares de detención.

3.- NECESIDAD DE ELEVAR A RANGO CONSTITUCIONAL EL DERECHO DE DECLARAR O NO DECLARAR.

Los factores que en opinión del sustentante hacen palpable la necesidad de elevar a rango Constitucional, el derecho de declarar o no declarar del indiciado durante la averiguación previa son tres.

1.- La confusión existente determinada por los tecnicismos, creados en materia procesal penal y el artículo 20 fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

2.- La naturaleza Jurídica de derecho a declarar o no declarar del indiciado durante la Averiguación previa.

3.- La dispersión de los elementos que integran la garantía individual de declarar o no declarar del indiciado durante la Averiguación Previa, en ordenamientos de estructura jerárquica distinta.

Respecto del primer factor relativo, a la confusión determinada por los tecnicismos creados en materia procesal penal y el artículo 20 fracción II de la Constitución, ya se puntualizó que su redacción se presta a confusiones y a efecto de ser precisos a continuación se vuelve a citar: artículo 20. En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías.

Fracción II.- No podrá ser compelido a declarar en su contra, por lo cual queda rigurosamente prohibida toda incomunicación o cualquier otro medio que tienda a aquel objeto.

Como se puede observar se utilizan los terminos " JUICIO" y " ACUSADO", por lo que al parecer exige un ámbito y una calidad particulares para hacerse operables, pues por juicio, ya se dijo que algunos doctrinarios, entienden el acto de voluntad que se traduce en una sentencia.

Con ello nos estamos refiriendo al tercer periodo de la instrucción o juicio propiamente dicho, en donde el Ministerio Público precisa su acusación, el acusado su defensa, los tribunales valoran las pruebas y posteriormente dictan sentencia. En estricta lógica procesal, el indiciado o sujeto a averiguaciónprevia no caería dentro del supuesto normativo contemplado por la Constitución.

Sin embargo, si se atiende al significado esencial de la palabra JUICIO o razón, entendida esta como la facultad humana de elevarse de lo concreto a lo abstracto, o bien como la relación existente entre dos contenidos psicológicos, que se encuentra precisamente mediante la actividad mental consistente en el razonamiento, por medio de la cual se asocian diversos acontecimientos encontrando sus semejanzas y determinando sus diferencias específicas. Entonces el Ministerio Público como órgano del estado cuyo ejercicio se deposita en una persona física, que realiza verdaderos juicios a partir de los contenidos

Psicológicos o supuestos normativos denominados: tipo penal, conducta, resultado material, sujeto activo, etc.

Dichos juicios los realiza a efecto de determinar la exigencia constitucional consistente en la presunta responsabilidad y el cuerpo del delito, que se trata de un juicio de caracter provisional o probable, es indiscutible, pero juicio al fin y que posteriormente el juez lo podrá convertir en definitivo o comprobado al decir el derecho en la sentencia.

Por otra parte y trasladándose a la esencia del termino ACUSADO, También reviste este carácter el individuo sujeto a la averiguación previa ya que para la iniciación de un juicio del orden criminal, ya sea en la fase de averiguación previa o bien ante la presencia del juez, es requisito de procedibilidad el que medio denuncia acusación o querrela.

En base a lo expuesto y a efecto de no empobrecer el idioma castellano, se requiere entablar una correspondencia entre los terminos que contiene el proemio del citado artículo y sustituir en él, la palabra ACUSADO, por la de ENJUICIADO, ya que como se ha señalado lo que se realiza es en si un juicio, este formulado en base a una acusación denuncia o querrela.

El segundo punto relativo a la naturaleza jurídica del derecho a declarar o no declarar, se considera que mas que un derecho , se trata de una relación juridico- constitucional, por lo siguiente:

Conforme a los artículos 39, 40 y 41 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Soberanía radica esencial y originariamente en el pueblo, que al manifestar su voluntad de constituirse como una República representativa democrática y Federal, dejó instituido en el propio ordenamiento de la Constitución garantías de igualdad, seguridad jurídica, libertad, dentro de las cuales de manera indudable se encuentra el derecho, de declarar o no declarar durante la fase de averiguación previa, que al impedirsele al gobernado el conducirse en sus declaraciones, de una manera contraria a su voluntad, se le privaría de este inalienable derecho, pues es mi opinión de que en todos los juicios del orden criminal, se debe de estar principalmente a los elementos materiales de los ilícitos ;penales y de manera secundaria se deberá de atender a las confesiones tal, y como de manera acertada lo contempla actualmente nuestra legislación secundaria en materia procesal penal. De manera consecuente el derecho a declarar o no declarar debe de hacerse valer en todo momento, pues cuando, la evidencias son suficiente, la declaración del

indiciado es de carácter secundario.

Ahora bien, si se dice que se trata de una relación jurídica Constitucional, esta no se reduce al simple derecho, sino que contiene también la obligación del órgano del Estado, de no compeler al gobernado a que declare, ni en su favor, ni en su contra. Además de requerirse de un ordenamiento de orden estructural jerárquica Constitucional, que regule a los dos elementos descritos con anterioridad.

De la redacción del artículo 269 fracción II, inciso c) Del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se puede observar claramente que solo contiene el derecho a declarar a no declarar en su contra o bien de no declarar si así lo desea, sin encontrarse el correlativo de este derecho que sería precisamente la obligación estatal de no compeler al gobernado de no declarar en su contra o mas bien de que no, declare ni en su contra, ni en su favor ya que como se dijo la confesión es un acto de la voluntad en la que operan los principios d aplicables a los vicios de la misma.

Dicha obligación esta claramente plasmada en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 20 fracción II. Situación que implica dispersión

jerárquica de los elementos que integran la garantía individual y hace necesaria su reordenación.

Tocante al tercer punto en cuanto a la dispersión de los elementos que integran la garantía individual de declarar o no declarar del indiciado durante la Averiguación Previa, esta íntimamente relacionada con el punto anterior, pues como se señaló, uno de sus elementos consistente en, La obligación del Estado de no compeler a los gobernados a no declarar en su contra en los juicios del orden criminal, incluido el juicio criminal de carácter provisional o probable, que se efectúa durante la Averiguación Previa o bien el que realiza la autoridad judicial, se encuentra en la Constitución Política.

El complemento de esa obligación es el derecho a no declarar en su contra o bien de no declarar del indiciado, se encuentra dentro de la legislación adjetiva, de manera concreta dentro de Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el artículo 269 fracción II inciso c), privado de manera consecuente de los caracteres de supremacía y rigidez de las que se encuentran revestidas todas las normas de carácter Constitucional.

4.- PROPOSICION CONCRETA DE REDACCION DEL ARTICULO 20 FRACCION II CONSTITUCIONAL.

En base a las consideraciones apuntadas, es evidente la necesidad de modificar el artículo 20 fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, a efecto de que la garantía individual o relación jurídico-constitucional gobernante - gobernado, consistente en el derecho de no declarar en su contra, o bien de no declarar del indiciado o sujeto a una Averiguación Previa, y la correlativa obligación Estatal, tenga vigencia plena y consecuentemente es de señalarse que la modificación al precepto legal invocado deberá subsanar las siguientes incogruencias:

- 1) Clarificar la terminología existente en el mismo.
- 2) Contener los elementos que integran dicha relación jurídico constitucional gobernante - gobernado, dentro de un solo ordenamiento revestido de las reglas constitucionales de supremacía y rigidez.

Como ya se expuso, el proemio del artículo 20 Constitucional, se encuentra redactado de la siguiente manera:

"En todo juicio del orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías".

Dicha redacción resulta incongruente, ya que como se apuntó, técnicamente el período de juicio procesalmente hablando, se da cuando el Ministerio Público precisa su acusación, el acusado su defensa y los Tribunales valoran las pruebas y posteriormente dictan resolución, o más bien, el juicio propiamente dicho es un acto de voluntad del tribunal que se traduce en la sentencia.

Técnica y formalmente hablando, el individuo que se encuentra sujeto a una Averiguación Previa, no se adecuaría dentro del concepto enjuiciado, primero porque no se encuentra en la fase procesal identificada como juicio, segundo que la autoridad frente a la que se encuentra no tiene atribuida la facultad del Jus Dicere, con fuerza vinculativa, pues la Constitución en el artículo 21, solo le confiere al Ministerio Público y la Policía Judicial la facultad de perseguir los delitos, puntualizando el mismo precepto que la imposición de las penas es propia de la autoridad judicial, es decir, la fuerza vinculativa está atribuida exclusivamente al juez de la causa.

Sin embargo, de manera esencial, el Ministerio

Público si realiza juicios o encuentra las relaciones existentes entre los contenidos psicológicos denominados, tipo, conducta, resultado material, etc., ya que de otra manera no estaría en aptitud de determinar ni la presunta responsabilidad, ni el cuerpo del delito, dado que la obligación que el presunto responsable tiene de responder ante la sociedad sólo se puede encontrar realizando juicios, es decir, encontrando nexos de causalidad.

Que el juicio que realiza el Ministerio Público para acreditar los extremos de presunta responsabilidad y cuerpo del delito, son meramente probables o provisionales, es cierto, pero son juicios al fin, el hecho de que con posterioridad sean comprobados mediante el juicio definitivo que realiza el juez de la causa, al comprobar la responsabilidad e imponer la pena o más bien dicho el declarar el derecho con fuerza vinculativa, también es cierto.

Con fundamento en lo apuntado se está de acuerdo con el empleo que hace el precepto Constitucional que se analiza de la palabra JUICIO, aunque también resulta evidente y necesaria la aclaración respecto de los dos tipos de juicio existentes, así como entablar una correspondencia de términos, por lo que en relación al precepto se propone la siguiente redacción:

"EN TODO JUICIO DEL ORDEN CRIMINAL, QUE TENGA POR OBJETO DECLARAR LA PRESUNTA RESPONSABILIDAD O BIEN LA RESPONSABILIDAD, TENDRA EL ENJUICIADO LAS SIGUIENTES GARANTIAS".

Ahora bien, en relación a la fracción II de dicho precepto constitucional que por enésima vez se transcribe.

"Fracción II.- No podrá ser compelido a declarar en su contra, por lo que queda rigurosamente prohibida toda incomunicación o cualquier otro medio que tienda a aquel objeto".

Proponemos la siguiente redacción:

II.- LA AUTORIDAD INVESTIGADORA O JUDICIAL LE HARA SABER EL DERECHO QUE TIENE DE NO DECLARAR EN SU CONTRA O DE PERMANECER EN SILENCIO SI ASI LO DESEA POR LO QUE CUALQUIER INCOMUNICACION QUEDA TERMINANTEMENTE PROHIBIDA, TANTO DURANTE LAS DECLARACIONES, COMO EN LAS AREAS DE DETENCION. LA DESOBEDIENCIA A ESTE MANDATO POR PARTE DE LAS AUTORIDADES INVESTIGADORAS O JUDICIALES IMPLICARA LA NULIDAD DEL PROCEDIMIENTO CON RESARCIMIENTO DE DAÑOS Y PERJUICIOS, ADEMAS DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS O PENALES EN QUE PUEDAN INCURRIR POR SU DESACATO.

Nuestra propuesta anterior obedece a lo siguiente:

La mera detención arbitraria, ya implica una coacción psicológica que influye en el ánimo del gobernando para conducirse en sus declaraciones y como se sabe es frecuente que se practiquen dichas detenciones, tan frecuente que la misma Suprema Corte de Justicia lo reconoce.

Ahora, aunado a lo anterior, es regla que la Policía Judicial y el Ministerio Público, bajo el pretexto de que se entorpece la investigación, impida el acceso tanto al expediente como a las áreas de detención, situación que implica incomunicación y consecuentemente impide la debida asesoría jurídica a que todo gobernado tiene derecho, pues como es conocido, al defensor sólo se le permite asesorar en el momento en que el presunto responsable es presentado frente al Ministerio Público a efecto de que se le tome su declaración en relación a los hechos que se investigan.

La situación anterior, implica que el detenido se encuentra incomunicado e indefenso, durante el inter comprendido entre el momento en que se encuentra en el área de detención hasta la hora en que es conducido frente al Ministerio Público para que declare. Inter que la mayoría de las veces se prolonga por varias horas, esta situación deja en aptitud a la Policía Judicial de "sugerir" la forma en que debe el detenido declarar.

Si bien es cierto que con las reformas del 8 de enero de 1991, a los códigos adjetivos penales, ya se le da el derecho al indiciado de permanecer callado, este no es suficiente, pues una buena defensa se debe de realizar desde la averiguación previa y también es cierto que el permanecer en silencio, no perjudica, pero tampoco ayuda al indiciado a organizar su defensa.

Por otra parte se destaca que el no compeler a declarar en su contra al gobernado es la obligación impuesta por la Constitución a las autoridades responsables, pero el derecho correlativo que tiene el gobernado de exigir de las mismas determinada actitud no está contemplado en dicho precepto, pues este derecho complementario de la relación jurídico penal gobernante - gobernado, sólo tendría plena vigencia si la autoridad se viese obligada a preguntar al indiciado cual es su voluntad respecto de declarar o no declarar. Esta omisión actualmente esta subsanada por la legislación adjetiva, ya que el derecho a no declarar en su contra está específicamente plasmado, pero en un lugar inadecuado, ya que para decir que se está en presencia de una garantía Constitucional, los elementos consistentes en la obligación de la autoridad responsable, el derecho del gobernando y el ordenamiento que los norme a ambos, deben de estar revestidos de las reglas constitucionales de

supremacía y rigidez, es decir, deben de encontrarse todos ellos en la Constitución y no dispersos en dos ordenamientos de jerarquía distinta.

De igual manera, la constitución omite precisar las consecuencias jurídicas que se derivarían del hecho de no hacerle saber al detenido el derecho que tiene de no declarar en su contra o bien de permanecer en silencio, considerándose que en la redacción propuesta ya se contienen.

CONCLUSIONES

PRIMERA.

Los derechos individuales o garantías individuales, tienen la naturaleza jurídica de relaciones jurídico constitucionales gobernante- gobernado, integradas de:

- 1) Un derecho del gobernado que se traduce en exigir de las autoridades, la realización de una conducta o bien de que se abstengan de ejecutar tal o cual hecho.
- 2) Una obligación del Estado o autoridades del mismo de ejecutar actos o bien de realizar abstenciones.
- 3) Un ordenamiento constitucional que regule tanto al derecho subjetivo como a la obligación Estatal.

SEGUNDA.

De la conclusión anterior se desprende que la terminología utilizada por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es inexacta, ya que no existe una correspondencia entre el concepto (SIGNIFICANTE) y el (SIGNIFICADO) que tiene,

razón por la cual se debe de atender a todo el contexto semántico para hacerlo entendible. En ese sentido se hace necesaria la modificación de la denominación del Título Primero Capítulo Primero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por la denominación de: "Normas constitucionales que rigen las relaciones jurídicas de los individuos y el Estado" y por lo que respecta a la relación jurídica que se actualiza al momento en que se da la violación del precepto constitucional, se propone la denominación de: "Relación jurídico constitucional gobernante-gobernado".

TERCERA.

La Averiguación Previa como parte integrante del Procedimiento Penal esta conformada por todas las diligencias necesarias para acreditar los dos extremos exigidos por el artículo 16 de la Constitución, relativos a la presunta responsabilidad y el cuerpo de delito, concluyendo la misma con el ejercicio de la acción penal, la resolución de soltura del individuo o bien el envío del expediente a la sección de reserva o al archivo.

En ese sentido es opinión del sustentante que consiste en la realización de un juicio de carácter provisional, excepción hecha del acuerdo resolviendo la soltura del indiciado. Este

juicio tomará el carácter de definitivo al ser confirmado por el juez al declarar el derecho con fuerza vinculativa por medio de la sentencia.

Se dice que se trata de un juicio porque el órgano investigador, establece las relaciones entre los diversos contenidos psicológicos como son: Tipo penal, conducta, resultado material etc.

CUARTA.

La detención preventiva considerada como medida de seguridad, que produce una limitación a la libertad personal que puede consistir en el internamiento en los lugares de detención en donde se practican las Averiguaciones Previas o bien en los lugares en donde son procesados los presuntos responsables o enjuiciados.

Dicha detención tiene su procedencia, como regla genérica la orden judicial en los casos de excepción marcados por la propia constitución, como son el flagrante delito o el caso de urgencia. La inexistencia de la orden de aprehensión dictada por la autoridad judicial o bien la falta de fundamentación y motivación de la existencia del flagrante delito o el caso de urgencia, en mi opinión motivan por una parte la coacción psicológica y

nulidad de actuaciones y por la otra responsabilidad de las autoridades.

QUINTA.

Existe una confusión en la terminología que se maneja en la doctrina y en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que en la segunda se utilizan exclusivamente los términos JUICIO y ACUSADO, mismos que en la doctrina se utilizan para designar a los individuos que se encuentran en diferentes calidades procesales. Situación que al parecer no hace aplicable la garantía a los sujetos que se encuentran en la fase de Averiguación Previa en calidad de indiciados. Pues la idea quien se deriva de la redacción del artículo 20 fracción II de la Constitución a la luz de la doctrina, da a entender que solo es aplicable a aquellos que se encuentran en el momento procesal en que el Ministerio Público precisa su acusación, aquí se le llama acusado), el acusado su defensa y los tribunales valoran las pruebas y dictan resolución (juicio propiamente dicho).

Sin embargo de manera sustancial, si se va a la esencia del concepto JUICIO, durante la Averiguación Previa se realizan verdaderos juicios, al encontrar el Ministerio Público las relaciones entre los diversos contenidos psicológicas como son.

conducta, tipo, resultado material etc. Que se trate de juicios de caracter provisional, presuntos o probables, es cierto, pero son juicios al fin y en este sentido si sería aplicable el concepto utilizado por la Constitución.

Sustancialmente, también reviste el carácter de ACUSADO, en función de las exigencias del artículo 16 de la Constitución, en relación a que no se podrán practicar detenciones o aprehensiones, sin que exista previamente la denuncia, la querrela o la acusación. Sin embargo se concluye que dada la confusión terminológica, es necesario aclarar dicho precepto constitucional diferenciando los juicios de caracter provisional de los juicios definitivos, así como darle el verdadero nombre al sujeto de la relación jurídico penal, que es el de ENJUICIADO.

SEXTA.

El derecho a no declarar en su contra o bien de no declarar, si así lo desea del indiciado durante la fase de la Averiguación Previa, tiene el carácter de relación jurídico constitucional gobernante gobernado y de manera consecuente reviste los elementos siguientes:

1) Un derecho de gobernado que se traduce en exigir de las

autoridades, la realización de una conducta o bien de que se abstengan de ejecutar tal o cual hecho.

2) Una obligación del Estado o autoridad del mismo de realizar actos o de ejecutar abstenciones.

3) Un ordenamiento constitucional que regule tanto el derecho como la obligación estatal.

SEPTIMA.

Los elementos de la relación jurídico constitucional gobernante gobernado, se encuentran dispersos en ordenamientos de jerarquía diferente.

La obligación Estatal de no compeler al gobernado a no declarar en su contra se encuentra en el artículo 20 fracción II de la Constitución.

El derecho del gobernado de exigir la abstención del Estado de no compelerlo declarar en un sentido distinto de su voluntad esta contenido en el artículo 269 fracción II, inciso C), del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Lo anterior determina la necesidad de que tanto el derecho del gobernado como la obligación Estatal se contengan dentro de la constitución a efecto de darles su verdadera naturaleza jurídica, Con esto el tercer elemento de la relación jurídico constitucional, se daría, pues sería la norma constitucional quien regularía a ambos. Además de que quedarían revestidos de los caracteres de supremacía y rigidez que detentan las normas constitucionales, por lo que se concluye que es necesario modificar dicho precepto en los términos propuestos.

F I N

B I B L I O G R A F I A

- 1.- ARILLA BAZ FERNANDO, El Procedimiento Penal en México, 8a. Ed. Ed. Kratos 1981.
- 2.- AVILA RAUL, La Lengua y los Hablantes Ed. Trillas, México P.P.
- 3.- BRISEÑO SIERRA HUMBERTO, Estudios de Derecho Procesal, México Cárdenas Editor, 1980.
- 4.- BURGOA ORIHUELA IGNACIO, Las Garantías Individuales, 15a Ed. México, Ed. Porrúa, 1981.
- 5.- CASTRO JUVENTINO V, Lecciones de Garantía y Amparo, segunda Ed. México, Ed. Porrúa, 1981, 555 P.P.
- 6.- CASTRO JUVENTINO V., Garantías y Amparo, Ed. Porrúa, México, 1986, 565 P.P.
- 7.- COLIN SANCHEZ GUILLERMO, Derecho Mexicano, de Procedimientos penales, 2a. Ed. Porrúa, 1981, 641 P.P.
- 8.- FRAGA GABINO, Derecho Administrativo, 3a. Ed. México, Ed. Porrúa, 1944.
- 9.- GARCIA RAMIREZ SERGIO, Curso de Derecho Procesal Penal, Ed. Porrúa, México 1977.
- 10.- GARCIA RAMIREZ SERGIO Y ADATO DE IBARRA VICTORIA. Prontuario del Proceso Penal Mexicano, México, Ed. Porrúa 1982.

- 11.- GONZALEZ BLANCO ALBERTO.- El Procedimiento Penal Mexicano en la doctrina y el derecho positivo, México, Ed. Porrúa, 1975.
- 12.- GONZALEZ BUSTAMANTE JUAN JOSE, Principios de Derecho Procesal Ed. Porrúa, México 1985.
- 13.- GUIDO GOMEZ DE SILVA, Breve Diccionario de la Lengua Española.
- 14.- HELIE FAUSTIN, Traité del' Instrucción Criminele 2a, Ed, Vol IV, 720.
- 15.- HERRERA LASSO Y GUTIERREZ, Garantías Constitucionales en Materia Penal, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1979, (cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales).
- 16.- HERNANDEZ OCTAVIO A., Curso de Amparo Ed. Porrúa, México 1983, 441 P.P.
- 17.- ISLAS OLGA y ELPIDIO RAMIREZ, El Sistema Procesal Penal en la Constitución , México, Ed. Porrúa, 1979.
- 18.- Kelsen HANS, Teoría General del Derecho y del Estado, México, Ed. U.N.A.M. P.P. 478.
- 19.- MARTINEZ DE LA SERNA JUAN ANTONIO, Derecho Constitucional Mexicano, Ed. Porrúa México P.P.
- 20.- MESA VELAZQUEZ LUIS EDUARDO, Derecho Procesal Penal, Colombia Bogotá, Ed. Universidad de Antioquia Tomo I.
- 21.- MONTIEL Y DUARTE ISIDRO, Derecho Público Mexicano, México 1972, Ed. Porrúa.

- 22.- MONTIEL Y DUARTE ISIDRO, Estudio Sobre Garantías Individuales, Ed. Porrúa, J.A. México 1983, 603 P.P.
- 23.- PINA Y PALACIOS JAVIER, Derecho Procesal Penal México, Instituto Nacional de Ciencias Penales.
- 24.- POLO BERNAL EFRAIN, Manual de Derecho Constitucional Mexicano. Ed. Porrúa México.
- 25.- RIVERA SILVA MANUEL, El Procedimiento Penal, México, Editorial Porrúa, 1944.
- 26.- RODRIGUEZ Y RODRIGUEZ JESUS, La Detención Preventiva y los Derechos Humanos en el Derecho Comparado, México, U.N.A.M. 1981, (cuadernos del Instituto de Investigaciones jurídicas, serie D, estudios comparativos y estudios especiales No 19).
- 27.- TENA RAMIREZ FELIPE, Derecho Constitucional Mexicano, México, 1967, Ed. Porrúa.

REVISTAS

Criminalia, México, No.10, Octubre 1953.

LEGISLACION.

CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS

LEY ORGANICA DE LA ADMINISTRACION PUBLICA FEDERAL

CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL

CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES.