

301809



Universidad del Valle de México

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO

21
2oj-

**“LA NECESIDAD DE PROPONER NORMAS E
INSTITUCIONES QUE PREVENGAN LA
PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD”**

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
HUMBERTO CASTRO MOLINA

Primera Revisión a cargo de: Lic. Luis Zamora Contreras
Segunda Revisión a cargo de: Lic. Anselmo Pérez Xochipa

MEXICO, D. F. **TESIS CON FALLA DE ORIGEN** 1992.



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.

INDICE

	Pág.
INTRODUCCION.	
CAPITULO PRIMERO.	
CONCEPTUACIONES	
1.1.- Del Derecho Penal	2
1.2.- De la Garantía Individual	6
1.3.- De los Derechos Humanos	10
1.4.- De la Libertad Personal, el Derecho Penal y la Socie— dad	15
CAPITULO SEGUNDO.	
MARCO JURIDICO DE LA PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD.	
2.1.- Su origen legal previsto por el artículo 16 Constitu— cional	19
2.2.- Referencia especial a los conceptos Fundamentación y - Motivación	33
2.3.- Instituciones legalmente autorizadas para realizarla.	35
2.4.- La privación ilegal realizada por funcionarios públi— cos y su relación con el delito de abuso de autoridad.	40
2.5.- Análisis del artículo 364 del Código Penal	44
2.5.1.- El Tipo	44
2.5.2.- Elementos constitutivos de la primera fracción	46
2.5.3.- Elementos de la violación Constitucional	48
2.6.- Diferencias entre: la privación ilegal de la libertad, el delito de abuso de autoridad y de violación de ga— rantías individuales	50
CAPITULO TERCERO.	
EL MINISTERIO PUBLICO, SU ACCION PENAL Y LA PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD.	
3.1.- Facultades del Ministerio Público y su Policía Judi— cial como auxiliar	57

	Pág.
3.2.- Integración de la Averiguación Previa	73
3.3.- La acción penal, efectos y consecuencias	83
3.4.- El delito, la pena y la detención del delincuente	87

CAPITULO CUARTO.

EL OMBUDSMAN SUECO Y LA COMISION DE DERECHOS HUMANOS Y SU — LUCHA POR EL CIUDADANO.

4.1.- Que es el Ombudsman	111
4.2.- Que es la Comisión de Derechos Humanos	119
4.3.- Semejanzas y deferencias entre las dos instituciones .	124
4.4.- Su intervención de ambas frente a la privación ilegal de la libertad	126
4.5.- Propuestas legales para prevenir la privación ilegal .	128
 CONCLUSIONES	 131
 BIBLIOGRAFIA	 138

INTRODUCCION

Para poder realizar un exámen profesional, es indispensable desarrollar un tema de tesis, el cual además de abarcar un problema propio de la profesión a cuyo título se aspira, tal problema se debe presentar de una forma en la cual su planteamiento, desarrollo y conclusión encuadren una situación de crítica dentro del tema tratado, de tal manera que aporte una utilidad o progreso a la ciencia.

Por tal motivo hemos creído necesario desarrollar como tema de nuestro trabajo de tesis "La necesidad de proponer normas e instituciones que prevengan la privación ilegal de la libertad", ya que este delito es de acontecer cotidiano.

Para tratar el mencionado delito y lograr un entendimiento claro y específico de lo que éste es, primeramente manejaremos una serie de conceptualizaciones tales como lo que es el Derecho Penal, la garantía individual y el Derecho Humano, así como la libertad personal y el Derecho Penal dentro de la sociedad, ya que consideramos necesarios estos aspectos por ser la base de nuestro tema y a su vez lograr un mejor entendimiento de éste.

Dentro de nuestro segundo capítulo estableceremos el marco jurídico de la privación legal de la libertad, ya que consideramos necesario saber lo que constituye su legalidad y tomar como punto de partida para determinar la ilegalidad de ésta. Trataremos de dejar perfectamente bien esclarecido lo que es la privación ilegal de la libertad, realizada por funcionarios y la relación con el delito de abuso de autoridad, así como la diferencia -

que existe entre éste último delito y la violación de garantías individuales las cuales están plasmadas dentro de nuestra Carta Magna.

Posteriormente dentro de nuestro tercer capítulo señalaremos las facultades que tiene el Agente del Ministerio Público dentro de la averiguación previa. También dentro del período investigatorio mencionaremos la actividad de la Policía judicial como auxiliar del Agente del Ministerio Público, esto con el objeto de establecer los casos en que se puede privar a un sujeto de su libertad, sin que esta sea considerada como ilegal.

En el cuarto y último capítulo de este trabajo, hablaremos de la actividad de la Comisión Nacional de Derechos Humanos frente a la privación ilegal de la libertad. Describiremos a una institución creada en Suecia por el Parlamento, llamada Ombudsman, cuya función principal es velar por los derechos del hombre y del pueblo, y es considerada como una institución suprema a la cual — las autoridades deben acatar y respetar. Trataremos las semejanzas y diferencias entre ambas instituciones (La Comisión Nacional de Derechos Humanos y el Ombudsman Sueco), para establecer una comparación entre ellas.

Por último realizaremos una serie de propuestas mediante las cuales se proteja al individuo para que no sean violadas sus garantías individuales en dicho aspecto.

CAPITULO PRIMERO

CONCEPTUACIONES

- 1.1.- DEL DERECHO PENAL.
- 1.2.- DE LA GARANTIA INDIVIDUAL.
- 1.3.- DE LOS DERECHOS HUMANOS.
- 1.4.- DE LA LIBERTAD PERSONAL, EL DERECHO PENAL Y LA SOCIEDAD.

CAPITULO PRIMERO

CONCEPTUACIONES.

Si queremos tener suficientes elementos de juicio que nos permitan analizar la necesidad de proponer normas e instituciones que prevengan la privación ilegal de la libertad, hemos considerado necesario, iniciar nuestro estudio, estableciendo diversas conceptuaciones que manejaremos en el transcurso de nuestro trabajo.

Así, iniciaremos por establecer un concepto viable de lo que el Derecho Penal es, haciendo una especial referencia a sus objetivos.

Por otro lado, vamos a estudiar el concepto de lo que la Garantía Individual es, con el fin de tener en este momento, — dos concepciones que manejaremos en todo el transcurso de nuestro estudio.

También observaremos el contenido normativo y su esencia de los Derechos Humanos, para que al final de nuestro estudio, tengamos ya la posibilidad de conjugar todos nuestros conceptos en relación a nuestro tema, ya que es la libertad personal, del Derecho Penal y la protección de la sociedad.

1.1.- DEL DERECHO PENAL.

Para establecer un concepto valedero de lo que el Derecho Penal es, debemos de considerar necesariamente su fin y objetivo.

Por ser Derecho, debe de constituir una normatividad — que intenta proteger bienes jurídicos tutelados por la misma Ley, y que además cuando estos son atacados, se garantiza una reparación — pronta y una sanción en contra de la libertad de quien ejerció la conducta delictuosa a través de la pena.

Para explicar con detenimiento estos conceptos, vamos a utilizar las palabras de el maestro Beccaria, quien es un autor del siglo XVIII, y que por considerar las situaciones internas del ser humano en relación al Derecho Penal, sus observaciones, son hasta la fecha vigentes.

Dicho maestro al hablarnos de el contenido del Derecho Penal, nos dice:

"Es imposible prevenir todos los desordenes en el combate universal de las pasiones humanas. — Crecen estas en razón compuesta de la población y de la tragazón de los intereses particulares... vuelvanse los ojos sobre la historia, y se verán crecer los desordenes con los confines de los imperios; y menoscabandose en la misma proporción la Máxima Nacional, se aumenta el impulso hacia los delitos, conforme al interés que cada uno toma en los mismos desordenes: Así la necesidad de agravar las penas se dilata cada vez más por este motivo.

Aquella fuerza, semejante a un cuerpo grave, — que oprime a nuestro bienestar, no se detiene — sino a medida de los estorbos que le son opuestos. Los efectos de esta fuerza son la confusa serie de las acciones humanas: si éstas se encuentran y recíprocamente se ofenden, las penas que yo llamare estorbos políticos, impiden en mal efecto sin destruir la causa impelente, que es la sensibilidad misma, inseparable del hombre; y el legislador hace como el hábil Arquitecto, cuyo oficio es oponerse a las direcciones criminosas de la gravedad, y mantener las que contribuyen a la fuerza del edificio.

El fin, pues, (de las penas) no es otro que impedir al reo causar nuevos daños a sus ciudadanos y otra es los demás de la comisión de — otros iguales. Luego deberán ser escogidas — aquellas penas y aquel método de oponerlas, que guardada la proporción hagan una impresión más eficaz y más durable sobre los ánimos de los — hombres y la menos dolorosa sobre el cuerpo del reo." 1

A pesar de que el idioma que utiliza el maestro Beccaria es del siglo XVIII, y está enfocado a situaciones internas del hombre y en su relación con la sociedad; este maestro ya nos ofrece una vista panorámica de lo que es en realidad el Derecho Penal.

En primera instancia, trata de prevenir los desordenes de la sociedad; en especial de los individuos en el momento en que se establece ese desorden por su pasión humana.

Siendo este el caso que nos ocupa cuando la Policía Judicial, por su necesidad económica, viola diversos derechos del — ciudadano, prevaleciendo un desorden dentro de la sociedad.

Esto, puede llevar a la comunidad al desastre. Razón — por la cual, los tipos de delito establecidos en el Código Penal, — el maestro Beccaria los llama estorbos políticos, van a ser señala

1) BONESANO CESAR MARQUES DE BECCARIA. "Tratado de los delitos y — de las penas", México, Edit. Porrúa, S: A., 3a. Edic., 1988, — Pag. 26, 27 y 45.

mientos preventivos para que dichas conductas se retraigan y sigan el orden establecido.

Así, en el momento en que surge o se exterioriza la conducta delictuosa, la misma se hace acreedora a una sanción sobre su libertad personal, restringiéndola con el fin de penar su culpa y por otro lado buscar su readaptación.

En estos términos, el Derecho Penal, estará integrado por esos estorbos políticos que señalan penas y medidas de seguridad.

En este aspecto, el maestro Francisco Pavón Vasconcelos, define al Derecho Penal como:

"Conjunto de normas jurídicas, de Derecho Público interno, que definen los delitos y señalan las penas o medidas de seguridad aplicables para lograr la permanencia social." 2

Nótese como esa normatividad, va a enfocarse hacia crear una organización tal que permita a la sociedad permanecer con vida y desarrollarse.

De ahí, la necesidad de proteger energicamente, bienes merecedores de una protección como es la penal.

Sobre de estos aspectos, el maestro César Augusto Osorio y Nieto, nos habla diciendo:

"El sistema normativo jurídico busca la adecuada convivencia social y la tutela de bienes que representan intereses primordiales para los sujetos; entre esos bienes existen algunos que son indispensables tanto para la vida individual —

2) PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO: "Manual de Derecho Penal Mexicano" Edit. Porrúa, S. A., 1974, Pag. 11.

como para la colectiva, y que son en particular, fundamentales para esta última, bienes cuya protección debe asegurarse en forma enérgica, entre ellos podemos señalar la vida, la integridad corporal, la libertad en sentido amplio, el patrimonio, la libertad sexual y muchos otros, que como se ha expresado, son básicos para la supervivencia y desenvolvimiento de la comunidad; ahora — bien, el estado titular del Poder Público, utiliza como instrumento para lograr esa protección — enérgica al Derecho Penal, que es un orden normativo eminentemente protector de los bienes jurídicos fundamentales de los hombres y de la sociedad." 3

Como lo asegura el maestro Osorio, el Derecho Penal no va a tutelar los bienes que no merezcan dicha tutela. Esto es que solamente los que son fundamentales para la vida, serán los que tengan una protección a través del Derecho Penal.

En tal forma se ha concebido a este Derecho desde varias ópticas, mismas que el maestro Raúl Carranca y Trujillo nos expone en las siguientes palabras.

"Se ha definido al Derecho Penal objetivamente — como el conjunto de leyes que determinan los delitos y las penas que el poder social impone al delincuente; o como el conjunto de principios relativos al castigo del delito; o como el conjunto de reglas establecidas por el Estado, que asocian el crimen como hecho a la pena como su legítima consecuencia; o como el conjunto de normas que regulan el ejercicio del Poder Punitivo del Estado, conectado al delito, como presupuesto, — la pena como consecuencia jurídica..." 4

Para terminar, y tener un concepto general que nos sirva y utilicemos en este trabajo, diremos que el Derecho Penal, por

-
- 3) OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO: "Síntesis de Derecho Penal"; México, Edit. Trillas, 1a. Edic., 1984, Pag. 22.
 - 4) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL; "Derecho Penal Mexicano"; México, — Edit. Porrúa, S. A., 16a. Edic., 1988, Pag. 16.

ser un Derecho, constituye una normatividad, encaminada en primera instancia a tutelar bienes fundamentales para la vida del hombre, estableciendo tipos descritos por el Legislador que la sociedad ha de considerar como delito.

Luego, el mismo Derecho Penal, va a establecer en su mismo tipo, este estorbo político señalado en una pena de prisión para quien no respete la norma jurídica y la viole.

Además de que el mismo Derecho Penal, ha de buscar la reparación del daño, el compurgamiento de la pena, y la integración del delincuente a la sociedad, a través de la criminología, y el Derecho Penitenciario, consecuencia de la concretización del Derecho Penal.

1.2.- DE LA GARANTIA INDIVIDUAL.

Como veremos en el inciso siguiente, los derechos fundamentales o humanos, han evolucionado, y la población, a través de diversas luchas, ha buscado que existan normas establecidas en forma escrita, que no solamente protejan esos derechos fundamentales del hombre, sino que también pueda existir un medio para hacerlos efectivos.

Esos derechos fundamentales están contenidos en las Garantías Individuales, que puede concretizarse a través de la petición del Amparo de la Justicia Federal.

La Garantía entonces en primera instancia, va a ser ese derecho establecido que norma la relación entre el gobernado y su gobierno, y la funcionalidad de los órganos de Gobierno en sí.

En consecuencia, la Garantía Individual representa para la población en general, un derecho fundamental inherente a él mismo y a través de este, se va a normar la relación citada.

En este aspecto, el maestro Rafael De Pina Vara, nos dice que la Garantía Constitucional es:

"Instituciones y procedimientos mediante los cuales la Constitución Política de un Estado asegura a los ciudadanos el disfrute pacífico y el respeto a los derechos que en ella se encuentran consagrados." 5

Se desprende de lo anterior, el elemento que ha de darnos la tónica en donde se basa la Garantía Individual; como es el disfrute pacífico de los derechos fundamentales del hombre, y la exigencia de la población, por el respeto a dicha normatividad.

En tal forma que el Gobierno del Estado, no pueda ejercer funciones que no esten dictaminadas o delegadas a través de una Ley.

Y que los actos de molestia, se identifiquen con la misma legislación, y los mismos encuentren su fundamentación y motivación necesarios para que sean verdaderos actos de autoridad, y no simples actos de Gobierno dados a capricho.

El maestro Ignacio Burgoa, cuando nos habla de la Garantía de Legalidad, define el concepto de fundamentación y motivación, como básicos para que dicha Garantía pueda subsistir.

Por lo anterior, vamos a transcribir dichas definiciones que contienen:

5) PINA VARA, RAFAEL DE: "Diccionario de Derecho"; México, Edit. — Porrúa, S. A., 2a. Edic., 1970, Pag. 185.

"La fundamentación legal de la causa del procedimiento autoritario, de acuerdo con el espíritu del Legislador de 1857, que permanece imbibido en la Constitución actual, consiste en que los actos que originen la molestia de que habla el artículo 16 Constitucional, deben basarse en una disposición normativa general, es decir, que ésta prevea la situación concreta para la cual sea procedente realizar el acto de autoridad, que exista una Ley que lo autorice.

La motivación legal del procedimiento implica — que, existiendo una norma jurídica, el caso o situación concretos respecto de lo que se pretende cometer el acto autoritario de molestia, sean aquellos a que alude la disposición legal fundatoria, esto es, el concepto de motivación empleado en el artículo 16 Constitucional indica que — las circunstancias y modalidades del caso particular encuadren dentro del marco general correspondiente establecido por la Ley." 6

En consecuencia, estos dos términos que señalan el principio de legalidad, van a estar contenidos directamente en todos los actos que la autoridad intente realizar.

Así, el marco de actuación de el Poder Público del Gobierno del Estado, no puede ser una creación caprichosa, sino que debe atender a la normatividad que se ha ganado con la sangre de tantas revoluciones, no solo de nuestro país, sino de el mundo entero que a lo largo de los tiempos, ha luchado porque sus derechos, sean respetados por la autoridad.

En este sentido, el maestro Arturo Serrano Robles afirma:

"El Derecho no puede ser nunca una creación caprichosa del Estado, pues, por el contrario, debe ser siempre el resultado de las necesidades —

6) BURCOA, IGNACIO: "Las Garantías Individuales", México, Edit. Porrúa, S. A., 9a. Edic., 1975, Pag. 602 y 604.

de la colectividad para la cual se legisla.

Y los derechos del gobierno que debe respetar - toda autoridad constituyen las Garantías Individuales." 7

En tal efecto, el maestro Burgoa, fija ya el concepto - de Garantía Individual en los siguientes cuatro puntos:

- 1.- Relación Jurídica de Supra o subordinación entre el gobernado (sujeto activo) y el Estado y sus autoridades (sujeto pasivo).
- 2.- Derecho Público Subjetivo que emana de dicha relación en favor del gobernado (objeto).
- 3.- Obligación correlativa a cargo del Estado y sus autoridades, consistente en respetar el consabido derecho y en observar o cumplir las condiciones de seguridad jurídica del mismo (objeto).
- 4.- Previsión y regulación de la citada relación por la Ley fundamental (fuente). 8

Por todo lo anteriormente expuesto, podemos decir que - la Garantía Individual, va a significar el Derecho Subjetivo Constitucional que señala normas inherentes al derecho de los hombres, y que establece el preámbulo o marco jurídico que regula la relación entre el gobernado y el gobierno.

Además, de que señala los límites y alcances legales - de el Poder Público, estableciendo los parámetros de acción sobre - los cuales, toda la administración, llámese Legislativa, Ejecutiva -

7) SERRANO ROBLES, ARTURO, El Juicio de Amparo en general y las particularidades del Amparo Administrativo; dentro de; "Manual del Juicio de Amparo"; México, Edit. Themis, 3a. reimpresión, 1989, Pag. 6 y 7.

8) BURGOA, IGNACIO, Ob. cit., Pag. 183.

o de Justicia, deben observar.

Esto es que independientemente de que nuestra Constitución señale derechos del hombre, también señala Garantías de la so ci ed ad, en relación al gobierno, y su forma mediante la cual, ha de organizarse éste, en base a un estado de derecho, al bien común, a la ju st ic ia y seguridad jurídica de las que hablaremos posteriormente.

1.3.- DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Quando el hombre empieza a formar la sociedad, no existía más derecho que el derecho natural o del ser humano mismo.

De tal forma que se empezaban a dar los criterios de or ga n iz a c i ó n de la vida social.

El maestro Rafael Preciado Hernández, cuando nos habla de la co m p o s i c i ó n de el Derecho Natural nos dice:

"La concepción tradicional del Derecho Natural - resuelve satisfactoriamente el problema que consiste en determinar cual es el fin propio, específico, del Derecho. De acuerdo con esta concepción, el Derecho Natural no es el mero sentimiento de justicia ni un Código ideal de normas, sino el conjunto de criterios y principios racionales - supremos, evidentes, universales - que presiden y rigen la organización verdaderamente humana de la vida social, que asigna al Derecho su finalidad y necesaria de acuerdo con las exigencias ontológicas del hombre (Ontología.- Parte - de la Filosofía Jurídica dedicada al estudio del ser del Derecho, que persigue, por consiguiente

la respuesta a que es el Derecho, es decir que - constituye una investigación en torno a la ausencia del objeto del Derecho) y establece las bases de selección de las reglas e instituciones - técnicas adecuadas para realizar esa finalidad - en un medio social histórico." 9

Nótese como el objetivo del Derecho, es la organización social, en tal forma que en el siguiente inciso cuando veamos los - conceptos de sociedad, la libertad personal, la seguridad jurídica - y el Derecho Penal, podremos emplear también la idea del Derecho Na tural, como una de las situaciones básicas para lograr el sentido - del Derecho.

Así, los Derechos de el hombre o los Derechos Humanos, - responden a esa doctrina de la idea del Derecho Natural de la perso - na humana, a fin de salvaguardarla frente a una nueva institución - que la misma sociedad desarrollo, como es el Gobierno.

El Derecho Natural, al irse desarrollando, y crearse - las instituciones por la conjunción de el Estado, que delega una vo - luntad general sobre una institución llamada Gobierno que en un mo - mento determinado, deberá respetar el Derecho Humano.

Para explicar debidamente estas situaciones, vamos a - partir de la base filosófica de la integración de la sociedad, y la necesaria composición de un Gobierno.

Para esto tomaremos las ideas de el filósofo de la Revo - lución Francesa Rousseau el cual es citado por el maestro Ignacio - Burgoa en los siguientes términos:

"El hombre en un principio vivía en un estado na - tural, es decir, que su actividad no estaba limi

9) PRECIADO HERNANDEZ, RAFAEL: "Lecciones de Filosofía del Derecho" México, Edit. Jus, 10a. Edic., 1979, Pag. 243.

tada por ninguna norma, que desplegaba su libertad sin obstáculo alguno; en una palabra, que — disfrutaba de una completa felicidad para cuya — consecución, según dicho pensador, no operaba la razón, sino el sentido de piedad. Con el progreso natural, se fueron marcando diferencias entre los individuos antes colocados en una posición — de verdadera igualdad, y es entonces cuando surgen divergencias y pugnas entre ellos. Para evitar esos conflictos los hombres concertaron un — pacto de convivencia, estableciendo de esta manera la Sociedad Civil; limitándose ellos mismos — su propia actividad particular y restringiendo — en esta forma sus Derechos Naturales, al crearse la Sociedad Civil, en oposición al Estado de naturaleza, se estableció un poder o una autoridad supremos, cuyo titular fué y es la comunidad, ca paz de imponerse a los individuos. A este poder se le llamó Voluntad General." 10

Esa Voluntad General, va a ser la consecuencia del desarrollo civilizado de la sociedad. En forma tal que dicha Voluntad General, en un momento determinado, va a ejercer el Poder Público.

Este Poder Público capaz de imponerse coercitivamente a la sociedad, sin lugar a dudas puede caer en el ejercicio abusivo — del mismo o exceso en su aplicación.

Para evitar estos excesos, la misma comunidad ha establecido Derechos Humanos, que serán derechos fundamentales, los cu les una vez legislados, constituirán la Garantía Individual.

Así el Derecho Humano a diferencia del Derecho Natural, surge con la configuración de el Estado.

Para explicar esta configuración de Estado, el maestro Ignacio Burgoa, nos expone:

10) BURGOA, IGNACIO: "Las Garantías Individuales"; México, Edit. Porrúa, S. A., 9a. Edic., 1975, Pag. 89 y 90.

"En el Estado convergen elementos formativos, o sea, anteriores a su creación como persona moral o jurídica, y elementos posteriores a su formación, pero que son indispensables para que se cumpla con sus finalidades esenciales. Dentro de los primeros se encuentra la población, el territorio, el poder soberano y el orden jurídico fundamental, manifestándose los segundos en el Poder Público y en el Gobierno." 11

Consecuentemente, tenemos un órgano de Gobierno que va a regular la actividad de la sociedad, dicho Gobierno, debe ser elegido democráticamente, ya que como decía el maestro Roussau, esa Voluntad General, dependerá del interés de la comunidad.

El gobierno frente al ciudadano, va a tener que respetar en un principio Derechos Humanos, los cuales una vez establecidos legislativamente, serán Garantías Individuales.

El maestro Jorge Trueba Barrera, al hablarnos de la doctrina política de los Derechos del hombre, nos dice:

"La teoría de los Derechos del hombre se fundamenta en la necesidad de salvaguardar a la persona humana frente a las arbitrariedades del Poder Público; cualquier medio que limite el desenfreno de la autoridad es beneficioso para el individuo, porque es dique frente al abuso de poder. Así garantiza el Estado el equilibrio entre la persona y el poder. El triunfo de estas ideas significó la derrota definitiva del absolutismo, originando la consagración constitucional de los Derechos del hombre como punto de partida en las Constituciones Políticas." 12

Lo anterior, ya nos define lo que el Derecho Humano es y debe de constituir, en tal forma que ese Derecho Natural evolucionado a la relación social frente al Gobierno, constituirá la natura

11) BURGOA, IGNACIO: "Derecho Constitucional Mexicano"; México, Edit. Porrúa, S. A., 7a. Edic., 1989, Pag. 97.

12) TRUEBA BARRERA, JORGE: "El Juicio de Amparo en materia de trabajo"; México, Edit. Porrúa, S. A., 1a. Edic., 1963, Pag. 38.

leza directa de el Derecho Humano, y así fué entendido, en la declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que pusiera fin a la Revolución Francesa de 1789, y que en su parte preambular sienta las bases de la concepción del Derecho Humano al decir:

"Los representantes del pueblo Francés, constituidos en Asamblea Nacional, considerando que la ignorancia, el olvido o el menosprecio de los Derechos del Hombre son las únicas causas de las desventuras públicas y de la corrupción de los gobiernos, has resuelto exponer en una declaración solemne, los Derechos Naturales, inalienables y sagrados del hombre, a fin de que esta declaración, constantemente presente a todos los integrantes del Cuerpo Social, les recuerde sin cesar sus derechos y sus deberes; a fin de que los actos del Poder Legislativo y los del Poder Ejecutivo, pudiendo ser comparados en todo momento con el objetivo de toda institución política sean más respetados a fin de que las reclamaciones de los ciudadanos fundadas en lo sucesivo en principios sencillos e indiscutibles, tiendan siempre al mantenimiento de la Constitución y a la dicha de todos." 13

En consecuencia, tenemos que el Derecho Humano, es un producto de la evolución natural de la sociedad, y se finca radicalmente en el respeto de su Derecho Fundamental.

Pero por otro lado, quisieramos terminar fundamentando nuestra expresión respecto de que cuando el Derecho Humano se legisla, este constituye ya una Garantía Individual.

De tal forma que el tercer considerando de la declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 auspiciada por la Organización de las Naciones Unidas estableció:

"Considerando esencial que los Derechos Humanos sean protegidos por un régimen de Derecho a fin

13) SECCO ELLAURI, OSCAR: "Los Tiempos Modernos y Contemporáneos"; Buenos Aires, Argentina, Edit. Kapeluz, 4a. Edic., 1965, Pag. - 164.

de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y contra la opresión." 14

Así, en general tenemos como el Derecho Humano del Hombre, será esencialmente su Derecho fundamental, que regule la relación frente al Poder Público de el gobierno.

1.4.- DE LA LIBERTAD PERSONAL, EL DERECHO PENAL Y LA SOCIEDAD.

Vamos a iniciar el inciso presente, estableciendo la idea de lo que por sociedad debemos entender.

El maestro José Nodarse, al definirnos a la sociedad nos dice:

"El concepto de sociedad resulta sobremanera impreciso por su extraordinaria amplitud, pues puede designar lo mismo la unión formada por dos individuos que mantienen relaciones conyugales definidas que la totalidad de los hombres que pueblan la tierra.

... Vamos a ceñir ahora el concepto de sociedad a una clase de agrupación humana permanente, que tiene una cultura definida y un sentimiento y una conciencia más o menos vivos de los vínculos que unen a sus miembros en la co-participación de intereses, actitudes, criterios de valor, etc. La sociedad es cualquier grupo humano relativamente permanente, capaz de subsistir en un medio físico dado y con cierto grado de organiza

14) 1789-1989, Bicentenario de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano"; México, Secretaría de Gobernación, 1989, Pag. 43.

ción que asegura su perpetuación biológica y el mantenimiento de una cultura, y que posee además, una determinada conciencia de su unidad espiritual e histórica." 15

La organización de que nos habla el maestro Nodarse como una de las situaciones básicas para que la sociedad subsista, va a estar dada a través de el Derecho.

Ya explicábamos como el Derecho Natural, al desarrollarse, iba a crear un conjunto de normas y disposiciones, que regularían tanto la actividad entre los particulares, como esa Voluntad General llamada Gobierno, no solo dentro de su organización misma sino especialmente frente a los ciudadanos.

Así, existirán Derechos Fundamentales derivados del Derecho Humano y plasmados como Garantías Individuales en la Constitución, que serán en origen de una reglamentación diversa.

Esta situación, es la del Derecho Penal. El Derecho Penal, como pudimos observar, va a proteger valores merecedores de una tal protección, que son fundamentales para la vida del hombre, y uno de estos valores que en jerarquía solamente es superado por la propia vida, es sin duda la libertad personal, que es la fuente del desenvolvimiento de la comunidad en general.

Así, la combinación entre la organización de la sociedad, el Derecho Penal y la libertad personal, radican básicamente en la fuerza del Derecho mismo.

Esto es que la libertad personal, no solo ha sido un Derecho Natural inherente al hombre, sino que se ha constituido como un Derecho Humano, debidamente reglamentado a través de la Garantía

15) NODARSE, JOSE: "Elementos de Sociología"; México, Edit. Selector, 31a. reimpresión, 1989, Pag. 2 y 3.

Individual que el Derecho Penal norma y reglamenta, para el efecto de prevenir conductas delictivas y cuando estas se tipifican, las mismas encuentren una pena.

De tal forma, la jerarquía de la libertad personal frente a la sociedad, al Derecho Penal y al Derecho en general es de — máxima prioridad, por lo que, pasaremos a observar como este Derecho Natural y Humano, es violado por esa Voluntad General llamada — Gobierno a través de su Policía Judicial, y como los particulares, incurren también en este delito el cual es merecedor de la tutela penal.

CAPITULO SEGUNDO

MARCO JURIDICO DE LA PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD.

- 2.1.- SU ORIGEN LEGAL PREVISTO POR EL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL.
- 2.2.- REFERENCIA ESPECIAL A LOS CONCEPTOS FUNDAMENTACION Y MOTIVACION.
- 2.3.- INSTITUCIONES LEGALMENTE AUTORIZADAS PARA REALIZARLA.
- 2.4.- LA PRIVACION ILEGAL REALIZADA POR FUNCIONARIOS PUBLICOS Y SU RELACION CON EL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD.
- 2.5.- ANALISIS DEL ARTICULO 364 DEL CODIGO PENAL.
 - 2.5.1.- EL TIPO.
 - 2.5.2.- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA PRIMERA FRACCION.
 - 2.5.3.- ELEMENTOS DE LA VIOLACION CONSTITUCIONAL.
- 2.6.- DIFERENCIAS ENTRE: LA PRIVACION DE LA LIBERTAD, - EL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD Y EL DE VIOLACION DE GARANTIAS INDIVIDUALES.

CAPITULO SEGUNDO

MARCO JURIDICO DE LA PRIVACION
ILEGAL DE LA LIBERTAD.

Para hablar fundadamente de la Privación Ilegal de la Libertad, consideramos indispensable hablar de lo que constituye la Privación Legal, para de ahí desprender la ilegalidad.

Por tal motivo, iniciaremos nuestro estudio, analizando el Artículo 16 Constitucional, que es de donde parte la idea de la legalidad de la privación de la libertad.

Haremos una especial mención, a los conceptos de Fundamentación y Motivación con el fin de tener cimentado el acto de autoridad.

Posteriormente veremos que instituciones están legalmente autorizadas para privar de la libertad.

Una vez hecho este análisis, ya podremos estudiar la otra cara de la moneda como es la situación ilegal de la privación de la libertad, inicialmente la realizada por funcionarios y su relación con el delito de abuso de autoridad.

Luego haremos un análisis del Artículo 364 del Código Penal, que trata de la privación de la libertad en forma ilegal por parte de particulares, para terminar este capítulo, haciendo notar las diferencias entre los delitos de la Privación de la Libertad, el Abuso de Autoridad y la Violación de Garantías Individuales.

2.1.- SU ORIGEN LEGAL PREVISTO POR EL ARTICULO
16 CONSTITUCIONAL.

Como resultado de todos y cada uno de los conceptos que en el capítulo primero veíamos, la comunidad a través del Derecho, impone una seguridad jurídica para cada uno de los ciudadanos, para el efecto de que los mismos, no estén afectados en su persona y patrimonio, o derechos. Y cuando esto tenga que suceder, tal afectación surja directamente de un procedimiento societario, en el que sea oído y vencido en juicio, y sea la autoridad jurisdiccional — quien le imponga ese cambio en su situación jurídica.

Por lo que, el presente inciso lo partiremos del concepto de seguridad jurídica que nos ofrece el maestro Rafael Preciado Hernández, al decir:

"En su sentido más general, la seguridad es la garantía dada al individuo de que su persona, — sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si estos llegan a producirse se le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación. En otros términos, está en seguridad aquel que tiene la garantía de que su situación no será modificada sino por procedimientos societarios y, por consecuencia, regulares y, legítimos y conforme a la Ley." 16

Tenemos como la seguridad jurídica por un lado, nos otorgará diversos derechos, para que la organización social pueda subsistir.

Así, existirán Códigos como el Civil, el Penal, los Laborales, etc., a través de los cuales, se van estableciendo dere—

16) PRECIADO HERNANDEZ, RAFAEL: "Lecciones de Filosofía del Derecho", México, Edit. Jus, 10a. Edic., 1979, Pag. 233.

chos, que intentan proteger a la persona en sus bienes y sus derechos. Pero cuando estos son atacados, la misma seguridad jurídica se amplía, y ofrece un sistema de derecho, a efecto de que pueda encontrarse una reparación en el daño que se le pueda causar.

Por otro lado, tenemos como el infractor, también va a contar con la seguridad jurídica para el efecto de que sea este oído y vencido en juicio antes de que legalmente se le pueda cambiar su situación jurídica.

Así, y en relación a la privación de la libertad, el marco jurídico parte de la idea establecida de la Garantía Individual dada en el Artículo 16 Constitucional, el cual debido a su gran importancia pasaremos a transcribir su primer párrafo, que es el que enmarca los principios constitucionales de la Privación de la Libertad:

ARTICULO 16.- Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención a no ser por la autoridad Judicial, sin que proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la Ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquellas por declaración bajo protesta de persona digna de fé o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito, en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos, sin demora a disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes cuando no haya en el lugar ninguna autoridad Judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad Judicial..." 17

17) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; México, - Edit. Porrúa, S. A., 89a. Edic., 1990, Pag. 14.

No cabe duda que las Garantías de Seguridad Jurídica, - de Libertad, e incluso de Propiedad, estan contempladas en este ordenamiento.

En tal forma que podemos considerar que por lo que se - refiere a su primera parte esta basada en tres puntos, que el maestro Santiago Barajas Montes de Oca nos resume al decir:

"Avalando por nuestra parte este elevado concepto, que resume la eficiencia de las Garantías de Seguridad, Libertad y Propiedad, veamos en su - contexto lo que contiene el Artículo 16 Constitucional. Tres requisitos previos se consignan:

- 1.- Que ninguna persona podrá ser molestada en - su integridad corporal, en su familia, en su domicilio, en sus posesiones o en sus papeles, esto es, no podrá ser afectada en sus - intereses particulares bajo ningún concepto...
- 2.- Que la única excepción que permite esta regla, es la existencia de un mandamiento escrito dictado por autoridad competente. La competencia es la facultad atribuida a un - órgano de autoridad para llevar a cabo determinadas funciones o para realizar determinados actos judiciales...
- 3.- Que para proceder a impedir una molestia en sentido estricto en la norma Constitucional, ha de existir un procedimiento fundado y apoyado por la Ley." 18

Para que este acto de molestia, sea legal, requiere en primera instancia que sea escrito, en segundo lugar que se realice por una autoridad competente y en tercer lugar que dicha autoridad funde y motive la causa legal de su procedimiento.

18) BARAJAS MONTES DE OCA, SANTIAGO: Comentarios al Artículo 16 - Constitucional, dentro de: "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada"; México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1985, Pag. 42.

La actividad del Estado debe estar regulada por una Ley esto quiere decir que el acto administrativo para ser valedero requiere que provenga de un funcionario público que tenga conforme a la Ley la competencia para realizarlo.

Respecto del acto administrativo el maestro Gabino Fraga, al hablarnos de la definición sobre Derecho Administrativo nos dice:

"La actividad del Estado es el conjunto de actos materiales y jurídicos, operaciones y tareas que realiza en virtud de las atribuciones que la legislación positiva le otorga. El otorgamiento de dichas atribuciones obedece a la necesidad de crear jurídicamente los medios adecuados para alcanzar los fines estatales." 19

De lo anterior los Jueces, se registrarán no solamente por los Códigos respectivos, sino también por sus Leyes Orgánicas que les señalan sus atribuciones y obligaciones.

Por lo tanto, tenemos que la autoridad competente será sin lugar a dudas la que la Ley haya creado y otorgue la facultad de mandar aprehender o detener, ésta tendrá que ser una autoridad Judicial.

Hemos abierto un inciso especial para estos dos conceptos que son mucho muy importantes, por lo que pasaremos a seguir analizando el Artículo 16 Constitucional.

Por lo que se refiere al libramiento de orden de aprehensión o detención, empezamos ya a tener contacto directo con nuestro tema.

19) FRAGA, GABINO: "Derecho Administrativo"; México, Edit. Porrúa, S. A., 28a. Edic., 1989, Pag. 13.

Esto es, que el marco jurídico de la privación legal, - va a estar basada en los siguientes puntos.

En un principio, la orden de aprehensión debe de ser girada por la autoridad Judicial, y es la única que puede hacerlo.

En tal forma, que lo anterior, nos lleva a hablar sobre el Artículo 21 Constitucional, que dice en su parte inicial, que:

"La imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad Judicial. La persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, a la Policía Judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquel..." 20

Notamos como ambos Artículos que se refieren uno al giramiento de la orden de aprehensión y otro al hecho de imponer la pena, se refiere en general, a que será la autoridad Judicial la que tenga disposición para realizarlo.

Pero, la autoridad Judicial, es el Juez Civil, es el Ministro de la Suprema Corte, y en fin, son una serie de cargos o puestos que la legislación a creado, para el efecto de que se cumpla con la función de administración de justicia que la Constitución presupone.

En consecuencia, no será el Juez Civil el que pueda o deba girar órdenes de aprehensión, por ser órgano del Poder Judicial, sino que la misma Ley Orgánica, en este caso la del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, establece claramente las funciones de un cargo, llamado Juez Penal, el cual tendrá dentro de sus atribuciones el de girar las órdenes de aprehensión respectivas y también les designa el mismo Código de Procedimientos Penales.

20) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Edit. Porrúa, S. A., 89a. Edic., 1990, Pag. 19.

Así, tenemos a la autoridad única y exclusiva, que puede girar u ordenar, que una persona legalmente sea privada de su libertad.

Ahora bien, que requisitos requiere esta autoridad para que válidamente pueda girarla, independientemente de la fundamentación y motivación.

En primera instancia, debe de proceder de una denuncia, acusación o querrela. En este aspecto, tenemos el comentario del maestro Santiago Barajas Montes de Oca, quien al respecto opina:

"Ha dicho al respecto también nuestro más alto Tribunal de la República, que el requisito de fundamentación y motivación exigido por el Artículo 16 Constitucional, al tener rango de una Garantía Individual, implica para las autoridades de cualquier categoría que estas sean, la obligación de actuar siempre con apego a las Leyes y a la propia Constitución, de manera que sus actos no aparezcan emitidos arbitrariamente. (Boletín de Información Judicial, Pag. 474). — Con esta transcripción se desea significar el motivo por el cual toda orden de aprehensión o detención que llegare a dictar la autoridad Judicial, debe reunir como requisito, por una parte, la existencia de una querrela, acusación o denuncia de un hecho que la Ley castigue con pena corporal; por la otra, que la misma se apoye en declaraciones, bajo protesta de persona digna de fé, o en otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado. Solo cuando exista flagrante delito, sí podrá detener en forma directa al delincuente o a sus cómplices." 21

Es indispensable, profundizarnos al respecto de este artículo, si queremos hablar fundadamente de la privación ilegal realizada por autoridades, por funcionarios públicos, por particulares, en fin, si queremos tener bien asentado lo que el marco jurídico de

21) BARAJAS MONTES DE OCA, SANTIAGO; Comentarios al Artículo 16 — Constitucional dentro de; "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada"; México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1985, Pag. 43.

la privación de la libertad legal constituye.

Así, tenemos que la autoridad penal, o el Juez Penal re-
querirá de tres elementos en primera instancia que el Agente del Mi-
nisterio Público, se la haya pedido como perseguidor del delito.

Esto es que el Juez requiere que se elabore la ponencia
de consignación, en donde el Agente de Ministerio Público, solicita
o mejor dicho ejercita su acción penal en contra de alguna persona
que no está detenida. (las facultades del Ministerio Público, las -
veremos en el capítulo tercero).

Pero esta ponencia de consignación, dice la Constitu-
ción que debe de iniciarse en cuatro formas a saber:

- 1.- POR QUERELLA.
- 2.- POR DENUNCIA.
- 3.- POR ACUSACION.
- 4.- POR FLAGRANCIA DE DELITO.

El maestro González Blanco, al definirnos a la querella
nos dice:

"La querella es el derecho que se le concede a -
la víctima de un delito que por disposición de -
la Ley se persiga a instancia de parte, para po-
ner ese hecho en conocimiento del órgano compe-
tente, y expresarle su voluntad de que se proce-
da en contra del delincuente." 22

Existen delitos en los que el Legislador ha considerado
que el perseguir dicho delito, afectaría más a la víctima u ofendi-
do, que el buscar la justicia.

22) GONZALEZ BLANCO, ALBERTO: "El Procedimiento Penal Mexicano"; -
México, Edit. Porrúa, S. A., 1975, Pag. 89

Delitos como el adulterio, en donde ponen en una situación embarazosa al cónyuge inocente, y a la familia en general, y los delitos patrimoniales como el abuso de confianza, el daño en propiedad ajena, en donde el afectado o el ofendido, pueden validamente otorgar el perdón, con esto el Agente del Ministerio Público ya no podrá accionar en contra del responsable.

Así, como dice el maestro Alberto González Blanco, en la acción penal, ya no es exclusiva en estos casos para el Ministerio Público, para dejarle a los particulares, el hecho de que su petición de perseguimiento sea necesaria para que el Ministerio Público actúe legítimamente y el hecho de que su perdón, extinga la acción penal.

Por lo que se refiere a la denuncia, el maestro colombiano Rodríguez nos dice:

"Denuncia, en general, es noticiar, dar aviso de algo. En Derecho, es dar parte o aviso a la autoridad competente sobre un hecho que se estima delictuoso, que se ha presenciado o conocido, y sobre el cual exista acción pública, es decir, que no exija denunciante exclusivo o querrelante." 23

Denunciar, quiere decir comunicar, esto es que cualquier persona, puede denunciar algún delito, o un hecho que en un momento determinado considere como delito, y que este, sea perseguible de oficio, pondrá en posibilidad al Agente del Ministerio Público para intervenir.

Por último, y por lo que se refiere a la acusación, el maestro César Augusto Osorio y Nieto nos expone:

23) RODRIGUEZ R., GUSTAVO HUMBERTO: "Nuevo Procedimiento Penal Colombiano"; Bogotá Colombia, Edit. Themis, 1972, Pag. 44.

"Es la imputación directa que se hace a persona determinada de la posible comisión de un delito, ya sea perseguible de oficio o a petición de la víctima u ofendido." 24

Es importante hacer la distinción entre la acusación y la denuncia, en tal forma que en la denuncia solo se notifica un hecho que se considera delito, pero en la acusación, se realiza una imputación directa y categórica en contra de una persona determinada. Y esta puede proceder, tanto por querrela, como en los delitos de oficio, con la víctima u ofendido.

Así tenemos que las tres principales circunstancias por las cuales el Agente del Ministerio Público ha de actuar encuentran su propia reglamentación.

Vamos a dejar pendiente por el momento el estudio de la flagrancia de delito, debido a que es una figura mucho muy esencial que requiere de que se hable de ella en párrafo por aparte.

Tanto la denuncia, la acusación o la querrela tiene que referirse necesariamente a un hecho que la Ley castigue con pena — corporal, esto es a un hecho que la Ley considere como delito.

Lo anterior, debido a los principios de no existir delito sin Ley, y que en nuestra Constitución está debidamente normado en el Párrafo tercero del artículo 14 Constitucional el cual establece:

"En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía u aún por mayoría de razón, pena alguna que no este decretada por una Ley exactamente aplicable al delito de que se trata." 25

24) OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO: "La Averiguación Previa"; México—
co, Edit. Porrúa, S. A., 1a. Edic., 1981, Pag. 19.

25) Ob. cit., Pag. 13.

Con lo anterior, es preciso que la conducta encuadre al tipo descrito por la legislación al delito.

Si el tipo penal dice que el robo es el apoderamiento - sin la autorización de la persona legítimamente para otorgarlo de - un objeto, cuando alguien encuadra su conducta al tipo, y se realiza la tipicidad, esto caerá dentro de la norma penal, y permitirá - que dicha denuncia, acusación o querrela, tenga su procedimiento de investigación previa realizada por el Agente del Ministerio Públi- co.

Ahora bien, no basta que la persona declare dando noticia, querrellandose o acusando a una persona determinada por la comi- sión de un delito establecido en el Código Penal. Sino que se re- quiere también que esta esté apoyada en un principio por declara- ción bajo protesta de persona digna de fé y otros datos que hagan - probable la responsabilidad del inculpado.

Dicho en otra forma, que a la persona se le protesta - para que se conduzca con verdad en la declaración que va a rendir, - y se le hace saber que si miente, se hara acreedor de sanciones que la misma legislación establece como delito, como son las declaracio- nes falsas dadas ante autoridad distinta de la Judicial, que el Có- digo Penal establece.

Luego, si la persona que declara tiene antecedentes pe- nales de difamación de honor, de falsedad en declaraciones, simple - y sencillamente esta persona no es digna de fé, y la autoridad Judi- cial podrá negar la órden de aprehensión solicitada por el Agente - del Ministerio Público.

Por otro lado, no basta que vaya el ofendido a denun- ciar, acusar o querrellarse, sino también se requiere que apoye su -

declaración con pruebas, no pruebas plenas ni feicientes, sino pruebas que hagan posible la responsabilidad del inculpada.

En base a estos requisitos, el Juez, tomará en cuenta - los mismos, y podrá girar la orden de aprehensión solicitada por el Agente del Ministerio Público, para que esta sea cumplida por la - institución legalmente autorizada para realizarla, como es la Policía Judicial de la que hablaremos más adelante.

Ahora bien, el Juez también puede negarse a la solicitud de el Agente del Ministerio Público, en tal caso, el asunto quedará en reserva en los términos del artículo cuarto del Código de - Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el cual establece:

ARTICULO 4.- Cuando del acta de Policía Judicial no aparezca la detención de persona alguna, el - Ministerio Público practicará o pedirá a la autoridad Judicial que se practiquen todas aquellas diligencias necesarias, hasta dejar comprobados los requisitos que señala el artículo 16 Constitucional para la detención; pero si dichos requisitos aparecieran ya comprobados en el acta de - Policía Judicial, el Ministerio Público la turnará al Juez solicitando dicha detención." 26

Quando está agotada la averiguación previa, y el Agente del Ministerio Público ha realizado el ejercicio de la acción penal, sin detenido, solicitando se gire la orden de aprehensión respectiva, el Juez tiene que someter al estudio la averiguación previa, - para efecto de que se reunan los requisitos del artículo 16 Constitucional.

En caso de que estos no lleguen a encontrar su debida - concretización en la averiguación previa, el Juez la reservará, para que el Agente del Ministerio Público adscrito en su Juzgado, rea

26) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; - México, Edit. Delma, 2a. Edic., 1991, Pag. 3.

lice las diligencias necesarias, a efecto de que dicho artículo 16 Constitucional encuentre su completa integración. Esto es el parámetro legal, de la aprehensión.

Queremos hacer una aclaración de que entre la aprehensión y la detención, hay un mundo de diferencia, pero que la legislación incluso, las utiliza indistintamente. Y para hacer esta distinción, es necesario terminar con el análisis respectivo, del artículo 16, por lo que pasaremos a hablar del flagrante delito.

Dice la legislación en su artículo 267 del Código de Procedimientos Penales que:

ARTICULO 267.- Se entiende que el delincuente es aprehendido en flagrante delito:

No solo cuando es arrestado en el momento de estarlo cometiendo, sino también, cuando después - de ejecutado el acto delictuoso, el delincuente es materialmente perseguido." 27

El hecho de que la legislación establezca que la flagrancia se extiende en el momento de la persecución, esto no quiere decir que se extienda durante la investigación que la Policía Judicial realiza.

En tal forma que esto es totalmente cierto, ya que la legislación se supedita a una situación material de perseguiemiento.

Lo que quiere decir, que una vez que haya logrado su fuga, ya no existirá flagrancia de delito, y legalmente, no se podrá detener a una persona más que con la orden de aprehensión, en los términos que hemos dejado establecidos en el presente inciso.

27) Ob. cit., Pag. 62.

Para demostrar esto, vamos a hablar del Código de Procedimientos Penales Federales, el cual en su artículo 194 establece:

ARTICULO 194.- Para los efectos de la fracción - I, se entiende que el delincuente es aprehendido en flagrante delito no solo cuando es detenido en el momento de estarlo cometiendo, sino cuando, después de ejecutado el hecho delictuoso el inculcado es perseguido materialmente, o cuando en el momento de haberlo cometido alguien lo señala como responsable del mismo delito, y se encuentra en su poder el objeto del mismo, el instrumento con que apareció cometido o huellas o indicios que hagan presuntible fuertemente su culpabilidad." 28

El Código Federal de Procedimientos Penales, agrega una circunstancia más como es que el delincuente se encuentre presente en el lugar de los hechos, y sea este señalado por otra persona como responsable.

Pero lo que realmente nos interesa, es que ese seguimiento solamente y en forma exclusiva, tiene que ser material, de tal forma que si éste llega a darse a la fuga, y no llega a ser detenido en ese momento, la Policía Judicial, al día siguiente, ya no puede detenerlo sino solo con la orden de aprehensión respectiva.

Por otro lado, el artículo Constitucional también impone la obligación, de poner inmediatamente a disposición al detenido ante la autoridad correspondiente.

En tal forma de que si se persigue materialmente y se logra capturarlo, no importa cuanto se pueda prolongar el seguimiento material, esta persona se debe de poner inmediatamente a disposición de el Agente del Ministerio Público respectivo, dado que se lleva a la comandancia, al hotel, o a cualquier cárcel clan-

3) Código de Procedimientos Penales, México, Edit. Porrúa, S. A., 42a. Edic., 1990, Pág. 209.

destina, la detención flagrante que era legal, se transformará en una privación ilegal de la libertad, debido a que no se pone inmediatamente a disposición de la autoridad.

Una situación muy importante es que la misma legislación, deja a cualquier persona, que proceda a la detención, cuando se realice la flagrancia, con la única obligación, de ponerlo inmediatamente a disposición de el Agente del Ministerio Público.

Por último, puede sobre venir otro tipo de detención como es la administrativa, la cual, ha de realizarse en el momento en que no exista Agente de Ministerio Público en la localidad, podrá validamente realizarse por la primera autoridad administrativa, pero con la obligación de ponerlo a disposición inmediatamente ante el Ministerio Público que corresponda.

Así, esto es realmente el hecho de detener, esto es de que a una persona se le prive de su libertad inmediatamente, después de la flagrancia de delito, y la aprehensión, solamente ha de proceder, fundadamente, cuando existe una orden girada por un Juez.

Pero, como decíamos anteriormente, se emplean indistintamente estos dos conceptos, y esta indistinción, la hace la misma legislación, por lo que consideramos que no hay problema por su utilización indistinta, ya que no ocasiona perjuicio social alguno, esta disposición.

Por último, otra manera de como se puede privar legalmente la libertad, es en los casos de arresto, o de orden de presentación, por la Policía Judicial como medidas de apremio.

La autoridad Judicial en general, o la que va a administrar justicia, para lograr sus determinaciones, tiene medios de —

apremio o medidas de apremio.

Estas van desde la multa, hasta el arresto por 36 horas aunque en materia civil puede prolongarse hasta 15 días, lo que consideramos anticonstitucional, por lo que se refiere al artículo 21 de nuestra Constitución, en donde establece que la autoridad administrativa no podrá arrestar a una persona sino hasta por 36 horas.

Lo anterior, hace que exista otra forma legal fuera del caso del artículo 16 Constitucional como son las medidas de apremio de los Jueces.

Así, tenemos que la privación legal de la libertad, en los términos que establece el artículo 16, va a presentar la legalidad en el actuar de la ilegalidad.

Y por otro lado, los medios de apremio, dictados por los Jueces correspondientes, podrán también privar de la libertad a las personas, y dicha privación, no puede prolongarse más de las 36 horas, con excepción de la autoridad civil en la que marca 15 días.

En general, estas son las formas de la privación legal de la libertad, que el artículo 16 Constitucional señala, y que a lo largo de nuestro estudio, iremos retomando las ideas aquí expuestas.

2.2.- REFERENCIA ESPECIAL A LOS CONCEPTOS FUNDAMENTACION Y MOTIVACION.

Estos dos conceptos, van a ser la piedra en donde la —

seguridad jurídica de las personas ha de sostenerse; en otros términos, que la autoridad llámese como se llame, no podrá actuar sino solo y únicamente cuando respete la garantía de legalidad, señalando su actuación fundada y motivada en la Ley.

Con el fin de entender bien estos conceptos, vamos a observar lo que el maestro Ignacio Burgoa nos dice al respecto:

"La fundamentación legal de la causa del procedimiento autoritario, de acuerdo con el espíritu del Legislador de 1857, que permanece imbibido en la Constitución actual consiste en que — los actos que originen la molestia de que habla el artículo 16 Constitucional, deben basarse en una disposición normativa general, es decir, — que esta prevea la situación concreta para la cual sea procedente realizar el acto de autoridad, que exista una Ley que lo autorice. La — fundamentación legal de todo acto autoritario — que cause al gobernado una molestia en los bienes jurídicos a que se refiere el artículo 16 Constitucional, no es sino una consecuencia directa del principio de legalidad que consiste — en que las autoridades solo pueden hacer lo que la Ley les permite.

La motivación de la causa legal del procedimiento implica que, existiendo una norma jurídica, el caso o situación concreto respecto de los — que se pretende cometer el acto autoritario de molestia, sean aquellos a que alude la disposición legal fundatoria, esto es, el concepto de motivación empleado en el artículo 16 Constitucional indica que las circunstancias y modalidades del caso en particular encuadren dentro del marco general correspondiente establecido por — la Ley." 29

Esta especial referencia, que el artículo 16 Constitucional contiene, nos indica claramente que el marco de la privación legal de la libertad, debe de estar basado en estos dos prin-

29) BURGOA, IGNACIO: "Las Garantías Individuales"; México, Edit. — Porrúa, S. A., 9a. Edic., 1975, Pag. 602 a 604.

cipios, esto es que debe de existir una Ley que otorgue en un principio, la facultad correspondiente a la autoridad.

Luego, que surjan los casos que la misma legislación - ha previsto para el efecto de girar órdenes de aprehensión, o en un momento determinado, detener a alguna persona.

Cuando no existe la flagrancia de delito, tenemos como el Poder Judicial, va a tener los fundamentos necesarios, para motivarlos al caso concreto que se realicen cuando la conducta delictiva emerja.

Así, la motivación de la autoridad correspondiente, - será sin duda ese encuadramiento de la conducta a la Ley, y la Ley le dará el fundamento necesario para accionar también conforme a - la Ley disponga.

2.3.- INSTITUCIONES LEGALMENTE AUTORIZADAS PARA REALIZARLA.

Desprendido del artículo 21 Constitucional, se deduce que la imposición de las penas, es propia y exclusiva de la autoridad Judicial.

En tal forma que a pesar de que el Agente del Ministerio Público sea quien persiga al delito, éste no puede girar órdenes de aprehensión, y lo único que puede llegar a hacer, es detener a las personas en el caso de flagrante delito.

Ahora bien, es aquí donde nos empezamos a encontrar -

las formas ilegales de la privación de la libertad.

Ya que, el Agente del Ministerio Público, por lo regular manda a aprehender a las personas, no habiendo en ningún momento la flagrancia de delito que se requiere para que encuentre la fundamentación y motivación su accionar.

De tal forma que el Agente del Ministerio Público solamente puede imponer multas, en caso de que no se presente a comparecer ante él, e incluso, ni siquiera la presentación por parte de la Policía Judicial es fundamentada para el Agente del Ministerio Público.

Lo anterior, surge del artículo 20 del Código de Procedimientos Penales, para el Distrito Federal, el cual dice a la letra:

"El Ministerio Público, en las diligencias de - averiguación previa, solo podrá imponer, por vía de corrección disciplinaria, multas que no excedan del importe de un día de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal. Contra estas correcciones no se admite más recurso que el de responsabilidad." 30

Es muy claro el artículo 20 del Código de Procedimientos Penales, además textualmente implica que solamente el Ministerio Público tiene facultades para imponer multas que no excedan de un día de salario.

Así, tenemos un primer problema, que es que en la práctica, se cree afirmativamente que el Agente del Ministerio Público puede manda a arrestar a las personas, y que también los puede mandar a detener, aprehender o presentarlos por parte de la Policía -

30) Código de Procedimiento Penales para el Distrito Federal; México, Edit. Delma, 2a. Edic. 1991, Pag. 7.

Judicial.

Lo anterior, lo volveremos a retomar en el inciso 3.1, cuando hablaremos particularmente de el Agente del Ministerio Público.

Una vez que el Agente del Ministerio Público ha ejercido su acción penal, sin que tenga detenido, éste solicitará al Juez que libre su orden de aprehensión.

La autoridad judicial después de hacer el estudio de la consignación, en los términos del artículo 16, y una vez que se reúnan los requisitos fijados por dicho artículo, podrá librar su orden de aprehensión.

Lo anterior, está fundamentado en el artículo 132 y 134 del Código de Procedimientos Penales, del Distrito Federal, siendo que dichos artículos han sido reformados, atendiendo los reclamos de la sociedad, que exige que las detenciones ilegales se detengan.

Así, el artículo 132 establece:

ARTICULO 132.- Para que un Juez pueda librar orden de detención contra una persona, se requiere:

- I.- Que el Ministerio Público haya solicitado la detención, y
- II.- Que se reúnan los requisitos fijados por el artículo 16 de la Constitución Federal.

Queda prohibido detener a cualquier persona, sin orden de aprehensión librada por Tribunal competente, excepto cuando se trate de delito flagrante o de casos urgentes en que no haya en

el lugar alguna autoridad Judicial, tratándose de delitos que se persiguen de oficio, conforme a lo dispuesto por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. — Solo el Ministerio Público puede, con sujeción a este precepto, determinar que personas quedarán en calidad de detenidas, sin perjuicio de las facultades que correspondan al Juez o Tribunal de la causa. La violación de esta disposición hará penalmente responsable al Ministerio Público o funcionario de la Policía Judicial que decreta la detención. La persona detenida en contradicción a este artículo será puesta inmediatamente en libertad." 31

A pesar de que la nueva reforma transcribe gran parte de lo que es el artículo 16 Constitucional, ya define claramente las responsabilidades a que nos hemos estado refiriendo a lo largo de nuestro trabajo.

En primer lugar el Agente del Ministerio Público que conciente que su auxiliar Policía Judicial realice las privaciones ilegales.

Por otro lado, el Policía Judicial que realice tal detención sin la respectiva orden de aprehensión en el caso de flagrante delito.

Una idea que debemos subrayar y aplaudir, es en la última parte del artículo en donde se establece que la persona que se detenga sin orden y sin flagrancia de delito, será puesta inmediatamente en libertad.

Eso, de inmediatamente, tiene que ser literalmente interpretado, esto es en el acto, debido a que si no se realiza conforme a lo que el Derecho establece, se requerirá que exista una

31) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, México, Edic. Delma, 2a. Edic., 1991, Pag. 33.

nulidad de actuaciones, toda vez que no se siguen las formalidades en el procedimiento, violando Garantías y Derechos Humanos a quien detienen en forma ilícita.

Otro artículo reformado que consideramos también digno de mencionar es el artículo 134 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el cual dice a la letra:

ARTICULO 134.- Siempre que se lleve a cabo una - aprehensión en virtud de orden Judicial, quien - la hubiere ejecutado deberá poner al aprehendido, sin demora alguna, a disposición del Tribunal respectivo, informando a éste acerca de la - fecha, hora y lugar en que se efectuó, y dando a - conocer al aprehendido el derecho que tiene para designar defensor.

En caso de que la detención de una persona exceda los términos señalados en los artículos 16 y 107 fracción VIII de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, se presumirá que estuvo - incommunicada y las declaraciones que haya emitido el detenido no tendrán validez." 32

Existe la obligación de proporcionar la defensa o el derecho de defensa, desde que las personas son detenidas.

Ahora bien, el artículo 16 en ningún momento señala término de detención alguna, al parecer, hubo un error en la impresión o en la redacción del artículo, ya que es el artículo 19 en relación a la fracción XVIII de el artículo 107 Constitucional, en donde el término de 72 horas de detención, es el que rige para el efecto de ponerlo a disposición.

Es evidente que cuando una persona está privada de su libertad y sobrepasa el término de tres días, la presión en su de-

32) Idem, Pag. 33 y 34.

claración está viciada de nulidad, ya que la misma no se dá en el plano de libertad referida para tal.

Una consecuencia directa será que las mismas carezcan de validéz Judicial.

Ahora bien, el hecho de que no se le diga que tiene derecho a defensor, por no cumplir la formalidad establecida en el procedimiento, evidentemente de que también vicia el proceso, y nulifica todo lo actuado, ya que se violan garantías que hay que resarcir.

Así, la institución legalmente autorizada para que la detención legal se realice, es la autoridad Judicial, en los términos que la misma legislación señala, y quien será el ejecutor, es la Policía Judicial que es auxiliar del Ministerio Público y de la cual nos reservaremos su estudio por el momento para tratarlo con posterioridad.

2.4.- LA PRIVACION ILEGAL REALIZADA POR FUNCIONARIOS PUBLICOS Y SU RELACION CON EL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD.

En sí, el delito genérico es de abuso de autoridad y la modalidad es la privación ilegal de la libertad.

Ya que la privación ilegal de la libertad prevista por el artículo 364 del Código Penal, se refiere en un principio a la privación de particulares como sujetos activos del delito.

Mientras que el artículo 215 del Código Penal, en su --

fracción VI y VII, va a tipificar el delito de privación ilegal de la libertad, modalidad del abuso de autoridad.

Así, es evidente la responsabilidad del funcionario público en tal privación.

Pero, no todos los funcionarios son responsables de la detención ilegal, sino más que nada aquellos que realmente tienen la autoridad para ordenarla o hacer que cese la misma.

El maestro Mariano Jiménez Huerta, cuando nos habla de estas circunstancias, nos dice:

"Sujetos activos del delito de abuso de autoridad son, según expresa el párrafo primero del Artículo 215, los servidores públicos; sin embargo, no todos ellos pueden serlo, pues es intuitivo que solo pueden perpetrarlos los servidores públicos que estén investidos de autoridad, estos, que ejerzan criterio, tomen determinaciones o impongan obediencia. Empero, en algunas de las fracciones que contiene el artículo se limita con mayor concreción la condición del sujeto activo: encargado de administrar justicia; encargado de una fuerza pública; encargado de cualquier establecimiento destinado a la ejecución de sanciones de privación de la libertad. De donde resulta que si bien los delitos contenidos en el artículo 215 son propios o especiales, dado que solo pueden ser cometidos por quienes tienen la genérica condición de servidores públicos, existen algunos que tienen el carácter de superparticulares o exclusivos, que solo pueden ser cometidos por una especialísima categoría de servidores públicos." 33

El concepto de autoridad jugará un papel importante para la tipificación del delito. Todos los funcionarios públicos, — pueden en un momento determinado cometerlo, pero, hay fracciones en

33) JIMENEZ HUERTA MARIANO: "Derecho Penal Mexicano"; México, Edit. Porrúa, S. A., 2a. Edic., 1983, Tomo 5, Suplemento, Pag. 14.

donde si existe se requiere de cierta calidad en el sujeto activo, que impera sobre los conceptos genéricos.

Tales son los casos de las dos fracciones que hablan sobre la privación ilegal de la libertad.

Para entender bien estas situaciones, vamos a transcribir el contenido de las dos fracciones:

ARTICULO 215.- Cometén el delito de abuso de autoridad los servidores públicos que incurran en alguna de las conductas siguientes:

VI.- Cuando estando encargado de cualquier establecimiento destinado a la ejecución de las sanciones privativas de libertad, de instituciones de readaptación social o de custodia y rehabilitación de menores y de reclusorios preventivos o administrativos, sin los requisitos legales, reciba como presa, detenida, arrestada o internada a una persona o la mantenga privada de su libertad, sin dar parte del hecho a la autoridad correspondiente; niegue que esté detenida, si lo estuviere; o no cumpla la orden de libertad girada por la autoridad competente;

VII.- Cuando teniendo conocimiento de una privación ilegal de la libertad no la denunciase inmediatamente a la autoridad competente o no la haga cesar, también inmediatamente si esto estuviere en sus atribuciones." 34

Pudiérase pensar que la titulación correcta de este delito es abuso de autoridad, pero, lo que en realidad sucede, es que constituye una privación ilegal de la libertad cometida por funcionario público.

34) Código Penal para el Distrito Federal en materia del Fuero común y para toda la República en materia Federal; México, Edic. Delma, 4a. Edic., Pag. 81.

En tal forma, que estos párrafos o fracciones que acabamos de transcribir, van a formar parte del artículo 364 del Código Penal que define la privación ilegal de la libertad por particularidades.

Esta opinión, también la sustentan los maestros Raúl — Carranca y Trujillo y Raúl Carranca y Rivas quienes nos dicen:

"El delito configurado constituye un subtipo del de privación ilegal de libertad a que se refieren los artículos 364 y 366 del Código Penal.

El subtipo configurado en esta fracción tiene — por núcleo la dolosa ocultación de la privación ilegal de la libertad de que se tuviere conocimiento; o su mantenimiento mismo, si en las atribuciones legales de la gente estuviere hacerla cesar, esto es, un cumplimiento de sus deberes propios. El delito se consuma por el hecho de la ocultación voluntaria y conciente por parte del sujeto activo, a lo largo de un lapso suficiente para que se pueda dar por probada, razonablemente, a juicio del Juez; o se consuma asimismo por el mantenimiento de la privación ilegal, también por igual lapso; no es configurable la tentativa!" 35

Así, podemos hablar en el transcurso de nuestro trabajo, validamente de la privación ilegal de la libertad realizada por funcionarios públicos, como un subtipo configurado del artículo 364 del Código Penal el cual pasaremos a analizar.

35) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL, y CARRANCA Y RIVAS, RAUL: "Código — Penal anotado; México, Edit. Porrúa, S. A., 12a. Edic., 1987, — Pag. 526.

2.5.- ANALISIS DEL ARTICULO 364 DEL CODIGO PENAL.

Para este inciso, vamos a establecer los lineamientos - que el artículo 364 establece para la penalidad y tipos de los delitos de privación ilegal de la libertad y otras garantías.

Una vez que lo tengamos realizado, ya podremos estar en aptitud, de hacer diferencias entre lo que es la privación, el delito de abuso de autoridad, y la violación de garantías, para poder - manejar correctamente nuestro marco jurídico de la privación legal de la libertad.

2.5.1.- EL TIPO.

El concepto de el Tipo, esta basado en esa descripción que hace el Legislador para que una conducta se considere como delito.

Así, el maestro Fernando Castellanos Tena, cuando nos - define la idea de el Tipo, nos dice:

"El Tipo es la creación legislativa, la descripción que el Estado hace de una conducta con los preceptos penales. La tipicidad es la adecuación de una conducta concreta con la descripción legal formulada en abstracto.

La tipicidad es el encuadramiento de una conduc-

ta con la descripción hecha en la Ley; la coincidencia del comportamiento con el descrito por el Legislador.

El tipo es, para muchos, la descripción de una conducta desprovista de valorización o la descripción legal de la conducta y del resultado y por ende acción y resultado quedan comprendidos en él." 36

Si recordamos nuestros comentarios respecto al Derecho Penal, a la Libertad Personal, el Derecho Penal y la sociedad, que hemos realizado en el capítulo primero, podremos retomar el principio de que no existe delito sin Ley.

Así, si una conducta va a constituir delito, se requiere que el Legislador haya tipificado dicha circunstancia en el Código Penal. En caso de no hacerlo, no podemos hablar de que exista algún delito. El Tipo es la descripción que el Legislador hace de la conducta.

En nuestro caso, el Tipo que investigamos, lo numera el artículo 364 del Código Penal, en los siguientes términos:

ARTICULO 364.- Se aplicará la pena de un mes a tres años de prisión y multa hasta de mil pesos:

I.- Al particular que, fuera de los casos previstos por la Ley, detenga a otro en una cárcel privada o en otro lugar por menos de ocho días. Si la privación ilegal de la libertad excede de ocho días, la pena será de un mes por cada día; y

II.- Al que de alguna manera viole, en perjuicio de otro, los derechos y garantías establecidos por la Constitución General de la República en favor de las personas." 37

36) CASTELLANOS TENA, FERNANDO: "Lineamientos de Derecho Penal"; -- México, Edit. Porrúa, S. A., 15a. Edic., 1981, Pag. 165 y 166.

37) Ob. cit., Pag. 133.

Este es el Tipo principal, de donde se va asentando, -- como un principio general el carácter de la libertad frente a la so ciedad, y el ataque que esta libertad sufre cuando se ve privado de tal derecho.

Este capítulo, defiende en sí todas las libertades, así el artículo 365, establece la obligación de la libertad de trabajo retribuido; la fracción II, la libertad de libre disposición de los objetos; por otro lado, el artículo 366, establece la penalidad y - tipos de los delitos de plagio y secuestro y el robo de infante.

Y por último, es interesante hacer notar como se le ha agregado a este capítulo un artículo numerado con el 366 Bis, que - sin lugar a dudas trata o intenta proteger a los menores de edad de el tráfico de que son objeto en un momento determinado.

Ahora bien, analizaremos el contenido del artículo 364, desglosando cada uno de sus elementos en el siguiente inciso.

2.5.2.- ELEMENTOS CONSTITUTIVOS DE LA PRIMERA FRACCION.

En un principio, se requiere una cierta calidad del su- jeto activo del delito. Sobre estas situaciones, el maestro María- no Jiménez Huerta opina:

"Consiste el delito de arresto o detención ile- gal el privar a otro de su libertad física. El Código Penal en la fracción I de su artículo 364 le describe con poca fortuna pues hace consistir la esencia del Tipo, en que un particular arresu

te o detenga a otro en una cárcel privada o en otro lugar; y en verdad, la especificación de la cárcel privada resulta no solamente inútil sino también arcaica. Su inutilidad queda confesa desde el primer instante en que tal especificación va seguida de la frase genérica o en otro lugar. Su arcaísmo queda convicto si se tiene presente que en la actualidad ya no existen cárceles privadas. La cárcel es un establecimiento público destinado a la custodia y seguridad de los en ella reclusos. En puridad, no puede haber cárceles privadas, pues si son privadas no son cárceles. El arcaísmo legal se explica, sin embargo, si se tiene en cuenta que la frase cárcel privada es utilizada en el sentido impropio que tuvo el Código Toscano: su artículo 360 denominaba a la arbitraria detención, delito de cárcel privada." 38

A pesar de que realmente la redacción de la primera parte del artículo presenta deficiencias, consideramos que el espíritu del Legislador es uno, al hablar de cárcel privada se refiere a un lugar que se equipare a una cárcel, esto es en donde se encuentre recluida la persona.

Por eso, el mismo Legislador para evitarse problemas, expuso en cualquier otro lugar refiriéndose a cualquier lugar en donde se recluya a la persona.

Así, el sujeto activo solo puede ser un particular, esto es, no puede ser la autoridad, ya que esto forma parte como habíamos quedado de un subtítulo configurado, o de la modalidad de privación ilegal de la libertad, de el delito de abuso de autoridad.

Ahora bien, se requiere que esta privación de la libertad se haga fuera de lo establecido por el artículo 16 Constitucio-

38) JIMENEZ HUERTA, MARIANO: Ob. cit., Tomo III, Pag. 129.

nal, esto es que no provenga de flagrante delito exclusivamente.

Por otro lado, esta detención o custodia de la persona, mientras más vaya estando privada de su libertad, más va siendo su propia punibilidad.

Así, tenemos que el Tipo más que nada previene la circunstancia de los centros comerciales en general, que cuando detienen a una persona en flagrante delito, la encierran en un cuarto, para presionarla y esta pague diez o quince veces más el valor del producto que se quería llevar.

En general, la primera fracción, está dirigida claramente a que la libertad como bien jurídico tutelado por la norma, no sea objeto de atención por parte de particulares.

2.5.3.- ELEMENTOS DE LA VIOLACION CONSTITUCIONAL.

Los comentarios que hacíamos en el inciso 1.2 al hablar de la Garantía Individual, lo reproducimos para esta parte; así tenemos que tal vez este sea otro de los elementos de protección de la garantía, independientemente de hacerla valer a través del Juicio de Amparo.

Por otro lado, es menester decir que la garantía cuando menciona derechos a los particulares, siempre opera en favor de los particulares, en su relación frente al Estado.

Ahora bien, antes de que vinieran las diversas refor—

mas al Código Penal, existía la fracción IV del artículo 214 en el que se hablaba del abuso de autoridad, actualmente, el delito está previsto en el artículo 215. Pero, en dicha fracción IV se decía - que cometía abuso de autoridad en el siguiente caso:

"Cuando ejecute cualquier otro acto arbitrario y atentatorio a los derechos garantizados en la Constitución." 39

Actualmente dicha fracción ha desaparecido totalmente, - por lo que, ya no se tiene una regla especial que prevalezca sobre la general. Esto lo decíamos, en virtud de que se consideraba siguiendo la regla de que la especialidad debe de permanecer sobre la generalidad, era evidente que el delito de violación de garantías - era más que nada abuso de autoridad, y que hasta en su modalidad de violación de garantías.

Pero, esta fracción IV, se modificó totalmente, tanto - que el artículo 214 actualmente, habla del ejercicio indebido del - servicio público.

En estos términos, consideramos que el sujeto activo, - puede ser tanto el particular como el funcionario público, ya que - la fracción I y II del artículo 364, son totalmente autónomos e independientes.

Por otro lado, pudiesese pensar que por ser una garantía, la autoridad competente para administrar la justicia, sería - una autoridad federal. Esto no es así, lo que sí se requerirá para que proceda el delito, es que haya un dictamen de que la garantía - fué violada, esto es que se ejercite la acción de Amparo contra el - acto de autoridad, y una vez que el Juez Federal resuelva que hubo -

39) CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL y CARRANCA Y RIVAS, RAUL: Ob. cit., - 9a. Edic., 1981, Pag. 427.

violación de garantías y otorgue el Amparo, esto hará plena prueba de dicha violación, comprometiéndolo al funcionario, sobre el delito de violación de Garantía Individual.

Sirven para normar nuestro anterior criterio la siguiente jurisprudencia:

"El conocimiento del delito de ataque a las Garantías Individuales no corresponde a los Tribunales Federales sin que obste que se trata de un delito previsto en el Código del Distrito, que debe considerarse como Ley Federal; porque entonces tendría que aceptarse que todos los delitos son de competencia de los Tribunales Federales, puesto que siempre enjendran violaciones a las Garantías Constitucionales." (Jurisprudencia definitiva S. C. Tesis 507). 40

Por lo anterior, este delito de violación de Garantías Constitucionales, será también aplicable a los funcionarios públicos, y en un momento determinado llegará a ser acumulado, cuando se presente con la privación ilegal de la libertad.

2.6.- DIFERENCIAS ENTRE: LA PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD, EL DELITO DE ABUSO DE AUTORIDAD Y DE VIOLACION DE GARANTIAS INDIVIDUALES.

Una vez que hemos visto los delitos de referencia, para efectos de nuestro estudio, vamos a hacer notar algunas semejanzas y diferencias entre los delitos de privación ilegal de la libertad, abuso de autoridad, y por último el de violación de garantías.

40) Idem, 12a. Edic., 1987, Pag. 827.

Para este fin y efecto, utilizaremos todos y cada uno - de los conceptos vertidos en estos dos primeros capítulos.

Podemos decir que los tres delitos, en especial el abuso de autoridad en su modalidad de privación ilegal de la libertad que plantea el artículo 215 en sus fracciones VI y VII, mismos de - que hablabamos en el inciso 2.4, estos tres delitos, tienen una - gran similitud entre ellos. Esto es, que intentan proteger el sa- grado derecho de la libertad personal.

La privación ilegal de la libertad, cuando se realiza, - presupone que exista un individuo el cual ha sido privado de su libertad.

Por otro lado, cuando en el delito de abuso de autori- dad en su modalidad de privación ilegal de la libertad, cuando este se exterioriza, tenemos a una autoridad, que va a realizar directamente tal privación de la libertad o la va a tolerar siendo que este mismo puede hacerla cesar.

Para abundar un poquito más sobre este delito, pudiésemos decir que la responsabilidad se hace extensiva a cualquier autoridad que tenga conocimiento y que no haga cesar los efectos de dicha privación ilegal.

Ahora bien, no todo funcionario público, debe de ser - considerado autoridad, en tal forma que se requiere de que esta tenga cierto poder de decisión o ejecución, que permita crear, modificar o extinguir situaciones en general, de hecho o jurídicas, que - tracienden al particular.

De esta manera, encontramos que en el delito de abuso - de autoridad, hay una extensión de responsabilidad, a quien siendo -

autoridad, y que no haya participado en la privación ilegal, pero - tenga conocimiento de la misma, éste no la haga cesar. Es ahí en - donde encontramos la extensión de la responsabilidad.

Si aclaramos un poco el concepto de autoridad, veremos la naturaleza en relación a lo que es el Derecho Humano del que hablábamos en el capítulo primero.

En consecuencia usaremos las palabras del amestro Miguel Acosta Romero quien sobre el particular nos expone:

"Cuando los órganos de la administración pública centralizada tienen facultades de decisión y ejecución, se ha considerado que son autoridades. - El problema se presenta tratándose de organismos descentralizados y empresas de Estado, en los - cuales, dada su variedad de actividades, y lo - dispuesto de la legislación administrativa que - lo regula, en algunos casos son considerados como autoridades (Instituto Mexicano del Seguro - Social e Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado) y en - otros todavía no se define claramente su carácter (Universidad Nacional Autónoma de México, - Compañía Nacional de Subsistencias Populares, - etc.).

Para los efectos del Amparo, la Suprema Corte ha establecido que el término autoridad corresponde a todas aquellas personas que disponen de la - fuerza pública en virtud de circunstancias, ya - legales, ya de hecho y que, por lo mismo, estén - en posibilidad material de obrar como individuos que ejercen actos públicos por el hecho de ser - pública la fuerza de que disponen." 41

Así, ese concepto de autoridad, que bien que mal, significará cuando menos un imperio de derecho, va a tener dos posibles responsabilidades, una directamente con el funcionario, que aunque no siendo autoridad comete la privación ilegal, y por el otro, la -

41) ACOSTA ROMERO, MIGUEL: "Teoría General del Derecho Administrativo"; México, Edit. Porrúa, S. A., 9a. Edic., 1990, Pag. 632.

verdadera autoridad que decide y ejecuta, y que tiene conocimiento de dicha privación, y que no hace nada por detenerla.

En los dos casos, se ataca y se viola el Derecho Humano de la Libertad Personal.

En el delito de violación de Garantías Individuales, como lo analizábamos en el inciso anterior, es evidente que por ser la libertad personal una de las principales garantías individuales y Derecho Humano establecidos en nuestra legislación, se verá violado también el derecho de la libertad personal cuando exista el encuadramiento de la conducta al Tipo.

En todas estas circunstancias, encontramos como el bien jurídico tutelado, para los tres delitos, será la libertad personal y aunque en la privación ilegal de la libertad sea su único bien jurídico tutelado, en los otros dos delitos, pueden ser otros más, pero para el caso que nos ocupa, también defienden y previenen y tratan de asegurar la libertad personal de los sujetos.

Una diferencia que pudiésemos hacer notar claramente, es la calidad del sujeto activo, en la privación ilegal de la libertad, necesariamente tiene que ser un particular, el caso típico de los supermercados, de los centros comerciales, en los que alguna persona intenta robar, y está sometida a interrogatorios particulares, y a encarcelamiento con lo que debemos considerar que existe la necesidad de proponer normas o mejor dicho una institución que bien podría ser la Comisión Nacional de Derechos Humanos, de la que hablaremos más adelante, para que intente evitar este tipo de privaciones, en dichos centros comerciales.

Por lo que se refiere al delito de abuso de autoridad, el sujeto activo evidentemente que también es calificado, debido —

a que en contradicción con la privación ilegal de la libertad, en el delito de abuso de autoridad en su modalidad de privación, el sujeto activo debe ser una autoridad, y como ya lo habíamos establecido una persona o funcionario público con poder de decisión y ejecución.

Por último, y en lo que se refiere al delito de violación de garantías por lo que respecta al sujeto activo, este podrá ser cualquier persona como lo establece el Tipo, al mencionar las palabras: "Al que de alguna manera..."

Así, la defensa de la garantía individual es muy extensa, ya que presupone que cualquier persona, la puede llegar a cometer.

En tal concepto, podemos pensar también que estos tres tipos de delito, defienden los Derechos Humanos del Hombre, y que se refieren a su libertad personal de acción. Tal vez uno de los principales Derechos Humanos por el que siempre se ha luchado, es su libertad personal.

De ahí, que siendo la persona humana, relacionada con la sociedad un ente de normas, que tiene que respetar, este debe de limitar su libertad personal en algunos casos, frente a la libertad personal de otros.

Así, los conceptos de Seguridad Jurídica de que hablamos anteriormente van a proporcionarle al individuo, derechos y obligaciones que debe de respetar, y que se le deben de respetar, incluso frente a su relación con el gobierno del Estado.

Jorge Trueba Barrera, al hablarnos del Derecho del Hombre, nos hace la siguiente explicación:

"La persona humana es susceptible de derechos y deberes, que el Legislador de todos los tiempos se ha preocupado por reconocerlos expresamente en las normas jurídicas, en los textos de la Ley escrita. Descartando el llamado Derecho Natural, no hay más derecho que el reconocido por el Estado, el Derecho Positivo. El llamado Derecho Natural podrá constituir la más elevada - máxima de moral, la más sabia regla de la naturaleza humana, al albergar en su contenido postulados de dignidad y confraternidad, inclusive las más atractivas fundamentaciones para alcanzar la justicia social, pero no obstante, mientras no sea reconocido por un ordenamiento jurídico positivo carecerá de validéz, no podrá ser derecho, sino tan solo meta o aspiración del género humano; por consiguiente, solo son válidos los derechos de la persona humana o lo derechos del hombre consignados por la legislación o reconocidos por el Estado." 42

En efecto, la libertad personal, más que garantía individual, más que derecho humano, es un derecho natural inherente de la persona misma que debe de perseguirlo desde que nace hasta que muere. Y tal derecho natural solo puede ser modificado por infracciones a una legislación, a una norma, y cuando se le ha dado a la persona afectada, la posibilidad de ser oída y vencida en juicio.

De lo anterior, que la Seguridad Jurídica sea uno de los fines de la sociedad.

En consecuencia, podemos definir que los tres delitos, van a encontrar su diferencia en cuanto al sujeto activo del delito, y van a tener una gran semejanza, que incluso los hará subsistir en forma acumulativa, debido al bien jurídico protegido que es el punto central de los tres delitos como es el Derecho Natural de la libertad personal.

42) TRUEBA BARRERA, JORGE: "El Juicio de Amparo en Materia de Trabajo"; México, Edít. Porrúa, S. A., 1a. Edic., 1963, Pag. 35.

CAPITULO TERCERO

EL MINISTERIO PUBLICO, SU ACCION PENAL Y LA PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD.

- 3.1.- FACULTADES DEL MINISTERIO PUBLICO Y SU POLICIA —
JUDICIAL COMO AUXILIAR.
- 3.2.- INTEGRACION DE LA AVERIGUACION PREVIA.
- 3.3.- LA ACCION PENAL, EFECTOS Y CONSECUENCIAS.
- 3.4.- EL DELITO, LA PENA Y LA DETENCION DEL DELINCUEN—
TE.

CAPITULO TERCERO

EL MINISTERIO PUBLICO, SU ACCION PENAL
Y LA PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD.

Para este capítulo, vamos a intentar analizar, a un órgano administrativo, con autoridad, que es el tipo clásico que viola garantías, que comete el abuso de autoridad en su modalidad de privación ilegal de la libertad; nos referimos al Agente del Ministerio Público y a su auxiliar la Policía Judicial.

Estableceremos sus facultades en un principio, la manera como debe de integrar su averiguación previa, la naturaleza de su acción penal, y como debe de perseguir al delito, pedir la pena y la detención del delincuente.

Todo este capítulo irá enfocado a la facultad del Ministerio Público en relación directa a su actividad para privar de la libertad a un sujeto.

De tales conceptos, pasaremos a iniciar el análisis res pectivo.

3.1.- FACULTADES DEL MINISTERIO PÚBLICO Y SU POLICÍA JUDICIAL. COMO AUXILIAR.

Quando se instaura el Agente del Ministerio Público, el cual va apareciendo desde:

"1858 en la Ley para el arreglo de la Administración de Justicia en los Tribunales y Juzgados del Fuero Común" - hasta: "La aparición en 1917, de la Ley de Organización del Distrito y Territorios Federales; que reglamente la fracción VI del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Que en su contenido se expresó lo relacionado con el Ministerio Público, en cuanto al Procurador General, los Agentes del Ministerio Público y la Policía Judicial." 43

Así, para la Constitución de 1917, se instaura de una manera fundamental la institución llamada Agente del Ministerio Público.

El artículo 21 Constitucional lo establece, diciendo:

ARTICULO 21.- 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, la cual - estará bajo la autoridad y mando inmediato de - aquel..." 44

Así, se dividía totalmente la administración de justicia, en una institución que iba a ejercer la acción penal persiguiendo al delito, y otra institución que iba a decir y a decidir el delito como era el Órgano Judicial.

-
- 43) La Procuración de Justicia, Nueva Filosofía del Ministerio Público, México, Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 1977, Pag. 8 a 10.
- 44) Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Edit. Porrúa, S. A., 89a. Edic., 1990, Pag. 19.

Anteriormente, la Policía Judicial estaba a cargo de los Jueces, lo que los convertía en verdaderos acusadores, y también por el poder de decisión, había una incompatibilidad en la función.

Por tal situación, la institución del Agente del Ministerio Público, fué tomando auge, hasta que fué la parte encargada de acusar y tener a la Policía Judicial a su cargo, con el fin de investigar el delito.

Ahora bien, es cierto que la acción penal, va a estar totalmente monopolizada por el Agente del Ministerio Público, en tal concepto, que esta la va a ejercer en forma exclusiva.

De estas situaciones, nos habla el maestro Héctor Fix Zamudio, con las siguientes palabras:

"Se ha impuesto en la legislación y en la jurisprudencia que considera al propio Ministerio Público como el único autorizado para ejercer la acción penal y la función acusatoria durante el proceso penal, de tal manera que los Códigos Procesales Penales, tanto el Federal como los de las entidades Federativas, no reconocen la calidad de parte, ni siquiera con carácter subsidiario, a la víctima del delito.

En el aspecto en el cual no existe un criterio preciso en la jurisprudencia de los Tribunales Federales, se refiere a si el desistimiento de la acción penal o las conclusiones no acusatorias vinculan al juzgador, porque en algunas resoluciones se ha estimado que aún en el supuesto de que estas actuaciones sean autorizadas por el Procurador respectivo, como Jefe del Ministerio Público, el Juez de la causa no está obligado por ellas, en virtud de que es facultad exclusiva de la autoridad judicial fallar de acuerdo con las constancias procesales, lo que nos parece un criterio acertado.

Finalmente, debe tomarse en consideración que es incorrecta la denominación que se confiere a la Policía que se encuentra bajo las órdenes del Ministerio Público, la que se debe considerar como un cuerpo de investigadores, pues el calificativo de Judicial proviene del sistema francés, en el cual se justifica porque se encuentra bajo las órdenes del Juez de Instrucción y no del representante social." 45

Es una gran discusión, el hecho de hablar si realmente la acción penal es propia y exclusiva del Agente del Ministerio Público; nosotros consideramos que sí lo es. Toda vez que los límites por los cuales el Juez tiene que fallar, sin lugar a dudas, es el hecho de que no puede rebasar el pliego acusatorio del Agente del Ministerio Público que realiza en su actualización de la acusación en conclusiones.

Lo anterior quiere decir que el Juez, tiene como límites de decisión, los presupuestos que el Agente del Ministerio Público realice en sus conclusiones.

Incluso, en ningún momento, puede suplir la deficiencia de estos, además de que el Juez puede válidamente fallar de manera absolutoria, cuando el Agente del Ministerio Público tiene fallas técnicas en el pliego de conclusiones, que conculcan garantías al acusado; así, consideramos que la división es muy clara, y que en ningún momento, va a poder fallar el Juez, cuando el Ministerio Público ha elaborado conclusiones no acusatorias, las cuales tienen el efecto de poner en libertad al acusado, y de causar la cosa juzgada, como si hubiese existido el fallo, siempre que dichas conclusiones estén ratificadas por el Procurador.

Cuando el Agente del Ministerio Público ejercita su acción penal, en averiguación previa, entonces sí podemos pensar que

45) FIX ZAMUDIO, HECTOR: Comentarios al artículo 21 Constitucional; dentro de: "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada"; México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1985, Pag. 55 y 56.

el Juez debe de clasificar el delito e incluso hacer las modificaciones respectivas, porque el Ministerio Público da los hechos y el Juez el Derecho.

Aunque dicha discusión, tiene trascendencia, podemos transcribir la siguiente jurisprudencia, que ha hecho en forma exclusiva la acción penal, y que incluso en contra de el no ejercicio de la acción penal, no es violatorio de garantías, por ser facultad exclusiva.

Dicha jurisprudencia, aunque muy larga es, vamos a transcribirla para tener parámetros de convicción que nos ayuden a esclarecer el problema planteado:

JURISPRUDENCIA.

MINISTERIO PUBLICO, PROCEDENCIA DEL AMPARO CONTRA EL, POR NO INTENTAR LA ACCION PENAL. Si el artículo 21 Constitucional establece que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad Judicial, y que la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, ésta bajo la autoridad de aquel, y si el Ministerio Público por imperativo legal tiene una doble función al intervenir en la persecución de los delitos, ya que como autoridad, al practicar diligencias previas y dentro de éstas comprobar el cuerpo del delito y asegurar al delincuente, o al abstenerse a ejercitar tales actos; o ya como parte pública, cuando ejercita la acción penal ante los Tribunales de Justicia para el castigo del culpable, y la civil en representación de la víctima del delito y del mismo Estado, el Amparo, en el primer caso, es procedente, supuesto que en él ejerce el Ministerio Público funciones con imperio y decisión, y no lo es el segundo, porque las funciones que ejercita están sujetas a la estimación de la autoridad Judicial. La justificación de esta interpretación de las funciones del Ministerio Público no puede ser más atinada, pues se advierte que aún el artículo Constitucional comentado divide

en forma categórica las actividades de imperio de la autoridad Judicial y del Ministerio Público; las de aquella como exclusivas para la imposición de penas, y las de éste como a quien incumbe la persecución de los delitos. El empleo del transitivo "persecución" y del tiempo verbal neutro "incumbe", uno y otros empleados en la redacción del artículo citado, denotan que la acción del Ministerio Público es ya, de por sí imperativa, puesto que está a cargo de él, o en su obligación de ejercerla, esa persecución. Pero si esta acción es función de imperio, al igual que la de el Juez, en cuanto ejerce la de imponer penas, y la de este último esta sujeta a control, en final término y por provenir de autoridad, del Juicio de Garantías, no obstante su exclusividad, con mayor razón debe estarlo aquella; pero que no siendo exclusiva, sino solo de su incumbencia, es proveniente también de autoridad. De aquí que proceda a concluir que si el Agente del Ministerio Público no intenta la acción penal porque su voluntad de ejercer la función persecutoria no se inclina a ello, su acto decisivo, aún cuando de calidad negativa, debe estar sujeto, por los efectos positivos que entraña a una revisión, a un control Constitucional que permita apreciar si aquel se estructuró o no con apego a los presupuestos de legalidad. Lo contrario equivaldría a ampliar las facultades del Ministerio Público a órbitas que el artículo 21 Constitucional no concentra en él y darle una primacía de imperio y de acción decisoria superiores a las que el texto aludido confiere a la autoridad Judicial, super visada por el Juicio Constitucional NO OBSTANTE QUE SU FACULTAD LE ES PROPIA Y EXCLUSIVA. (Tomo LXXXVIII, Pag. 2118. Amparo Penal 5224/45. Olivera Moreno, Jesús, 7 de Junio de 1946. Mayoría de tres votos.) 46

Es evidente, que la Jurisprudencia transcrita, intenta darle al Agente del Ministerio Público la obligación de accionar; aunque nótese que la misma fué dictada en 1946.

En cierta manera, es cierto que es una obligación Cons-

46) GONGORA PIMENTEL, GENARO DAVID y ACOSTA ROMERO, MIGUEL: "Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos"; México, Edit. Porrúa, S. A., 3a. Edic., 1987, Pag. 399.

titucional para dicha institución, pero, dicha acción, es propia y exclusiva; debido al respeto a la Trilogía procesal, siempre se requerirá que sea un órgano ajeno al Poder Judicial quien acuse.

De tal forma que en ningún momento la Justicia de la — Unión pueda substituir la voluntad Judicial del Agente del Ministerio Público para condenar el ejercicio de la acción penal; y el hecho de que el Ministerio Público no acuse, no viola Garantías, pero si lo hace incurrir en responsabilidad tanto administrativa por su negligencia en el actuar como civiles por los daños y perjuicios — que pudiera ocasionar la no acción y penales por el posible abuso — de autoridad.

La siguiente Jurisprudencia, también se refiere a esta situación, y nos asegura:

ACCION PENAL.— Su ejercicio corresponde exclusivamente al Ministerio Público; de manera que, — cuando él no ejerce esa acción, no hay base para el procedimiento; y la sentencia que se dicte — sin tal acción que haya ejercicio del Ministerio Público, importa una violación de garantías consagradas en el artículo 21 Constitucional." (Tesis Jurisprudencial, VI. 1917 - 1975. 2a. Parte. Primera Sala. Pag. 13.) 47

No debemos olvidar, que la función administrativa que — cumple el Agente del Ministerio Público, responde directamente a to da la normatización de todo el Derecho Administrativo.

En tal forma, el hecho de que esta institución no realice el ejercicio de la acción penal, no hay poder que lo obligue a — ello. Incluso la misma Jurisprudencia que citamos en primer término, así lo establece, ya que esa facultad le es propia y exclusiva.

47) Idem. Pag. 398.

Y realmente es exclusiva, esto, debido a los conceptos de la trilogía procesal, en donde una parte ataca, otra se defiende y un órgano investido de jurisdicción resuelve y dice y decide el de recho entre las partes.

Así, esta situación del Agente del Ministerio Público, se va a confirmar aún más, con lo establecido en el artículo 2 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en el cual se establece lo siguiente:

ARTICULO 2.- Al Ministerio Público corresponde el ejercicio exclusivo de la acción penal, la cual tiene por objeto:

- I.- Pedir la aplicación de las sanciones establecidas en las leyes penales;
- II.- Pedir la libertad de los procesados en la forma y términos que previene la Ley;
- III.- Pedir la reparación del daño, en los términos especificados en el Código Penal." 48

El artículo citado, anterior a la reforma, solamente incluía sus fracciones I y III actuales, esto es, pedir la aplicación de sanciones y pedir la reparación del daño ocasionado.

Con las nuevas reformas, se intenta establecer con extrema deficiencia, el desistimiento de la acción, y decimos que la reforma estructurada al segundo artículo del Código de Procedimientos Penales es totalmente errónea, contradictoria a la misma legislación, debido a que jamás la acción penal tendrá por objeto pedir la libertad del procesado.

La acción penal, siempre tendrá por objeto que se ini—

48) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, México, Edic. Delma, 2a. Edic., 1991, Pag. 2.

cie un procedimiento donde se investigue, y su actualización del - ejercicio de la acción penal en conclusiones acusatorias del Agente del Ministerio Público, será sin duda la manera a través de la - cual se pida la aplicación de la pena y la reparación del daño.

Claro esta que existe el desistimiento de la acción, -- cuando este es ratificado por el Procurador; en tal forma que esto -- solamente responde a la idea del desistimiento de la acción, pero -- no es un objetivo directo de la acción penal, es como decir que el -- Agente del Ministerio Público uno de sus objetivos es defender al -- acusado.

Hechas las aclaraciones anteriores, vamos a proseguir -- con las funciones que la legislación le encomienda al Agente del Mi -- nisterio Público.

En lo que es la Ley Orgánica de la Procuraduría General para el Distrito Federal, se le dan al Agente del Ministerio Público, atribuciones generales, para investigar los delitos de los cuales en un momento determinado tuviese conocimiento de los mismos.

Y es en el Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, en donde ya se centran un poco más las funciones de el Agente del Ministerio Público.

Así, podemos citar tanto facultades que la Ley Orgánica le dá, y facultades que el Reglamento de la Ley Orgánica le establece.

Estas dos legislaciones, otorgan al Ministerio Público -- atribuciones en investigación de delitos, el ejercicio de la acción penal, el ser parte persecutoria del delito en el procedimiento, y -- por último, actualizar la investigación, en base a sus conclusiones

acusatorias al final del proceso.

En general, toda la función del Ministerio Público está basada en cinco puntos, que son los primeros que el artículo segundo de la Ley Orgánica de la Procuraduría del Distrito Federal establece.

Dicho artículo nos dice:

ARTICULO 2.-- La institución del Ministerio Público del Distrito Federal, presidida por el Procurador de Justicia del Distrito Federal, en su carácter de representante social, tendrá las siguientes atribuciones, que ejercerá por conducto de su titular o de sus Agentes y auxiliares, con forme a lo establecido en el artículo 7 de esta Ley:

- I.- Perseguir los delitos del orden común cometidos en el Distrito Federal;
- II.- Velar por la legalidad en la esfera de su competencia como uno de los principios rectores de la convivencia social, promoviendo la pronta, expedita y debida procuración e impartición de justicia;
- III.- Proteger los intereses de los menores, incapaces, así como los individuales y sociales en general, en los términos que determinen las leyes;
- IV.- Cuidar la correcta aplicación de las medidas de política criminal, en la esfera de su competencia y
- V.- Las demás que las leyes determinan." 49

Nótese como ya se le esta dando una calidad más significativa al Agente del Ministerio Público, y que es el ser el representante de la sociedad.

49) Código de Procedimientos Penales, México, Edit. Porrúa, S. A., 42a. Edic., 1990, Pag. 588.

Misión que debe de realizar persiguiendo el delito, y - tratando de que la seguridad jurídica que el principio de legalidad que vimos en el capítulo segundo esté respetado por todas las autoridades.

En este sentido el maestro Borja Osorno, nos comenta - dicha función del Ministerio Público con las siguientes palabras:

"El Ministerio Público representa intereses generales y según sea la personificación de los - intereses generales, así será el tipo de Ministerio Público que se obtenga. Para unos, la - personificación es la sociedad; para otros, el Poder Ejecutivo y, finalmente también se dice - que personifica a la Ley." 50

El hecho de que cuando el Ministerio Público evoluciona, y llega a establecerse como uno de los pilares de la administración y procuración de justicia, es en ese momento cuando se le - empiezan a delegar funciones que van más allá de la persecución del delito. Al grado de que tiene que representar ahora a la sociedad en general, en tal forma que no solo persigue el delito, sino que - vigila diversas situaciones tan especiales, como es el concepto de legalidad en todas las actuaciones de autoridad.

Ahora bien, si quisieramos transcribir una obligación - que tiene el Jefe de todos los Ministerios Públicos como es el Procurador General de Justicia, y que esta vertida en dos fracciones - del artículo quinto de la Ley Reglamentaria de la Ley Orgánica de - la Procuraduría del Distrito Federal, dicho artículo establece:

ARTICULO 5o.- El Procurador General de Justicia del Distrito Federal, ejercerá las siguientes - atribuciones no delegables:

50) BORJA OSORNO, GUILLERMO: "Derecho Procesal Penal"; México, Puebla, Edit. José M. Cajica Jr., S. A., 1969, Pag. 99.

XIII.- Dar al personal de la institución las instrucciones generales o especiales para el cumplimiento de sus atribuciones y funciones para lograr la unidad de acción del Ministerio Público, mediante la expedición de acuerdos y circulares correspondientes.

XVI.- Dictar las medidas para investigar las detenciones arbitrarias que se cometan u otros abusos de autoridad, promoviendo lo conducente para su sanción y adoptar las medidas legales pertinentes para hacer cesar aquellas o los efectos de los abusos." 51

Esa obligación que señala la Ley, la tiene que desempeñar por sí mismo, esto es en forma personal el señor Procurador de Justicia del Distrito Federal, ya que son atribuciones que la Ley establece como no delegables.

Así, tenemos como es sin duda el obligado a observar — que no existan detenciones arbitrarias, el señor Procurador de Justicia del Distrito Federal.

El Agente del Ministerio Público como subordinado del Procurador, atiende las órdenes de éste, y si es acaso que el mismo Ministerio Público detiene arbitrariamente a las personas, es sin duda por la tolerancia del Procurador.

En este sentido, quisieramos hacer la transcripción de un nuevo artículo reformado del Código de Procedimientos Penales, — en donde ya se establece la obligación directa de que cualquier detención debe de ceñirse directamente a lo establecido por el artículo 16 Constitucional. Esta reforma está contenida en el artículo 132 de el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en los siguientes términos:

51) Idem. Pag. 603 y 605.

ARTICULO 132.- Para que un Juez pueda librar órden de dención contra una persona, se requiere:

- I.- Que el Ministerio Público haya solicitado - la detención y
- II.- Que se reunan los requisitos fijados por el artículo 16 de la Constitución Federal.

Queda prohibido detener a cualquier persona sin órden de aprehensión librada por Tribunal competente, excepto cuando se trate de delito flagrante o de casos urgentes en que no haya lugar a alguna autoridad judicial, tratándose de los delitos que se persiguen de oficio, conforme a lo dispuesto por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Solo el Ministerio Público puede, con sujeción a este precepto, determinar que personas que dan en calidad, sin perjuicio de las facultades que correspondan al Juez o Tribunal de la causa. La violación de estas disposiciones hará plenamente responsable al Ministerio Público o funcionario de la Policía Judicial que decreta la detención. La persona detenida en contravención a lo previsto a este artículo será puesta inmediatamente en libertad! 52

Ya más legislación, consideramos que no puede ser; si - ya la Constitución a través de los tiempos se dejó de respetar, consideramos que lo que son las fracciones XIII y XVI del artículo - quinto de el Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría del Distrito Federal y la nueva disposición contenida en el artículo - 132 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, a lo largo del tiempo les pasara lo mismo. Lo que se requiere evidentemente, es que se instruya a la sociedad en general, más que nada, respecto no solo de las nuevas reformas, sino de los conceptos Constitucionales, a fin de que puedan hacer valer sus derechos rápidamente.

En general, las facultades del Ministerio Público en este aspecto, llegan a ser bastante amplias, más todavía, por el hecho de que es señalado como ese órgano representante de la sociedad y del interés colectivo a través del cual, se ha de ejercitar la acción penal.

Por lo que se refiere a la Policía Judicial, ésta desde la Constitución Federal, se ha establecido como ese órgano auxiliar del Agente del Ministerio Público. En tal forma que deberá indispensablemente seguir las instrucciones que el Agente del Ministerio Público le ordene, y no así las de sus respectivas comandancias, ya que son órganos que dependen directamente de el Agente del Ministerio Público.

De lo anterior, que no nos explicamos porque en el Distrito Federal, existe todo un edificio en la Merced, en donde están situadas las comandancias de la Policía, y donde se concentra toda la Policía Judicial, si la misma debe estar adscrita a el Agente — del Ministerio Público respectivo de quien es legalmente auxiliar. Esto denota claramente una responsabilidad directa de quien dirige a la Procuraduría.

Por otro lado, el último párrafo de la reciente reforma del artículo 132 del Código de Procedimientos Penales, ya establece una responsabilidad de tipo penal y le da a ser abuso de autoridad, para quien realice una detención fuera de los términos del artículo 16, y esto quiere decir o con orden judicial o en los casos de flagrante delito al que ya nos referíamos anteriormente.

Ahora bien, la Ley Orgánica al hablarnos de la Policía Judicial, establece en su artículo 21 que:

"La Policía Judicial actuará bajo la autoridad

y mando inmediato del Ministerio Público, en — los términos del artículo 21 Constitucional, au— xiliándolo en la investigación de los delitos — del orden común. Para este efecto, podrá reci— bir denuncias y querellas solo cuando por la ur— gencia del caso no sea posible la presentación directa de aquellas ante el Ministerio Público, pero deberá dar cuenta sin demora a éste para — que se acuerde lo que legalmente proceda. Con— forme a las instrucciones que se le dicten, la Policía Judicial desarrollará las diligencias — que deben practicarse durante la averiguación — previa y exclusivamente para los fines de ésta, cumplirá las citaciones, notificaciones y pre— sentaciones que se le ordenen, y ejecutará las órdenes de aprehensión, los cateos y otros man— damientos que emita la autoridad Judicial." 53

Lo anterior quiere decir que un particular, al acercar— se a las comandancias ilegalmente instaladas; y trate de contratar — a algún Policía Judicial para que vaya a detener a alguna persona, — esta situación, evidentemente es ilegal, y compromete en responsabi— lidad no solamente al Policía Judicial, sino también a sus jefes, — que es el AGente del Ministerio Público ante quien debe de presen— tarse a labores, debido a que es a quien va a audliar en el perse— guimiento de el delito.

Así, no se deben de establecer las comandancias, sino — que toda la Policía debe de destacarse a las Agencias del Ministe— rio Público, para el efecto de que sirvan legalmente a la institu— ción a la cual quedaron debidamente adheridos como es el Agente del Ministerio Público.

Esto, nos lo confirma la misma legislación, en su ar— tículo 20 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría del Distrito Federal, el cual establece los siguientes conceptos:

ARTICULO 20.- La Dirección de Policía Judicial, tendrá las siguientes atribuciones:

- I.- Investigar los hechos delictuosos en los que los Agentes del Ministerio Público soliciten su intervención, así como aquellos de que — tenga noticia directamente, debiendo en este caso hacerlo del conocimiento inmediato del Agente del Ministerio Público que corresponda;
- II.- Buscar las pruebas de la existencia de los delitos y las que tiendan a determinar la — responsabilidad de quienes en ellos participaron;
- III.- Entregar las citas y presentar a las personas que les soliciten los Agentes del Ministerio Público para la práctica de alguna diligencia;
- IV.- Ejecutar las órdenes de presentación, comparecencia, aprehensión y cateo que emitan los órganos jurisdiccionales;
- V.- Poner inmediatamente a disposición de la autoridad competente a las personas aprehendidas y a las que deban ser presentadas por — orden de comparecencia;
- VI.- Llevar el registro, distribución, control y trámite de las órdenes de presentación, comparecencia, aprehensión, y cateo que giren — los órganos jurisdiccionales y las de presentación o investigación que despache el Ministerio Público; el control de radio, de la — guardia de Agentes y del personal de la Policía Judicial en cuanto a los servicios que — presta;
- VII.- Rendir los informes necesarios para su intervención en los juicios de Amparo;
- VIII.- Las demás que le señalen las disposiciones — legales y reglamentarias aplicables y las — que le confieran el Procurador y sus superiores jerárquicos en el ámbito de sus atribuciones.

La investigación policiaca se sujetará en todo momento al principio de respeto de los derechos de los individuos y se ejercerá con estricto apego a la legalidad. El Ministerio Público en cada caso concreto instruirá a la Policía Judicial sobre los elementos o indicios que deben ser investigados o recabados para la integración del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad." 54

Nótese que en ningún momento el Reglamento de la Ley Orgánica ordena que la Policía Judicial esté bajo el mando directo de su Comandante. Tampoco establece que siempre estará en su comandancia, y que cuando realice alguna detención, llevará al detenido a su comandancia.

Lo anterior, evidentemente que es una privación arbitraria de la libertad, que responsabiliza no solo a la Policía Judicial sino también al Agente del Ministerio Público y al Procurador General de Justicia del Distrito Federal, ya que es una función de éste que no se puede delegar.

Ahora bien, la misma legislación establece que en los casos en que no se pueda presentar la denuncia la Policía podrá proceder; la verdad, es que en el Distrito Federal hay tantas Agencias del Ministerio Público que es imposible que no se pueda llegar a presentar alguna denuncia ante el Agente del Ministerio Público.

Esto tal vez pueda suceder en el ámbito Federal, en donde hay pocos Agentes del Ministerio Público Federales, pero, para el Distrito Federal esta situación real no sucede.

Por otro lado el Reglamento establece claramente como la Policía Judicial deberá estar a cargo y mando directo de el Agente

54) Idem. Pag. 627 y 628.

te del Ministerio Público.

Así, una de nuestras primeras propuestas, es sin lugar a dudas que todas las comandancias desaparezcan inmediatamente, y - que estas solamente sirvan para fines administrativos del personal, y que todos y cada uno del personal de la Policía Judicial, estén - adscritos a las diferentes Agencias del Ministerio Público, esperando las órdenes de investigación que dicho Agente pueda establecer, para que cumplan su función Constitucional que les fué encomendada.

3.2.- INTEGRACION DE LA AVERIGUACION PREVIA.

Muchos autores consideran a La Averiguación Previa como una etapa procesal; como una etapa en la cual se prepara la acción penal.

Tenemos que establecer algunas definiciones de lo que es la Averiguación Previa, con el fin de extraer de ellas los elementos que han de servirnos para hablar de la integración de la misma.

El maestro César Augusto Osorio y Nieto, al hacer un concepto de lo que es la Averiguación Previa nos dice:

"Como fase del procedimiento penal puede definirse la Averiguación Previa como la etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso, el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, y optar por el ejercicio o abstención penal.

En tanto que Expediente es definible como el documento que contiene todas las diligencias realizadas por el órgano investigador tendientes a — comprobar en su caso el cuerpo del delito y la — presunta responsabilidad y decidir sobre el ejercicio o abstención de la acción penal." 55

Dos elementos son principales para la integración de la Averiguación Previa:

- 1.- El cuerpo del delito;
- 2.- La presunta responsabilidad.

El fin directo de la Averiguación Previa como el maestro Osorio y Nieto lo establece, es sin duda una resolución en la — que se ejercite la acción penal, se abstenga de ejercitarla, se mande a la reserva, o definitivamente al archivo u otra más bien podría ser el hecho de que la Averiguación Previa se pase a mesa de trámite en donde se prolonga el período de la investigación.

Si recordamos los elementos de los que hablábamos en el inciso 2.1, referente a los requisitos de procedibilidad que establece la Constitución; notaremos que la averiguación debe empezar — por una denuncia, que como decíamos es la noticia general que tiene el Agente del Ministerio Público y que lo hace intervenir; o por — acusación, que será la imputación categórica de un hecho delictuoso; y por último la querrela, como requisito de procedibilidad en — los delitos como el adulterio, el abandono de cónyuge y otros delitos, establece la legislación como necesarios.

Los conceptos de querrela y denuncia, ya los hemos analizado anteriormente por lo que ya sabemos como se inicia la averiguación previa; ahora bien que es lo que el Ministerio Público debe

55) OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO: "La Averiguación Previa"; México, Edit. Porrúa, S. A., 1a. Edic., 1981, Pág. 15 y 16.

buscar en esa averiguación; como decíamos en primera instancia tiene de a comprobar el cuerpo del delito. Para establecer el cuerpo del delito, debe de integrar todos y cada uno de los elementos que forman parte del tipo que describe al delito.

Como por ejemplo, para que se integre el cuerpo del delito referente al abuso de autoridad establecido en la fracción VI y VII del artículo 215 del Código Penal se requerirán los siguientes elementos:

- 1.- Que el sujeto activo sea encargado de un establecimiento o centro de reclusión.
- 2.- Que reciba a una persona detenida sin los requisitos legales (sin el cumplimiento de orden de aprehensión, o sin el cumplimiento de algún arresto).
- 3.- Que la mantenga en dicho establecimiento privada de su libertad.
- 4.- Que no dé parte a ninguna autoridad del hecho.
- 5.- Que en un momento determinado niegue que dicha persona esté detenida. Si es que la tuviere.
- 6.- Que no acate la orden de libertad girada por el Juez.

En estos casos el Agente del Ministerio Público deberá comprobar en un principio, a través del nombramiento por el cual se establece el puesto de encargado de cualquier establecimiento destinado a la ejecución de sanciones privativas de la libertad; por lo

que será una de las diligencias que el Agente del Ministerio Público deba realizar.

Al respecto de las diligencias que el Agente del Ministerio Público ha de realizar, para encontrar esos dos elementos, el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, el maestro Osorio y Nieto, nos expresa cuales serán las diversas diligencias a realizarse al decir que:

"Las diligencias básicas serán:

- a) Lugar, fecha, hora y Agencia investigadora - en que se inicia la averiguación previa y - funcionario que ordena su inicio;
- b) Síntesis de los hechos;
- c) Declaración de quienes proporcionan la noticia del delito;
- d) Declaración del ofendido;
- e) Declaración de testigos si los hubo y si están presentes;
- f) Recabar la calidad del sujeto activo de ser encargado de establecimiento o centro de reclusión;
- g) Declarar al presunto responsable si se encuentra presente;
- h) Solicitar intervención de la Policía Judicial según el criterio del Agente investigador del Ministerio Público, atendiendo las - circunstancias específicas del caso concreto;
- i) Realizar la inspección ministerial o inspección ocular en el lugar de los hechos;
- j) Dar fé de documentos, en especial del nombramiento de ser encargado del establecimiento o centro de reclusión;

- k) Dar fé de orden de libertad girada por el Juez y agregarla al expediente;
- l) Determinación en caso de integrarse el cuerpo del delito en las modalidades que el artículo 215 fracciones VI y VII previenen, y la presunta responsabilidad, el Agente investigador del Ministerio Público determinará el ejercicio de la acción penal y la elaboración de la ponencia de consignación." 56

Tenemos como las diligencias básicas a realizar, cada una de ellas, va a aportar los elementos que necesitamos para que se integre el cuerpo del delito.

Ahora bien, respecto de las reglas legales que han de observarse en los casos de privación ilegal de la libertad por funcionarios o abuso de autoridad privando de su libertad a un sujeto, los artículos 94, 95 y 122 del Código de Procedimientos Penales, — también señalan algunas situaciones concretas por las que se ha de establecer también el cuerpo del delito. Y que el Agente del Ministerio Público, deberá observar minuciosamente.

A este efecto, dice el artículo 94, 95 y 122 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal que:

ARTICULO 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, — recojiéndolos si fuere posible."

ARTICULO 95.— Cuando se encuentren las personas o cosas relacionadas con el delito, se describirán detalladamente su estado y las circunstancias conexas."

ARTICULO 122.— El cuerpo del delito se tendrá — por comprobado cuando se acredite la existencia

56) OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO; "La Averiguación Previa"; México, Edit. Porrúa, S. A., 1a. Edic., 1981, Pag. 137 y 138.

de los elementos que integran la descripción de la conducta o hecho delictuoso según lo determina la Ley penal. se atenderá para ello, en su caso, a las reglas generales que para dicho efecto previene este Código." 57

Por lo anterior, la integración del cuerpo del delito - de abuso de autoridad por privación ilegal de la libertad, va a seguir la regla general contenida en el artículo 122 del Código de Procedimientos Penales, el Ministerio Público, deberá integrar a través de las diligencias que el maestro Osorio y Nieto nos ha señalado, su averiguación previa debidamente, estableciendo la comprobación del cuerpo del delito y la presunta responsabilidad.

Por lo que se referiría a la fracción VII del artículo 215 del Código Penal, el Ministerio Público requerirá:

- 1.- Que una persona tiene conocimiento de una privación de la libertad y no la denunciare, siendo que dicha persona invariablemente es una autoridad o funcionario público.
- 2.- Además de que si dentro de las atribuciones de esta persona esta el poder cesar aquella privación ilegal de la libertad, el no hacerlo, también lo compromete al delito como responsable por si mismo; y no como encubridor.

Así invariablemente se requerirá para empezar la diligencia respecto del nombramiento del sujeto activo del delito, luego que exista una privación que vaya en contra de lo dispuesto por el artículo 16 Constitucional.

57) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, México, Edit. Delma, 2a. Edic., 1991, Pag. 23 y 30.

La inspección judicial por la cual se remonta el Ministerio Público al lugar de los hechos, para hacer las observaciones que estime oportunas.

En este aspecto, van a proceder todos los delitos; esto es, que cada tipo que previene el Código Penal para su debida integración se requerirá que los elementos del tipo estén demostrados.

La violación de garantías individuales a que se refiere el artículo 364 fracción II del Código Penal requerirá:

- 1.- Que una persona viole en perjuicio de otra los derechos y garantías establecidas en la Constitución.

Lo anterior quiere decir que el sujeto activo del delito puede ser cualquier persona y que en el momento en que no respete una garantía, sea de libertad, sea de asociación, sea de petición, sea de legalidad, etc., etc., en ese momento, la autoridad o cualquier otra persona, estarán violando garantías en perjuicio de otro, ya que al no respetarla puede llegar el momento en que se le ocasione al sujeto pasivo del delito un perjuicio.

La jurisprudencia, al hablarnos del cuerpo del delito, nos dice:

CUERPO DEL DELITO, concepto de; por cuerpo del delito, debe entenderse el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la Ley penal. (Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965 del Semanario Judicial de la Federación. 2a. Parte. 1a. Sala. Pag. — 186). 58

58) OBREGON HEREDIA, JORGE: "Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal", México, Edit. Porrúa, S. A., 4a. Edic., — 1987, Pag. 67.

El Agente del Ministerio Público será la autoridad por medio de la cual se vaya a establecer o se vaya a lograr la integración del cuerpo del delito que los tipos delictivos previenen de conformidad con la misma legislación.

Esto debido a que el Código de Procedimientos Penales - para el Distrito Federal establece una reglamentación especial para la integración de los cuerpos del delito, y que está contenida del artículo 94 hasta el artículo 124, en donde incluso se señalan reglas especiales para algunos delitos y la forma en que debe encuadrarse el cuerpo del delito.

Toda esa maquinaria de la que es responsable el Agente del Ministerio Público, va a substituir la acción del ofendido para investigar el delito y darle la acción al Ministerio Público.

El ofendido una vez que ha sido dañado en su persona, - patrimonio o derecho, no necesita pagar un Investigador, no necesita pagar un Médico que le clasifique las lesiones, no necesita pagar un perito para establecer la falsificación de documentos u otra situación análoga.

El Estado, está obligado a ello por virtud y mandato de la soberanía. Así a través de las Leyes que hace valer por medio de su Poder Legislativo, y que ordena al gobierno establecer normas que sirvan para brindar la seguridad jurídica a la población en general y que está plasmado en el artículo 21 Constitucional.

Otra de las situaciones que el Ministerio Público debe establecer, es el hecho de que deba tener una presunta responsabilidad. El maestro Franco Sodi al hablarnos de estas situaciones nos dice:

"Habrá indicios de responsabilidad y, por tanto responsabilidad presunta cuando existen hechos o circunstancias accesorias al delito y que permiten suponer fundadamente que la persona de que se trata ha tomado participación en el delito ya concibiéndolo, preparándolo o ejecutándolo, ya prestando su cooperación de cualquier especie por acuerdo previo o posterior, o ya induciendo a algunos a cometerlo." 59

Este indicio debe estar fundado, esto es que no basta que se suponga pudo haber sido esa persona, sino que se requieren indicios fundados como son huellas dactilares, como es la declaración de testigos y en general, alguna prueba que establezca un indicio verdadero y fundado que haga presunta la responsabilidad.

Así, tenemos como dos son principalmente los elementos que deben integrarse en la averiguación previa, y estos son el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad.

Pero, el objetivo directo de que se ejercite la acción penal, es el que está establecido en el artículo segundo del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, mismo que a la letra dice:

ARTICULO 2.- Al Ministerio Público corresponde el ejercicio exclusivo de la acción penal, la cual tiene por objeto:

- 1.- Pedir la aplicación de las sanciones establecidas en las Leyes penales.
- 2.- Pedir la libertad de los procesados en la forma y términos que previene la Ley.
- 3.- Pedir la reparación del daño en los términos especificados en el Código Penal." 60

59) FRANCO SODI, CARLOS: "El Procedimiento Penal Mexicano"; México, Edit. Porrúa, S. A., 3a. Edic., 1946, Pag. 201.

60) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; México, Edit. Delma, 4a. Edic., 1991, Pag. 2.

Realmente el perseguir el delito, significará pedirle - al Juez aplicar lo establecido por el tipo después de que el sujeto activo ha sido oído y vencido en juicio. En estos términos es preciso dejar asentado en claro que se requerirá el delito o la conducta ilícita, para poder ejercer la acción penal.

Hablando de la punibilidad el maestro Fernando Castellanos Tena nos comenta:

"La Punibilidad consiste en el merecimiento de una pena en función de la realización de cierta conducta. Un comportamiento es punible cuando se hace acreedor a la pena; tal merecimiento acarreará la conminación legal de la aplicación de la sanción.

En resumen, Punibilidad es: A) Merecimiento de penas. B) Amenaza estatal de imposición de sanciones si se llenan los presupuestos legales y, C) Aplicación fáctica de las penas señaladas en la Ley." 61

Todos y cada uno de los elementos que forman el tipo de ben estar demostrados a través de las diversas diligencias que realiza el Ministerio Público en su Agencia y fuera de ella en la averiguación previa para integrar debidamente el cuerpo del delito.

En este sentido hay que considerar, que todas esas acciones, van a ser originadas por cierta conducta, en tal forma que esta presentará la presunta responsabilidad.

Esa conducta que la legislación ha considerado como no cívica, y que requiere de una sanción corporal para que el sujeto readapte su conducta hacia la sociedad.

61) CASTELLANOS TENA, FERNANDO: "Lineamientos Elementales de Derecho Penal"; México, Edit. Porrúa, S. A., 15a. Edic., 1981, — Pag. 267.

En este aspecto podemos decir que el Derecho trata de prevenir la conducta, pero cuando esta se realiza va a buscar que dicha conducta se punibilice, y una vez logrado este objetivo buscará que el sujeto activo se readapte hacia los fines de la sociedad en general.

3.3.- LA ACCION PENAL, EFECTOS Y CONSECUENCIAS.

Será el Ministerio Público quien tenga que ejercitar la acción, y a través de esta institución se pueda buscar una pena a la conducta delictiva, y el resarcimiento o la reparación del daño ocasionado por medio del órgano jurisdiccional.

Para tener una idea general de lo que es la noción de la acción penal vamos a citar el criterio del Licenciado Jiménez Asenjo, el cual nos dice al respecto:

"Pueden distinguirse tres significaciones claras en la acción, delimitadoras de diferentes esferas jurídicas entre sí: 1.- La clásica, expresa, como concepto, en la definición de Justiniano, que se refiere al contenido del Derecho. La segunda como acto de acudir ante los Tribunales pidiendo justicia, y se refiere al medio o forma de ejecutar oficial y coactivamente aquel contenido. Y tercero como medio otorgado por la Ley para ejecutar jurídicamente nuestra pretensión; se fija concretamente en la realización material del Derecho por los Tribunales. En la acepción primera es un derecho, en la segunda un hecho y en la tercera un medio. Aquella es propia del Derecho Sustantivo; las dos últimas del Derecho Procesal. La acción, pues, no cabe confundirse

con el Derecho... Aquella es el medio, el derecho, el objeto del fin; tampoco con el escrito - de demanda, alta petitoria por la que se pone en acción el proceso, o la acción en el proceso."62

La acción, si forma parte del Derecho, debido a que es la consecuencia y objeto mismo del Derecho. Así, tanto es un derecho, un medio y un fin.

Es un derecho, por ser la consecuencia del mismo; es un fin, debido a que este es el objetivo del Derecho en general, y es el medio a través del cual, se va a lograr el objetivo más genérico del Derecho Penal que es punir la conducta y buscar la reparación - del daño. Por su parte, el maestro Borja Osorno, nos dice:

"Definimos la acción como el poder de ejercitar la jurisdicción y actuar en el proceso frente a una relación de Derecho Penal, independientemente de su resultado." 63

La acción penal, puede también ser un poder y deber de ese órgano del Estado que es el Ministerio Público, lo anterior, debido a que refleja un concepto de autoridad, pero que tiene deberes para con la sociedad en general.

En tal forma que la misma acción penal, debe forzosamente de extirpar al órgano jurisdiccional, esto es al momento de radicarse la acción penal, en ese momento, vamos a tener, que el Juez, va a iniciar sus diligencias, a efecto de clasificar el delito y observar si el Agente del Ministerio Público realmente ha establecido el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad en los términos del artículo 16 Constitucional.

62) JIMENEZ ASENJO, ENRIQUE: "Derecho Procesal Penal"; Madrid, España, Revista del Derecho Privado; S/F. Volúmen I, Pag. 158 y 159

63) BORJA OSORNO, GUILLERMO: "Derecho Procesal Penal"; México, Puebla; Edit. José M. Cajica Jr., 1969, Pag. 128.

Ahora bien, este ejercicio de la acción penal, realmente es exclusivo del Agente del Ministerio Público, por lo que no es violatorio de garantías, el hecho de que el Ministerio Público no ejercite la acción penal, sino que esto solo lo hace incurrir en responsabilidad ya sea administrativa, civil o penal dependiendo del dolo con el que el Agente del Ministerio Público no ejercite su acción correctamente.

Para comprender bien estas situaciones, vamos a transcribir la siguiente jurisprudencia:

JURISPRUDENCIA.

"No viola las garantías individuales del que se dice ofendido con los hechos delictuosos, la negativa del Ministerio Público, para ejercitar la acción penal, porque el particular no es titular de un derecho tendiente a exigir el ejercicio de esta acción. Por ende, no puede hablarse de la privación de sus derechos para ese efecto. Compete al Ministerio Público, exclusivamente, el ejercicio de la acción penal y ello obliga a excluir tal acción del patrimonio privado. No es obstáculo para esa conclusión la actitud indebida en que pueda incurrir aquella institución por que en todo caso, ello vulneraría derechos sociales entre los que se encuentra el de perseguir los delitos, lo que podría motivar el consiguiente juicio de responsabilidad en contra del funcionario infractor de la Ley, pero no el Juicio Constitucional que, podría dar como resultado, obligar a la autoridad responsable a ejercitar la acción penal quedando así, al arbitrio de los Tribunales Judiciales de la Federación, la persecución de los delitos que, según el texto y el espíritu del artículo 21 Constitucional, queda excluido de sus funciones. (Amparo en revisión - 2281/57; 7 de Septiembre de 1971, Informe de - 1971)". 64

Con lo establecido, tenemos que el Ministerio Público -

64) GARCIA RAMIREZ, SERGIO y ADATO DE IBARRA, VICTORIA: "Prontuario del Proceso Penal Mexicano"; México, Edit. Porrúa, S. A., 2a. - Edic., 1982, Pag. 34.

solo incurre en responsabilidad, cuando deja de ejercitar su acción penal, y esto, debe de ser susceptible de demostración en juicio, de responsabilidad oficial en primera instancia, para luego una vez — acreditada la responsabilidad abrir o pedir el resarcimiento, aunque si dicha conducta constituye un delito bien puede abrirse la denuncia respectiva. Así, la acción penal va a ser totalmente potestativa de el Agente del Ministerio Público; siendo este el criterio de la noción actual y práctica que se le ha dado en la averiguación previa.

En el momento de producir sus efectos y excitar al órgano jurisdiccional, busca una consecuencia directa en la acción penal como es el que el Poder Judicial a través de esa jurisdicción — que tiene sobre los individuos, le dé una pena a la conducta ilícita que se demuestre, y luego la condena a la reparación del daño, — también en los términos establecidos por la legislación aplicable.

Las consecuencias directas de la acción penal son el — buscar que se sancione con la pena respectiva a la conducta ilícita y la reparación del daño.

Como resultado de la jurisprudencia transcrita con anterioridad relacionada con la procedencia del Amparo en contra del Agente del Ministerio Público por no intentar la acción penal podemos señalar que obliga a dicha autoridad a ejercitar su acción, ya que considera violatorio de garantías del que se dice ofendido, con tradiciendo ésta a lo dispuesto en el Código de Procedimientos Penales en su artículo segundo en el que se establece que unicamente — corresponde al Agente del Ministerio Público el ejercicio de la acción penal.

Por lo antes señalado y con base en dicho artículo y la jurisprudencia que en último término señalamos en la que se mencio-

na que no existe violación de garantías individuales del ofendido, si el Ministerio Público no ejercita dicha acción, consideramos que no es violatorio el que no se ejercite la ya mencionada acción, debido a que es facultad exclusiva de él y por lo tanto es quien decide si se reúnen los elementos necesarios para ejercitar su acción penal.

Consideramos importante destacar que actualmente en la práctica no es considerado violatorio de Garantías Individuales el hecho de que la acción penal no sea ejercitada por el Agente del Ministerio Público y por lo tanto no procede el Amparo contra dicha autoridad por tal circunstancia. Ya que únicamente existe la jurisprudencia de 1946 del 7 de Junio en la que sí se admite el Amparo, siendo que todas las posteriores relacionadas con ese hecho lo declaran improcedente.

3.4.- EL DELITO, LA PENA Y LA DETENCION DEL DELINCUENTE.

Partiendo de la base que expresa el artículo siete del Código Penal en relación a que: "Delito es el acto u omisión que sancionan las Leyes penales"; vamos a tener que solamente cuando existe este tipo o cuando existe la descripción, será en ese momento, cuando podamos hablar de delito, y su persecución.

Además de que el tercer párrafo del artículo catorce, obliga a aplicar la Ley exactamente al caso concreto de que se trate al decir:

"En los Juicios del Orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una Ley exactamente aplicable al delito de que se trata." 65

Ahora bien, hay delitos en los que no se puede detener al delincuente, esto es en los delitos en donde la pena es alternativa, o simple y sencillamente la pena es pecuniaria. Así, para entender esto, vamos a ir estableciendo el concepto de pena. Raúl — Goldstein al hablarnos de la pena nos dice:

"Es la disminución de un bien jurídico con que se amenaza y que se aplica a quien viola un precepto legal.

La norma penal tiene un antecedente, que es la descripción de determinada conducta, y un consecuente que es la pena. La realización de la conducta es la condición para que la pena se aplique.

El estudio del fundamento y de la función de la pena es, en gran parte, el estudio del fundamento y de la función del Derecho Penal, porque el principal efecto del delito, respecto de su autor, es la pena; la aplicación de la pena es la consecuencia más trascendental del Derecho Represivo." 66

Nótese como el objetivo del Derecho Penal ya trae aparejada la pena para las conductas descritas en los tipos penales.

Si nos acordamos de lo expuesto en el inciso 1.1 en donde establecimos que el Derecho Penal constituye una normatividad y relacionado con otras circunstancias de las que hablábamos en el numeral 1.4 en relación con la libertad del hombre en la sociedad y el Derecho Penal, veremos como el Derecho Penal en general, va enfo-

65) Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, México, Edit. Porrúa, S. A., 89a. Edic., 1990, Pag. 13.

66) GOLDSTEIN, RAUL: "Diccionario de Derecho Penal y Criminología"; Buenos Aires, Argentina; Edit. Astrea, 2a. Edic., 1983, Pag. — 527.

cado a:

- 1.- Prevenir la conducta.
- 2.- Sancionar o castigar la conducta cuando esta se exterioriza.
- 3.- Tratar de readaptar al delincuente para integrarlo a la sociedad.

El delito y la pena están íntimamente relacionados, de hecho, no existe delito sin que exista una pena. O para ponerlo en sentido contrario, la pena no existiría si el delito no estuviera.

El maestro Osorio y Nieto, por su parte, al hablarnos de la punibilidad como uno de los elementos de el delito, nos dice:

"El hecho típico, anti-jurídico y culpable debe tener como complemento la amenaza de una pena, o sea debe ser punible y sancionado con una pena el comportamiento delictuoso.

La punibilidad, como elemento del delito ha sido sumamente discutida. Hay quienes afirman — que efectivamente es un elemento del delito y — otros que manifiestan que es solo una consecuencia del mismo. Conforme a la definición de delito que proporciona el artículo 7 del Código Penal podría resolverse que la punibilidad si es elemento del delito..." 67

Que si es un elemento del delito o no lo es lo cierto es de que no puede existir el delito sin pena y la pena sin el delito. De tal forma que existe una íntima relación entre lo que es la conducta descrita como delito y la sanción establecida a esa conducta. Con lo anterior ya tenemos como el delito y la pena, deben —

67) OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO: "Síntesis de Derecho Penal"; México, Edit. Trillas, 1a. Edic., 1984, Pag. 72.

de existir coordinados. En consecuencia de lo anterior llega el momento en que se ha de detener a alguna persona.

Si recordamos todos y cada uno de los elementos que ya hemos vertido en el inciso 2.1 referentes a la fundamentación del acto de molestia, al analizar el marco jurídico de la detención legal, en base al artículo 16 Constitucional, veremos que solamente se puede detener a las personas en dos formas:

- 1.- Orden de aprehensión.
- 2.- Flagrante delito.

Si la integración de la averiguación previa se hace sin detenido, se deberá elaborar su consignación sin detenido, solicitando al Juez libre la orden de aprehensión correspondiente.

Situación diversa la plantea el caso de flagrante delito en el que, llega un momento determinado en que si se detiene a la persona en el momento de la ejecución del delito o en su persecución material, existe la obligación de presentarlo ante la autoridad correspondiente estando autorizada cualquier persona para realizar la detención debido a la flagrancia de delito.

La legislación permite la detención del sujeto en flagrante delito conforme al artículo 266 y 267 del Código de Procedimientos Penales y la parte referente del artículo 16 Constitucional.

Por lo que, ahora toca al artículo 266 establecer nuestros criterios, dicho artículo dice:

ARTICULO 266.- El Ministerio Público y la Policía Judicial están obligados a detener al responso

sable sin esperar a tener orden judicial, en el caso de delito flagrante o de notoria urgencia, cuando no haya en el lugar autoridad judicial." 68

Para entender la flagrancia de delito, vamos a establecer lo que la Ley entiende por flagrante delito y esto, nos lo dice el artículo 267 del Código Procesal Penal en los siguientes términos:

ARTICULO 267.- Se entiende que el delincuente es aprehendido en flagrante delito: no solo cuando es arrestado en el momento de estarlo cometiendo, sino también después de ejecutado el acto de lictuoso, el delincuente es materialmente perseguido." 69

Nótese como la flagrancia de delito solamente puede ser en el momento de estar cometiendo el delito, o cuando después de — ejecutado, el delincuente es materialmente perseguido, esto quiere decir que si logra darse a la fuga en ese momento, ya no estamos en caso de flagrancia de delito.

La Policía Judicial, para justificar su mala actuación, ha tratado de imponer el criterio de que si se prolonga la investigación, con esta se prolonga la flagrancia de delito. Y esa es la idea que tiene la Policía Judicial, y es por eso que se da tanto la comisión de abuso de autoridad.

Ahora bien, pero cuando éste es realmente detenido en ese momento se deberá de radicar inmediatamente su caso frente al Agente del Ministerio Público, el cual deberá proceder conforme al artículo 269 del Código de Procedimientos Penales, mismo que a la letra dice:

68) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, — Edit. Delma, 2a. Edic., 1991, Pag. 61.

69) Idem. Pag. 62

ARTICULO 269.- Cuando el inculpado fuere aprehendido, detenido, o se presentare voluntariamente se procederá inmediatamente de la siguiente forma:

- I.- Se hará constar el día, lugar y hora de su detención, en su caso, así como el nombre y cargo de quienes lo practicaron.
- II.- Se el hará saber la imputación que existe en su contra y, en su caso, el nombre del denunciante así como los siguientes derechos:
 - a) El de comunicarse inmediatamente con quien estime conveniente;
 - b) El de designar sin demora persona de su confianza para quelo 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.

Para los incisos a) y b) se le permitirá utilizar el teléfono o por cualquier otro medio de comunicación.

- III.- Cuando el detenido fuere un indígena que no hable castellano, se le designará un traductor, quien le hará saber los derechos a que se refiere la fracción anterior. Si se tratara de un extranjero, la detención se comunicará de inmediato a la representación diplomática o Consulado que corresponda.
- IV.- La autoridad que decreta la detención, la comunicará de inmediato al servicio público de localización telefónica del Distrito Federal asentando en autos su cumplimiento con indicación de día y hora en que se verificó.
- V.- En todo caso, se mantendrán separados los hombres y mujeres en los lugares de detención." 70

Es de notarse como las garantías individuales plasmadas en los artículos 13 a 23 de nuestra Constitución, en las nuevas reformas, están siendo vertidas a normas procedimentales, y en especial a la averiguación previa.

Esta situación hacia falta, ya que por lo regular la — averiguación previa se realizaba sin tomar en cuenta las garantías individuales.

El hecho de no permanecer incomunicado, el derecho de — defensa, el de no ser compelido a declarar son garantías que anteriormente ya estaban plasmadas, y que ahora han sido establecidas — en el Código de Procedimientos Penales, directamente al hablar respecto de la aprehensión o detención o que se presente voluntariamente, se le harán saber los derechos que tiene, para iniciar su derecho de defensa.

Al respecto, es necesario comentar lo referente al artículo 134 Bis, el cual autoriza al Agente del Ministerio Público a poner tras las rejas, a aquellas personas que por el influjo de estupefacientes, substancias psicotrópicas, o aquellas cuya situación mental denote peligrosidad, o que a criterio de este mismo funcionario crea que dicho sujeto pretenda evadirse a la acción de la justicia, en estos casos se podrá poner tras las rejas a este tipo de — personas.

Ahora bien, el Ministerio Público según el párrafo segundo del artículo 134 Bis va a estar obligado a respetar su derecho de comunicación del presunto responsable, evitando su incomunicación, e incluso existirá un aparato telefónico para que el detenido pueda comunicarse con quien estime conveniente.

Por otro lado, el mismo párrafo del artículo 134 Bis, —

va a señalarnos el punto desde donde debe de comenzar ese derecho — de defensa que tiene el detenido, y esto es, desde el momento en — que es detenido o aprehendido podrá mandar Abogado e incluso una — persona de su confianza que se encargue de su defensa; en tal forma que sobre esta situación, podemos señalar que los artículos 26 y 28 de la Ley Reglamentaria del artículo 5 Constitucional en materia de profesiones, va a obligar a que necesariamente el procesado esté — asistido por Perito en Derecho legalmente autorizado, y aunque auto — riza que una persona de su confianza pueda asistirlo en su defensa, esto no significa que tenga una defensa completa por lo que, el Mi — nisterio Público, puede incluso nombrarle defensor de oficio, me — diante el cual, por estar legalmente autorizado, puede ejercer su — derecho de defensa suficientemente.

Por otro lado, todas las diligencias que han de reali — zarse en la averiguación previa, van a estar supervisadas y pedidas por el Agente del Ministerio Público titular de la misma. Así, el — funcionario perseguidor del delito, tendrá la obligación de respe — tarle los derechos fundamentales al procesado, para que las prácti — cas de sus diligencias tengan un valor probatorio pleno.

El artículo 286 del Código de Procedimientos Penales — para el Distrito Federal, le dá ese valor probatorio a las diligen — cias practicadas por el Agente del Ministerio Público, e incluso a — las de la Policía Judicial siempre que éstas se ajusten a las re — glas relativas que señala el mismo Código.

En tal forma que una persona que es detenida por la Po — licía Judicial, inmediatamente debe ser puesta a disposición de el — Agente del Ministerio Público para que se ajuste a lo que el Código establece.

Lo anterior debido a que la Policía Judicial solamente

podrá levantar actas validamente cuando sea imposible presentar su denuncia ante el Agente del Ministerio Público; cosa que en el Distrito Federal no sucede.

Así tenemos como va a tener diversos derechos el detenido, especialmente los establecidos en el artículo 269 del Código de Procedimientos Penales, derechos que deben de respetarse en el momento de su detención, para que las diligencias tengan valor probatorio pleno que la legislación presupone.

El artículo 271 contempla el derecho que tiene el detenido de poder solicitar su libertad caucional, por tal motivo pasamos a hacer su transcripción:

ARTICULO 271.- Si el acusado o su defensor solicitare la libertad caucional y se tratare de un delito no comprendido en el párrafo 9o. de este artículo, los funcionarios mencionados en el artículo anterior, se concretarán a recibir la petición relativa, y agregarla al acta correspondiente para que el Juez resuelva sobre el particular.

En todo caso, el funcionario que conozca de un hecho delictuoso hará que tanto el ofendido como el presunto responsable sean examinados inmediatamente por los Médicos Legistas, para que estos dictaminen, con carácter provisional acerca de su estado psicofisiológico.

Quando se trate de delito no intencional o culposo, exclusivamente, y siempre que no se abandone al ofendido, el Ministerio Público dispondrá la libertad del inculcado, sin perjuicio de solicitar su arraigo, si éste garantiza mediante caución suficiente que fije el Ministerio Público, no sustraerse a la acción de la justicia, así como el pago de la reparación de los daños y perjuicios que pudieran serle exigidos. Igual acuerdo se adoptará, sin necesidad de caución y sin perjuicio de solicitar el arraigo correspondiente, cuando el delito merezca pena alternati-

va o no privativa de la libertad.

El Ministerio Público fijará de inmediato la garantía correspondiente con los elementos existentes en la averiguación previa una vez que le sea solicitada la libertad del presunto responsable.

El Procurador determinará mediante disposiciones de carácter general el monto de la caución aplicable en los casos de lesiones y homicidio por imprudencia con motivo del tránsito de vehículos y en aquellos en que por estos delitos concurren otros en que sea procedente la libertad cautiva.

Cuando el Ministerio Público deje libre al presunto responsable lo prevendrá para que comparezca ante él mismo para la práctica de diligencias de averiguación, en su caso y concluida ésta ante el Juez a quien se consigne la averiguación previa quien ordenará su presentación y si no comparece ordenará su aprehensión; previa solicitud del Ministerio Público mandando hacer efectiva la garantía otorgada.

El Ministerio Público podrá hacer efectiva la garantía si el presunto responsable desobedeciere, sin causa justificada, las órdenes que dictare.

La garantía se cancelará y en su caso se devolverá cuando se resuelva el ejercicio de la acción penal o una vez que se haya presentado el presunto responsable ante el Juez de la causa y este acuerde la devolución.

En las averiguaciones previas por delitos que sean de competencia de los Juzgados Mixtos de Paz o siendo de los Juzgados Penales cuya pena no exceda de cinco años de prisión el presunto responsable no será privado de su libertad corporal en los lugares ordinarios de detención y podrá quedar arraigado en su domicilio, con la facultad de trasladarse al lugar de su trabajo, si concurre en las siguientes circunstancias:

I.- Proteste ante el Ministerio Público que tramite la averiguación, cuando éste lo disponga.

- II.- No existan datos de que pretenda sustraerse a la acción de la justicia.
- III.- Realice convenio con el ofendido o sus causahabientes, ante el Ministerio Público, de tal forma en que reparará el daño en su caso, cuando no se convenga sobre el monto, - el Ministerio Público con base en una estimación de los daños causados, en la inspección ministerial que practique, en las versiones de los sujetos relacionados con los hechos y en los demás elementos de prueba - de que disponga, determinará dicho monto;
- IV.- Que tratándose de delitos por imprudencia - con motivo del tránsito de vehículos el presunto responsable no hubiese abandonado al lesionado, ni participado en los hechos en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o substancias psicotrópicas.
- V.- Que alguna persona, a criterio del Agente - investigador del Ministerio Público, fundado en los datos que recabe al respecto, se comprometa, bajo protesta, a presentar al - presunto responsable cuando así se resuelva;
- VI.- En caso de que el acusado o la persona a - que se refiere la fracción anterior, desobedeiere sin justa causa las órdenes que dicte el Ministerio Público, se revocará el - arraigo, y la averiguación previa será consignada en su caso, solicitando al Juez competente orden de aprehensión en su contra.
- VII.- El arraigo no podrá prolongarse por más de tres días, transcurridos estos el arraigado podrá desplazarse libremente, sin perjuicio de que el ministerio Público, si así procediere, consigne la averiguación y solicite la orden de aprehensión;

El Ministerio Público hará del conocimiento de los detenidos el alcance de sus derechos así como el término en que puedan ser disfrutados, lo cual deberá constar en la diligencia por separado." 71

Son diversos los derechos que plantea el artículo 271, especialmente, el derecho de otorgar caución, respecto de los delitos, especialmente los imprudenciales siempre y cuando como dice el artículo, que no se abandone a la víctima, o se esté en estado de ebriedad.

En este caso, el indiciado podrá gozar de arraigo domiciliario.

Por otro lado, este artículo va a establecer diversos criterios para el Ministerio Público, y obliga también al Procurador a establecer determinaciones dispositivas de acción, para los casos de lesiones y homicidios por imprudencia con motivo del tránsito de vehículos. El indiciado también podrá pedir su arraigo domiciliario, siempre y cuando sea honorable y existan datos para creer que se aplicará a la acción de la justicia, y de alguna manera ha reconvenido la reparación del daño, de que no hubiese abandonado a la víctima en los casos de delitos imprudenciales, ya que en base al criterio de el Agente del ministerio Público, sea una persona responsable y que se comprometa a presentarse ante dicha autoridad cuantas veces sea requerido.

Ahora bien, una situación muy especial que señala el último párrafo de éste artículo, es que el Ministerio Público hará; nótese como el párrafo no dice puede hacer o deberá hacer, sino que ordena se haga, por lo que esto es un requisito que la Ley ordena al Ministerio Público que diga al detenido la amplitud de sus derechos, e incluso esta diligencia es especial, y debe realizarse por separado, para lograr los efectos que el artículo 286 del Código de Procedimientos Penales establece, esto es que sus diligencias tengan el alcance y el valor jurídico de prueba plena, de lo que el Ministerio Público ha de ser responsable de que se cumpla.

En este aspecto, en la plena práctica, esta circunstancia en muchas de las ocasiones no llega a realizarse ya que solamente se recibe la denuncia, la declaración del detenido, algunas periciales o documentos o testimoniales, y no existe esa diligencia básica en la que se le diga y exprese al procesado la amplitud de sus derechos. Esta situación es necesaria que se realice, ya que forma parte de las garantías de defensa que el procesado tiene desde el momento en que este es detenido. En la práctica, esto no sucede, e incluso, lejos de llevarse a cabo, las circunstancias son diferentes.

Ahora bien, una situación muy importante es cuando la Policía Judicial interviene deteniendo a alguna persona, y no es llevada directamente al Ministerio Público sino a sus propias comancias o separos privados, en donde se genera la privación ilegal de la libertad acompañada de el abuso de autoridad.

En un principio la Policía Judicial partiendo del artículo 21 Constitucional, es auxiliar totalmente de el Agente del Ministerio Público, y estará bajo el mando de éste.

Al respecto, dice el artículo 3o. fracción I del Código de Procedimientos Penales, que:

ARTICULO 3o.- Corresponde al Ministerio Público:

I.- Dirigir a la Policía Judicial en la investigación que ésta haga para comprobar el cuerpo del delito, ordenandole la práctica de las diligencias, que, a su juicio estime necesarias para cumplir debidamente con su cometido o practicando él mismo aquellas diligencias." 72

Nótese como la Policía Judicial, deberá seguir las órde

72) Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, México, Edit. Delma, 2a. Edic., 1991, Pag. 2.

nes del Agente del Ministerio Público, aunque esto en la práctica no se realiza como debe de ser, y serán los Directores Técnicos, - Administrativos, de la Policía Judicial quienes ordenen las investigaciones a realizarse.

Así, la legislación le otorga al Ministerio Público la facultad de dirigir a la Policía como su auxiliar, e incluso, esto viene de una disposición Constitucional, porque, el Agente del Ministerio Público solamente dispone de cuatro a seis Policías Judiciales, mientras que en las comandancias en las diversas Direcciones Técnicas, Administrativas, cada una de estas ordena diversas - investigaciones que no han sido establecidas y ordenadas por el - Mismo Agente del Ministerio Público quien en verdad tiene el derecho de hacerlo.

Para observar bien esta situación, es necesario comparar la situación real con el artículo 132 del Código de Procedimientos Penales, cuya transcripción ya hicimos e incluso comentamos en el inciso 3.1 en el cual señalamos los requisitos para que el Juez pueda librar su orden de detención en contra de alguna persona.

Así, para que se pueda hacer la consignación, se requerirá que el Ministerio Público lo pida, y esta este basada en los términos que el artículo 16 predispone, y de los cuales ya hablamos en el inciso 2.1 en lo referente a las situaciones por las cuales da inicio la averiguación previa; en consecuencia, esos requisitos que el artículo 16 plantea de la plena denuncia, de acusación o querrela, de persona digna de fé, bajo protesta que se vea acompañada por otros indicios, muchas de las veces suele no llevarse a cabo. Debido a la mala administración interna de la Procuraduría; simple y sencillamente porque no se lleva a la práctica lo que la legislación les esta ordenando, así se ordenen investigacio

nes al Policía Judicial cuando ni siquiera se han levantado denuncias, investigaciones privadas podríamos llamarles, cuando los — ofendidos ocurren directamente a las comandancias a contratar al — Policía Judicial para que estos realicen investigaciones privadas.

Eso no debe ser, no solo porque se sale de lo que la — legislación establece, sino que lesiona el interés público, ya que el Policía Judicial se dedica más a los intereses privados que a — realizar su labor conforme le ordena la legislación.

Por lo anterior, las comandancias de la Policía Judi— cial, no pueden estar concentradas ni estacionadas en un lugar, y — mucho menos los detenidos tienen que ir a parar a dichas comandancias, sino que si es flagrante delito inmediatamente debe ponerse— les a disposición de el Ministerio Público y si es cumplimiento de orden de aprehensión al reclusorio al cual la autoridad Judicial — ordene se le ponga al aprehendido.

Consideramos que este es un punto en el que la adminis— tración de la procuración de justicia, debe seguir los lineamien— tos que la propia Ley le ha marcado.

Ahora bien, la Policía Judicial puede llevar a cabo el levantamiento de actas, siempre y cuando sea imposible la presenta— ción de la denuncia ante el Agente del Ministerio Público.

Realmente, en el Distrito Federal en donde existen con— tando las agencias especializadas, 61 locales en los que se puede— recibir la denuncia, esto, significa solamente que la Policía Judi— cial, en ningún caso puede iniciar su investigación si no es por — orden del Agente del Ministerio Público, para que tenga los efec— tos del artículo 286 del Código de Procedimientos Penales que ya — con anterioridad hemos comentado..

El artículo 274 del Código de Procedimientos Penales, permite que la Policía Judicial pueda levantar actas, siempre y — cuando sea imposible el levantarlas directamente ante el Ministerio Público, dicho artículo establece:

ARTICULO 274.- Cuando la Policía Judicial tenga conocimiento de la comisión de un delito que se persiga de oficio, solo cuando por las circunstancias del caso, la denuncia no puede ser formulada directamente ante el Ministerio Público, levantará un acta, de la cual informará inmediatamente al Ministerio Público en la que consignará:

- I.- El parte de la Policía, o en su caso la denuncia que ante ella se haga, asentando minuciosamente los datos proporcionados por uno u otra;
- II.- Las pruebas que suministren las personas — que rindan las partes o hagan la denuncia, así como las que se recojan en el lugar de los hechos, ya sea que se refieran a la existencia del delito, y a la responsabilidad de sus autores, cómplices o encubridores y
- III.- Las medidas que dictare para completar la — investigación." 73

El hecho de que la denuncia no pueda ser formulada directamente ante el Agente del Ministerio Público no sucede materialmente en la realidad en el Distrito Federal; ya que existen suficientes Agencias del Ministerio Público en todo el Distrito Federal, y aún en la zona metropolitana en donde se reciben las denuncias, lo que hace que en ningún caso exista la imposibilidad a que alude el artículo 274 del Código de Procedimientos Penales.

Tal vez, este artículo 274 resulta obsoleto, y requie-

73) Idem. Pag. 66 y 67.

ra ser derogado, ya que la Policía Judicial puede aprovecharse de este artículo para cometer sus abusos.

El hecho de que no pueda ser formulada la denuncia directamente porque no quiso ir a la Agencia del Ministerio Público que funciona las 24 horas del día los 365 días del año, no significará una imposibilidad.

En la Agencia del Ministerio Público cuando tienen — exceso de trabajo, practican el "bateo" de asuntos; que consiste — en no recibir denuncias, o mandarlas a otras Agencias, o dejarlos — en espera, esto no significa que la Policía Judicial pueda intervenir directamente y levantar sus actas en la deficiencia administrativa del Ministerio Público.

Lo anterior debido a que la institución es Ministerio Público, y aunque existe cierta jurisdicción es perfectamente válido denunciar en Tlalpan un delito cometido en la Guerrero, toda — vez que la representación social, no es individual, sino que es — institucional, y que parte de nuestra Carta Magna.

En este aspecto, cuando se levantan actas en Agencias — en donde por razones administrativas se dice que no tienen jurisdicción por el hecho de quedar más cerca la investigación a otra — Agencia, el Ministerio Público quien la recibe, luego ha de remitirla al Ministerio Público que tenga la mayor facilidad para realizar la investigación previa.

Pero lo anterior no quiere decir que con esto la Policía Judicial ya pueda actuar, ya que no se presenta la imposibilidad que menciona el artículo 274 del Código de Procedimientos Penales que hemos transcrito, debido a que la institución Ministerio — Público es un todo y la denuncia provisionalmente puede ser presenten

tada en cualquiera de las 61 Agencias Investigadoras, y para ser investigada, se remitirá a la Agencia del Ministerio Público que tenga la facilidad para investigarla.

Lo que queremos decir es que si un particular ocurre a la Agencia del Ministerio Público y este es "bateado" o simple y sencillamente no es atendido, existe una Contraloría Interna además de una oficina de quejas para corregir esa deficiencia administrativa cuya responsabilidad es del titular de la Agencia; y esto no le da derecho al ofendido a que contrate al Policía Judicial para que éste usurpando funciones vaya y detenga e inicie la averiguación con sus diligencias en su comandancia.

Lo anterior además de que el Ministerio Público no gira órdenes de aprehensión jamás, girará órdenes de arresto como medidas de apremio, podrá imponer correcciones disciplinarias en base a multas, e incluso, podrá ordenar la presentación de un sujeto, esto es, que la Policía Judicial por orden del Ministerio Público vaya y le invite forzosamente a ir a la Agencia a la hora que éste establece, para que se realice la práctica de alguna diligencia.

De lo anterior, que en las órdenes de presentación que el Agente del Ministerio Público libera, se debe señalar expresamente el día y la hora en que ha de ser presentado el sujeto requerido. Independientemente de fundar y motivar su acción de molestia.

En consecuencia el efecto y alcance jurídico de la orden de presentación, será el que todo ciudadano está obligado a contribuir a la acción de la justicia, y más si a este le constan los Hechos.

Por lo anterior, que el artículo 33 del Código de Procedimientos Penales en su último párrafo autoriza al Ministerio Público para presentar forzosamente a las personas para el desahogo de alguna diligencia, con el fin de cumplir con sus determinaciones.

Ahora bien, la Policía Judicial será quien tiene la obligación de cumplirla en los términos de la fracción III y IV del artículo 20 del Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal las cuales pasamos a transcribir:

ARTICULO 20.- La Dirección General de Policía Judicial tendrá las siguientes atribuciones:

- III.- Entregar las citas y presentar a las personas que les soliciten los Agentes del Ministerio Público para la práctica de alguna diligencia.
- IV.- Ejecutar las órdenes de presentación, comparecencia, aprehensión y cateo que emitan los órganos jurisdiccionales." 74

De lo anterior que entre la orden de presentación y la orden de arresto, que el Ministerio Público puede girar validamente en base a la fracción tercera del artículo 33 del Código de Procedimientos Penales, existan las siguientes semejanzas y diferencias:

- 1.- Por la presentación se restringe momentaneamente la libertad y por el arresto se restringe la libertad hasta por 36 horas.
- 2.- Ambas tienen como fin cumplir las determinaciones del Agente del Ministerio Público.
- 3.- Los dos medios constituyen medidas de apremio que -

74) Código de Procedimientos Penales, México, Edit. Porrúa, S. A., 42a. Edic., 1990, Pag. 627.

la legislación atribuye para lograr sus objetivos.

4.- Ambas son ejecutadas por la Policía Judicial.

En este sentido, estas órdenes que restringen la libertad, siempre tendrán que guardar los principios de fundamentar y mo tivar su acción de molestia.

Lo anterior quiere decir que la Policía Judicial va a tener que realizar o cumplir tal orden de presentación para el día y hora que la orden señala, además de el lugar en donde debe ser presentado el sujeto. Y la orden de arresto se puede cumplir, en cualquier momento pero con la condición de detenerlo en el lugar que la misma orden señale.

En muchas ocasiones se dá el hecho de que el Ministerio Público mande detener a un sujeto y llegan a pasar las 36 horas que tiene de límite para imponer el arresto y no lo pone en libertad llegando a convertirse este arresto hasta en días, privando en forma ilegal de su libertad a dicho sujeto.

Lo anterior sucede con mayor frecuencia en los separos de la Policía Judicial, ya que los elementos de dicha corporación retienen a un sujeto y no lo ponen en libertad, haciendo esto para presionar a sus familiares y pedir dinero para liberarlo, siendo estos acontecimientos los que de algún modo trataremos de que se eviten dentro de las propuestas que haremos posteriormente.

La privación ilegal de la libertad aunque está claramente establecida en la Ley, ésta se dá muy a menudo por los particulares y aún más por las autoridades.

El Ministerio Público únicamente puede restringir de la

libertad a un sujeto momentaneamente ya que el arresto solo puede ser por 36 horas como máximo para que no sea considerado como una privación ilegal de la libertad o como un abuso de autoridad.

Dentro de la orden de presentación, se debe señalar perfectamente como es que se debe llevar a cabo ésta.

Lo anterior quiere decir que la Policía Judicial va a tener que realizar o cumplir tal orden de presentación para el día y hora que la orden señala además de el lugar en donde debe ser presentado el o los sujetos.

Existe la problemática de que la Policía Judicial por querer presionar al público en general cumple órdenes de presentación fuera de tiempo, e incluso llega a presentarlos ante la autoridad que lo requiere, pero ésta ya es otro turno, o el expediente se fué a Mesa de Trámite e incluso ya hasta se consignó al detenido.

Es evidente la responsabilidad del Director Administrativo de la Policía Judicial, debido a que las órdenes deben de cumplirse conforme a lo establecido por la misma orden, a continuación comentaremos un poco más estas circunstancias estableciendo la fundamentación de la cual el Ministerio Público se sirve para realizar y cumplir sus determinaciones.

El Ministerio Público podrá conforme al artículo 20 del Código de Procedimientos Penales puede imponer correcciones disciplinarias a base de multas. Y luego, en virtud del último párrafo del artículo 33, también podrá imponer multas y arrestos hasta por 36 Horas como medidas de apremio.

Lo anterior, faculta al Agente del Ministerio Público para imponer por un lado correcciones disciplinarias y por el otro

medidas de apremio para hacer cumplir sus determinaciones. Esta si tuación la pasaremos a observar en base al artículo 20 del Código - de Procedimientos Penales que a la letra dice:

"El Ministerio Público en las diligencias de ave-
riguación previa solo podrá imponer por vía de -
corrección disciplinaria, multas que no excedan -
del importe de un día de salario mínimo vigente -
en el Distrito Federal. Contra estas correccio-
nes no se admite más recurso que el de responsa-
bilidad." 75

A pesar de que es muy expreso el artículo 20, la funda-
mentación de la orden de presentación girada por el Ministerio Pú-
blico, se encuentra en el último párrafo del artículo 33 del Código
de Procedimientos Penales. El cual dice: Los funcionarios a que se
refiere el artículo 20 solo podrán emplear como medio de apremio --
multas por el importe de un día de salario mínimo general vigente -
en el Distrito Federal, arresto hasta de 36 Horas y el auxilio de -
la fuerza pública.

En este concepto, el Agente del Ministerio Público, aun
que el artículo 20 establezca una sola vía de corrección discipli-
naria, el artículo 33 le permite tanto arrestar como pedir el auxi-
lio de la fuerza pública para presentar a las personas.

Esta especialidad, va directamente enlazada a la frac--
ción tercera del artículo 20 del Reglamento de la Ley Orgánica de -
la Procuraduría del Distrito Federal, el cual establece:

ARTICULO 20.- La Dirección General de Policía Ju-
dicial tendrá las siguientes atribuciones:

III.- Entregar las citas y presentar a las perso-
nas que les soliciten los Agentes del Mi--

nisterio Público para la práctica de alguna diligencia." 76

El efecto de la presentación es solamente la práctica - de alguna diligencia, y su duración estará limitada íntimamente a - la práctica de tal diligencia, y encontrará sus fundamentos en el - artículo 33 último párrafo del Código de Procedimientos Penales y - la fracción III del artículo 20 de la Ley Orgánica de la Procuraduría del Distrito Federal.

Ahora bien, que es lo que pasa cuando en la detención - del delincuente existen penas como son las alternativas, en donde - se establece una pena pecuniaria o una pena corporal; esa es la pena alternativa, cuando viene la preposición "o"; lo que quiere decir que se puede imponer solamente una de las dos penas, a diferencia del "y" que significa que se aplicarán las dos penas.

El principio de in dubio pro-reo es aplicable a la detención del delincuente en relación al delito y su pena, de tal manera que ha de aplicarse lo más favorable al delincuente, y por esto cuando la pena es alternativa, o simple y sencillamente es pecuniaria, en ningún momento puede detenerse al sujeto que ha cometido el delito.

Por lo que se refiere a los demás delitos los cuales en un momento determinado pueden alcanzar fianza, la detención debe de sobrevenir ya que independientemente de que pueda obtener su libertad caucional, la pena que ha de aplicarse, es restrictiva de la libertad corporal del individuo, por lo mismo debe ser detenido y ponerse a disposición de la autoridad correspondiente.

76) Código de Procedimientos Penales, México, Edit. Porrúa, S. A., 42a. Edic., 1990, Pag. 627.

CAPITULO CUARTO

EL OMBUDSMAN SUECO Y LA COMISION DE DERECHOS HUMANOS Y SU LUCHA POR EL CIUDADANO.

- 4.1.- QUE ES EL OMBUDSMAN.
- 4.2.- QUE ES LA COMISION DE DERECHOS HUMANOS.
- 4.3.- SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE LAS DOS INSTITUCIONES.
- 4.4.- SU INTERVENCION DE AMBAS FRENTE A LA PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD.
- 4.5.- PROPUESTAS LEGALES PARA PREVENIR LA PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD.

CAPITULO CUARTO

EL OMBUDSMAN SUECO Y LA COMISION
DE DERECHOS HUMANOS Y SU
LUCHA POR EL CIUDADANO.

Una proposición concreta que pudiésemos establecer vali
damente, para el control de la Garantía de Libertad de los ciudada-
nos, es sin duda el protector del ciudadano llamado Ombudsman. Es-
ta institución, es de origen Sueco, como veremos más adelante.

Se va a requerir, que en un momento determinado, exista
un órgano independiente totalmente del gobierno para que éste pueda
denunciar a los responsables de las privaciones ilegales de la li-
bertad, sin que tenga compromiso político alguno por ser dependien-
te de un órgano de gobierno.

De tal forma, que para este capítulo, vamos a observar__
que es el Ombudsman, luego hablaremos de la Comisión Nacional de —
Derechos Humanos, para establecer después las semejanzas y diferen-
cias que existen entre estas dos instituciones.

Por último observaremos la necesidad de proponer normas
o crear instituciones que prevengan la privación ilegal de la liber-
tad, y como sería su intervención de ambas instituciones antes cita-
das, frente a la privación ilegal de la libertad.

Al final del presente capítulo, hablaremos de algunas -
propuestas para el efecto de que la privación de la libertad, esté__

realmente controlada estrictamente, por las autoridades correspondientes.

4.1.- QUE ES EL OMBUDSMAN.

En Suecia, se instituyó este vocablo, el cual, en un momento determinado, va a ser la base de su atribución y función.

El Ombudsman, va a intentar proteger a los ciudadanos - en general, contra los ataques y violaciones de la autoridad Judicial, Administrativa o Legislativa.

Per-Erik Nilsson, al hablarnos del origen de la palabra Ombudsman y de la institución, nos comenta:

"La contribución de Suecia al vocablo internacional es muy modesta. De hecho se trata de tres vocablos, de los cuales solo uno no hace referencia a comida y bebida. Se trata de la palabra Ombudsman. En Sueco es de uso tan común como su antigüedad; denota una persona que actúa por cuenta de otra y sin interés personal propio en el asunto que se interviene... En varios países en que se ha adoptado esta institución se ha substituido la expresión de Ombudsman por otra que señala más claramente la visión de la institución: defender al pueblo, promover la justicia...

Corría el año de 1809. Suecia había perdido una guerra con la Rusia de los Cares, viéndose obligada a aceptar una vida y humillante paz; medio reino o sea la Finlandia actual, tuvo que ser cedida. El país se encontraba exhausto por la guerra y malas cosechas, culpándose de las calamidades al monarca absoluto, el cual obligado a sa-

lir se trasladada a Suiza.

La antigua Constitución rápidamente substituída por una nueva, basada en la distribución del poder, nace el ombudsman que en Suecia es conocido por J. O. Y muy pronto se encuentra escrito de porque se introduce esta institución; simplemente se declara que:

Una persona será designada por el Parlamento para que en su nombre vele por los derechos generales e individuales del pueblo, vigilando que los Jueces y demás funcionarios cumplan con las Leyes y las apliquen del modo previsto por el Parlamento." 77

Es preciso notar como esta institución va a tener su funcionamiento específico en todo lo que se refiere a la aplicación de la Ley. En otras palabras, persigue que toda esa teoría del Estado, pueda realizarse completamente.

Así, podemos seguir una ruta crítica para explicar lo que hemos dicho: En un principio se conjunta la población en un territorio dado, y la sociedad para lograr su permanencia y larga vida, necesitará de una organización que el Derecho le va a proporcionar, y además requiere de un órgano que no solamente observe un Derecho, sino que lo ejecute. De tal manera nace el gobierno.

La soberanía reside en el pueblo, éste a su vez le otorga un mandato específico al gobierno, el cual es ejercido por tres poderes básicos como son el Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial (artículo 49 Constitucional).

Todo lo que haga este poder del gobierno, debe de estar debidamente legitimado, esto es que debe de encontrar su fundamentación y motivación (artículo 16 Constitucional).

77) NILSSON PER-ERIK: "El Ombudsman defensor del pueblo o que?; dentro de; "La defensoría de los Derechos Universitarios de la U. N.A.M. y la institución del Ombudsman en Suecia"; México, Universidad Nacional Autónoma de México; 1986, Pag. 9 y 10.

El Poder Legislativo que hace las Leyes, debe de estar regido también por Leyes, para que su función administrativa pública pueda cumplirse con toda la extensión.

La soberanía nacional que es el pueblo, va formando partidos políticos que se identifican en ideología, y llegado el momento, eligen a una persona para que los represente en ese Poder Legislativo para que establezca las Leyes de la sociedad y del gobierno.

Esta persona es de extracto popular necesariamente elegido por sufragio universal, por toda la soberanía, quien le otorga un mandato de hacer Leyes para que el gobierno tenga parámetros de acción, y la población tenga una legislación que le permita llevar organizadamente las relaciones interhumanas. El Poder Legislativo, hace Leyes para que el Poder Ejecutivo pueda funcionar.

De ahí, que todo funcionario público llámese Diputado, Presidente de la República o ministro de la Suprema Corte, hasta el infimo de los funcionarios públicos, tienen la obligación de cumplir únicamente lo que la Ley les ordena.

Así, esta institución del Ombudsman, va a ser un emisario del Parlamento, del Poder Legislativo, representante de la sociedad, el cual, estará directamente relacionado con las diversas formas de sanción que puedan existir, para el efecto de que al supervisar la función no solo el Poder Ejecutivo y el Judicial, sino también de el Legislativo; esto es que ellos mismos los que hacen la legislación deben de sujetarse a las Leyes, deben ser los primeros en observar la Ley.

En este aspecto, es preciso decir que se va a requerir que se tenga una persona o varias, que no tengan compromiso ni quieran comprometerse con los órganos de gobierno, y que en un momento

determinado, otorguen al Derecho, su rápida efectividad.

De tal forma el Ombudsman, será quien tenga que reali—
zar esa situación. Por lo que esa institución, debe de ser independi—
ente y autónoma totalmente de cualquier otra institución gubernam—
ental. Tiene que ser totalmente accesible, imparcial, y gozar de
mucha publicidad en todos sus movimientos, debido a que ese es el —
medio de comunicación con toda la población a través del cual la so—
beranía va a enterarse de lo que está haciendo su representante.

Una definición de lo que pudiésemos entender por Ombuds—
man, nos la ofrece el maestro Antonio Flores al decir:

"Es un funcionario, con jurisdicción nacional, —
general o especializada, que tiene el encargo de
cuidar a solicitud de los particulares o mutuo —
propio, que la acción de las autoridades, par—
ticularmente de las gubernativas, sea no solamen—
te legal, sino razonablemente oportuna, justa y—
humana." 78

Es muy criticable la postura del maestro Carrillo Flo—
res, ya que en un principio, ninguna autoridad puede ser autoridad—
si ésta no es gubernativa, por lo que la acción de la autoridad se—
rá el encargo a cuidar por parte de los particulares, ahora bien, —
no puede nombrarsele funcionario, más bien un representante social,
su jurisdicción puede ser regional o nacional, y le falta el elemen—
to de que al cuidar la acción de la autoridad, es que ésta se guíe—
por el Derecho.

El maestro Fix Zamudio al elaborar su definición nos —
dice:

"Es uno o varios funcionarios designados por el—

78) CARRILLO FLORES, ANTONIO: "La Constitución, la Suprema Corte y—
los Derechos Humanos"; México, Edit: Porrúa, S. A., 1a. Edic.,—
1981, Pag. 251.

órgano Parlamentario, por el Ejecutivo o por ambos, con el auxilio del personal técnico, que — posee la función esencial de recibir e investigar las reclamaciones de los gobernados realizadas por las autoridades administrativas, no solo por infracciones legales sino también por injusticia, irracionalidad o retraso manifiesto en la resolución; y con motivo de esta investigación — pueden proponer sin efectos obligatorios, las soluciones que estimen más adecuadas para evitar o subsanar las citadas violaciones. Esta labor se comunica periódicamente a través de informes públicos generalmente anuales, a los más altos órganos del gobierno, el órgano Legislativo o ambos, con la facultad de sugerir las medidas legales y reglamentarias que juzguen necesarias para mejorar los servicios públicos respectivos." 79

Realmente, pudiese tomar la figura de funcionario el — Ombudsman, pero consideramos que el órgano que ha de nombrarlo, debe ser forzosamente el pueblo, por lo que los Diputados y Senadores bien podrían tener esta función de Ombudsman en cada uno de los Distritos y Estados en donde supuestamente fueron elegidos.

Así, el Diputado y el Senador, van a gozar de cierto — prestigio en su zona, y bien valdría darles ya una función social — específica, para obligar a estas personas, a que una vez elegidos, — exista la obligación tajante de que de su peculio establezcan una — oficina en la cabecera del Distrito donde fueron elegidos, y los Senadores en donde esté asentado el gobierno del Estado; a efecto de — que tengan éstos la función de Ombudsman en México. Independientemente de que establezcan un servicio de asesoría jurídica para que — las personas en general, de su Distrito, tengan la noción de sus derechos.

Además de que a través de éstas oficinas podrían organizarse cooperativas, para hacer muchas cosas, como bien pudiera ser —

79) FIX ZAMUDIO, HECTOR: "Ombudsman"; Diccionario Jurídico Mexicano, México, U.N.A.M., 1984, Tomo VI, Pag. 307.

el hecho de que se formaran escuelas, o se dieran clases para adultos, para que la educación tuviese auge desde el Municipio. Pero - estas son problemáticas que ya salen de nuestro tema de tesis.

Así, el Ombudsman debe de estar totalmente ligado a el cumplimiento de las Leyes. Sonia Venegas Alvarez al hablarnos de - estas situaciones, nos dice:

"El Ombudsman es un funcionario cuya actividad principal es la de atender quejas en contra de la administración pública: en un segundo grado aglutinamos a aquellos que se concretan a enumerar las cualidades que deben exigirse a quien ocupe el cargo, las cuales deben conservarse durante el desempeño de su labor.

Una definición que pudiésemos citar del Ombudsman, es la dada por el International Bank Association; la cual dice: el Ombudsman es un cargo previsto en la Constitución o por acción de la legislatura o el Parlamento, que encabeza un funcionario público de alto nivel, el cual debe ser independiente y responsable ante la Legislatura o Parlamento, cuya labor consiste en recibir las quejas provenientes de personas agraviadas en contra de oficinas administrativas, funcionarios y empleados de la administración pública o bien que actuen por moción propia, y quien tiene poder para investigar, así como para recomendar acciones correctivas y publicar informes." 80

El Ombudsman debe tener ciertas facultades y características, ya decíamos que debe de ser independiente, aunque, dada la representatividad de los Diputados, y el hecho de que de alguna manera son conocidos del pueblo, consideramos que no gozan totalmente de una independencia, pero bien podrían empezar como Ombudsman, aunque, no tengan las características del mismo.

80) VENEGAS ALVAREZ, SONIA: "Origen y devenir del Ombudsman", México, U.N.A.M., 1a. Edic., 1988, Pag. 39, 40 y 41.

Así, el Diputado no es autónomo, ya que su partido le — dá instrucciones, y lo hace más que nada conforme a la ideología — partidista.

Pero pasaría una cosa muy interesante, que dada la in— violabilidad del Diputado, del Fuero Constitucional que goza, en un momento determinado pudiese hacer declaraciones en la Prensa con— tra un Gobernador, contra un Secretario de Estado, contra el Presi— dente de la República, y por su propia inviolabilidad, no podría — acusarsele. En estos términos, el Diputado ya tendría ciertas faci— lidades para desarrollar su función.

Ahora bien, el tratadista Donald Rowat, al hablarnos de el Ombudsman en el sistema de la Ley de Suecia, nos establece las — siguientes facultades para el mismo:

"Tal como aparecen definidas en la Constitución, — las facultades del J. O., ha permanecido en gene— ral sin cambio desde que fueron establecidas. — Son las de vigilar la forma en que los Jueces, — los funcionarios del gobierno y otros servidores — civiles observan las Leyes, y las de acusar a — quienes actuen ilegalmente u olviden sus deberes.

Para el desempeño de sus obligaciones de vigilan— cia el J. O. tiene acceso a todos los documentos — y el derecho de estar presente en todas las deli— beraciones en que los Jueces o funcionarios admini— strativos tomen sus decisiones. Así obtiene el J. O. una visión completa de todas las activida— des legales y administrativas. Además, todos los funcionarios están obligados a proporcionar al J. O. cuando éste lo solicite, la información que — tengan sobre el asunto en cuestión. El J. O. tie— ne el derecho de pedir asistencia de cualquier — funcionario para el propósito de realizar las in— vestigaciones necesarias, y todos los Fiscales — deben iniciar cualquier acusación que J. O. decre— te." 81

81) ROWAT DONALD; "El Ombudsman el defensor del ciudadano"; México, Edit. Fondo de Cultura Económica, 1a. Reimpresión, 1986, Pag. — 58.

Con lo que hemos establecido, ya podemos considerar que es el Ombudsman. Este, en primera instancia, tiene forzosamente — que conocer algunas de las situaciones, que en un momento determinado, han de presentarsele. Tal vez, requiera de mucha capacitación de Derecho Administrativo; de Derecho Constitucional, de Derechos — Humanos y Garantías Constitucionales, independientemente de poder — manejar el Amparo, o algunas otras situaciones.

Por lo que independientemente del carisma del Ombudsman para el pueblo, va a requerir estar asistido por algún buen Abogado.

En nuestro país, ya tenemos antecedentes en la legislación del Estado de San Luis Potosí, en la que se establece el primer Ombudsman en México allá por 1847, su objeto es procurar la defensa de los Derechos Humanos, y promover el respeto para personas desvalidas ante cualquier exceso, agravio, vejación o maltrato por parte de un funcionario público.

El artículo 2o. de la Ley de Procuradurías de Pobres, — establecida en el Decreto número 18 del 11 de Marzo de 1847 en el — Estado de San Luis Potosí, se establece en su artículo 2o. que:

"Será de su obligación ocuparse exclusivamente — de la defensa de las personas desvalidas, denunciando ante las autoridades respectivas, y pidiendo pronta e inmediata reparación sobre cualquier exceso, agravio, vejación, mal tratamiento o tropelía que contra aquella se cometieren, ya en el orden Judicial, ya en el orden político o militar del Estado, o bien tenga su orden de parte de alguna autoridad, o bien de cualquier otro funcionario o Agente público." 82

Nótese claramente, como ésta institución ya ha sido le-

82) 1789 — 1989, Bicentenario de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano"; México, Secretaría de Gobernación, 1a. Edic., 1989, Pag. 25.

gislada en nuestro país, en forma tal que la protección principal iba a estar dirigida a las personas desvalidas principalmente. Lo anterior quiere decir que en nuestro país, ya se tiene el intento de que esta institución, forme parte de todo nuestro Derecho Positivo, a efecto de que podamos contar con una institución que vele desinteresadamente por los derechos de los ciudadanos en general.

Por todo lo anteriormente expuesto, tenemos que esta institución del Ombudsman, puede llegar a dar resultados dentro de nuestro país. Aunque, debido a que algunas instituciones de nuestro gobierno, dependen directamente de algún Poder, no se ha podido dar esta situación al cien por ciento.

Tal es el caso de la Comisión Nacional de Derechos Humanos que tiene muchas semejanzas con la institución del Ombudsman, pero que realmente no llegan a ser iguales.

Para poder hablar fundadamente de esto, vamos a pasar a hacer el análisis de dicha Comisión.

4.2.- QUE ES LA COMISION DE DERECHOS HUMANOS.

Basicamente, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, ha sido la respuesta general a la cantidad de reclamos que se han suscitado, debido a las constantes privaciones ilegales de la libertad, por parte de la Policía Judicial Federal y las Policías Judiciales de los diferentes Estados de la República.

En este sentido, para Junio de 1990, se creó la instittu

ción que lleva por nombre Comisión Nacional de Derechos Humanos, como un órgano desconcentrado de la Secretaría de Gobernación. En tal forma, el Ejecutivo de la Unión, intenta brindar al ciudadano en general, la posibilidad de tener un organismo en el cual puede apoyarse, para el efecto de pedirle ayuda cuando la autoridad no ha respetado la Ley.

El artículo 2o. del Decreto de la Comisión, establece claramente sus funciones, al decir:

ARTICULO 2o.- La Comisión Nacional de Derechos Humanos será el órgano responsable de proponer vigilar el cumplimiento de la política nacional en materia de respeto y defensa de los derechos humanos. Con ese propósito instrumentará los mecanismos necesarios de prevención, atención y coordinación que garantice la salvaguardia de los derechos humanos de los mexicanos y de los extranjeros que se encuentren en el territorio nacional; esto último, en coordinación con la Secretaría de Relaciones Exteriores." 83

Debemos considerar como la competencia directa de la Comisión, es la vigilancia de los Derechos Humanos. Ya no va a hacer que todos los órganos de poder, cumplan con sus deberes jurídicos, sino exclusivamente que respeten el derecho humano.

Lo anterior, nos hace establecer, cuando menos algún concepto, de lo que por Derecho Humano tenemos que entender; así, la maestra Magdalena Aguilar Cuevas, nos habla al respecto diciendo:

"Son todos aquellos derechos que tiene una persona por el simple hecho de ser. Son un conjunto de normas jurídicas que imponen deberes al Estado y conceden facultades a las personas, —

83) Diario Oficial de la Federación, México, Miércoles 6 de Junio de 1990, Pag. 3.

provistas de sanciones para asegurar su efectividad. Sirven para proteger la vida, la libertad, la igualdad, la seguridad, la integridad y la — dignidad.

Los principios generales sobre los que se fundamentan los derechos humanos son:

- a) La libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e — inalienables de todos los miembros de la familia humana.
- b) Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse racionalmente los unos con los otros.
- c) La realización del ser humano libre necesita condiciones que permitan gozar a cada persona de sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales.
- d) El derecho de los pueblos para autodeterminar su destino y su desarrollo económico, social y cultural es condición para disfrutar de — los derechos y las libertades fundamentales.
- e) La consolidación, dentro de las instituciones democráticas, de un régimen de libertad personal y de justicia social, fundado en los derechos esenciales del hombre.
- f) El Estado no podrá destruir ni restringir los derechos humanos fundamentales.
- g) Los Estados se comprometen a lograr productivamente la plena efectividad de los derechos y de las garantías." 84

Es mucho muy importante la naturaleza del derecho humano; a pesar de que durante años esta circunstancia no había sido reconocida, actualmente, es el derecho que se intenta proteger con mayor intensidad.

84) AGUILAR CUEVAS, MAGDALENA: "Derechos Humanos"; México, Colección Manuales, 1991, Pag. 27 y 30.

Así, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, va a tener esa función frente a cualquier órgano de la administración pública, para que este deba de respetar el derecho humano de la población en general.

Ahora bien, para cumplir con sus obligaciones, el artículo 3o. propone las siguientes atribuciones:

ARTICULO 3o.- (Del Decreto que crea la Comisión Nacional de Derechos Humanos).

Para cumplir con las responsabilidades a que se refiere el artículo anterior, la Comisión Nacional de Derechos Humanos tendrá las siguientes atribuciones:

- I.- Proponer la política nacional en materia de respeto y defensa a los derechos humanos;
- II.- Establecer los mecanismos de coordinación que aseguren la adecuada ejecución de la política nacional de respeto y defensa a los derechos humanos.
- III.- Elaborar y ejecutar los programas de atención y seguimiento a los reclamos sociales sobre derechos humanos;
- IV.- Elaborar y proponer programas preventivos en materia de derechos humanos, en los ámbitos jurídico, educativo y cultural para la administración pública Federal.
- V.- Representar al gobierno Federal ante los organismos nacionales y, en coordinación con la Secretaría de Relaciones Exteriores, ante los Internacionales, en cuestiones relacionadas con la promoción y defensa de los derechos humanos;
- VI.- Formular programas y proponer acciones que impulsen el cumplimiento dentro del territorio nacional de los tratados, convenios y acuerdos internacionales firmados por nuestro país." 85

En general, tenemos como la Comisión Nacional de Derechos Humanos, lo que va a hacer es proteger el Derecho Fundamental. En este aspecto, en México, el Derecho Fundamental es la Garantía Individual; así, cuando el derecho humano es reconocido, decimos que es entonces cuando se estampa en una Ley y se vuelve garantía debido a su normatividad positiva.

Por otro lado, el Derecho Humano, está debidamente cimentado, y en este aspecto, el artículo 16 Constitucional, del que hablamos en el capítulo segundo, forma parte del Derecho Fundamental, esto es del Derecho Humano reconocido en nuestra Constitución, que el ser positivo, va a tener que convertirse en Garantía Individual.

Así, los conceptos de seguridad jurídica, se van asentando y en un momento determinado, éstos intentarán resolver toda la problemática que surge respecto de la detención o privación de la libertad.

Cuando una autoridad, no ha respetado el Derecho Humano contemplado dentro de la Constitución, la Comisión de Derechos Humanos, tendrá las facultades necesarias para intervenir y obligar a dicha autoridad a respetar dicho deber. En caso contrario, la misma Comisión, podrá elevar una denuncia ante la autoridad competente a efecto de que conozca el comportamiento del funcionario que viola el Derecho Humano.

En general, tenemos como la Comisión de Derechos Humanos, forma parte de la administración pública Federal, esto es que depende directamente de una dependencia gubernamental como es el Secretario de Gobernación.

Lo anterior hace que exista cierta dependencia y aún —

más compromiso, respecto de las funciones que la Comisión de Derechos Humanos realiza.

4.3.- SEMEJANZAS Y DIFERENCIAS ENTRE LAS DOS INSTITUCIONES.

Con el simple hecho de que el Ombudsman sea independiente y autónomo, va a reflejar su desinterés político sobre las situaciones en que va a intervenir.

Si la Comisión de Derechos Humanos, está subordinada al Secretario de Gobernación, es evidente que al existir compromisos - tanto políticos como laborales, la Comisión de Derechos Humanos, no podrá extenderse totalmente, por el alta dependencia a el Secretario de Gobierno.

Por otro lado, el Ombudsman, protector del ciudadano, - va también a ayudar al ciudadano en como debe éste resolver sus problemas.

Mientras que la Comisión de Derechos Humanos, solamente ha de denunciar la falta al Derecho Humano.

Por otro lado, el Ombudsman, tiene la facultad de oponerse a toda la administración pública, respecto de todo el derecho, no nada más de los Derechos Fundamentales o Humanos, sino incluso de todo el Derecho Administrativo, Civil, Laboral, Penal, para hacer que se respete el Derecho Fundamental, sino que se respete en general la Ley.

La Comisión, tiene una gran limitante, debido a que su fin principal, es la protección de el Derecho humano.

Ahora bien, presentan semejanzas también, como pueden ser que las dos instituciones, intentan defender al ciudadano, de los abusos de autoridad. Las dos instituciones, son de carácter social, y se puede tener acceso a ellas de una manera rápida y simple.

Decíamos en el inciso anterior, que en México, los Diputados y Senadores bien podrían ser los protectores de los ciudadanos, esto, para que realmente fueran los representantes de la soberanía, y observaran en carne propia, los problemas que surgen dentro de la administración pública.

Situación diferente presenta la Comisión Nacional de Derechos Humanos, la cual, al depender de un organismo institucional como una Secretaría de Gobierno, se ata un poco las manos, debido a que debe de responder a los lineamientos de la política de gobierno que rija en un momento determinado.

Son muy semejantes, en cuanto a la función que estos realizan, pero consideramos que la función del Ombudsman reviste una mayor autonomía y más alcance que la que en un momento determinado va a establecer la Comisión de Derechos Humanos.

4.4.- SU INTERVENCION DE AMBAS FRENTE A LA PRIVACION ILEGAL DE LA LIBERTAD.

Una situación determinante en la administración pública es sin duda el presupuesto. Si ya existe un presupuesto a través - del cual se le otorga una dieta al Diputado, al Senador, para que - éste ejerza funciones solamente tres o cuatro meses al año, y eso - cuando se le ocurra al Diputado asistir a las asambleas, o que éste ya ocupa otro puesto gubernamental lo cual le impide seguir siendo Diputado; si ya existe un presupuesto, que simple y sencillamente - lo que debemos de hacer es que cada peso de ese presupuesto lo trabaje ese representante social.

A mayor abundancia, y cuando realiza su campaña política ofrece a la población que la ayudará, a tener agua, a comprar viveres, a establecer mercados, a tratar de solucionar sus problemas sociales, y esto se olvida en el momento en que el soberano, o sea el pueblo vota por esas promesas, y éstos no son cumplidas, entonces, es necesario obligar a quien en un momento determinado puede - llegar a coadyuvar y a constituirse como un verdadero Ombudsman sin que exista una apertura más del presupuesto; tal vez, podrá también presupuestarse al Diputado Suplente para el efecto de que coadyuve con el Proprietario en su calidad de Ombudsman y de representante de su Distrito o Estado.

Así, habrá que obligar al Diputado, a realizar tres cosas antes de aceptar su registro:

En primer lugar debe de presentar un exámen, en el cual

demuestre que sabe el alcance y límite legal no solamente del Derecho Humano, y la Garantía Individual sino de todas las partes de la Constitución.

En segundo lugar que se comprometa en caso de ser electo, a establecer una oficina por su propia cuenta en el Distrito de su localidad, para que en ésta cumpla sus funciones de Ombudsman o protector del ciudadano.

Y tercero, o último, tratar de fomentar el desarrollo social en su propio Distrito, independientemente de que esté impedido para renunciar buscando un nuevo puesto dentro de la administración pública Federal.

Lo anterior debido a que el Diputado, una vez que ha — llegado a la curul, éste solamente buscará pasar a la segunda etapa de su camino como es tener un puesto en una dependencia que le permita no solo olvidarse de sus representados, sino realizarse en su vida personal.

Vamos a pensar que una vez establecida la oficina del Ombudsman o Diputado, entonces tendremos una oficina por cada Distrito Electoral que exista en nuestro país, con dos Ombudsman, éstos es, un Diputado y un Suplente, los cuales facilmente podrian atender los reclamos de la población. Independientemente de que éstos les daría mayor proyección política.

Ahora bien, la Comisión Nacional de Derechos Humanos, — tiene un presupuesto mucho muy limitado, lo que hace que sus alcances no sean los que en teoría se han propuesto.

De tal forma, vamos a tener como la Comisión Nacional — de Derechos Humanos, solo podrá contar con poco personal, y en un —

momento determinado, su jurisdicción es muy limitada.

Aunque, está visto en el caso de la Procuraduría General de Justicia, en el que el antiguo Procurador, por violar derechos humanos, fué premiado con la Dirección de un Banco; lo que establece el chambismo en nuestro país, en el que un día una persona eminentemente es perseguidor del delito y al segundo día se convierte en un eminente Banquero, ésto solamente sucede en México.

Así, estas dos instituciones pudiesen funcionar, no sólo para detener las privaciones ilegales sino que también van a funcionar para el efecto de poder defender al ciudadano con mayor amplitud.

4.5.- PROPUESTAS LEGALES PARA PREVENIR LA PRIVACION ILEGAL.

Sin que suene a manera de conclusión, es necesario elevar diversas propuestas de lo que hemos establecido.

1.- Ya las nuevas reformas del artículo 132 del Código de Procedimientos Penales, establece claramente la responsabilidad penal a ésta circunstancia; y obliga al Ministerio Público a no autorizar la privación ilegal. Esto ha sido un gran avance, pero se requiere un visitador tal vez del ciudadano, que visite no solamente la Agencia del Ministerio Público sino también las Comandancias de la Dirección de Policía, para ventilar bien ésta situación.

2.- Otra de las propuestas, es sin lugar a dudas la capacitación de la Policía Judicial; a los mismos, una vez entrando a

formar parte del cuerpo policiaco, se les puede dar la oportunidad de que sigan estudiando una carrera larga, por lo que se le vería al puesto de Policía Judicial como una forma de poder llegar a una carrera profesional.

3.- Una situación que nos parece mucho muy interesante, es que tanto el Agente del Ministerio Público, como la Policía Judicial, en especial la Policía Judicial, en el momento en que termina su guardia, entregue: 1.- Credencial; 2.- Arma; y 3.- la patrulla.

Lo anterior debido a que una vez que el Policía Judicial sale de su turno, es cuando aprovechan para hacer de las suyas. Lo que nos hace pensar que además de la privación ilegal, este acto llega a ser un ejercicio indebido de sus funciones.

Entregando su credencial, su pistola y la patrulla, ya no tendrían la facilidad de detener a las personas con su credencial. O que al ver una persona una arma, deba de detenerse por temor a que sea disparada.

O que la patrulla, que se llevan a su casa, les sirva para que sus hijos aprendan a manejar, o que les sirva de transporte de carga de sus ventas de ropa o de otra cosa, que usualmente suele tener la Policía Judicial.

En si convertirlos en ciudadanos de nuevo. Independientemente de que al llevarse la patrulla, el arma y la credencial, es to sin lugar a dudas hace que la portación del arma sea ilegal, debido a que tendrá permiso sí, pero en el momento de desarrollar su función y no en otro momento.

4.- Los salarios son importantes, el hecho de que la —

Policía Judicial y el Agente del Ministerio Público tengan un real y verdadero salario acorde a su función, porque tenemos que reconocerlo, la Policía Judicial expone la vida, en situaciones difíciles cuando va a detener a alguna persona que realmente les va a responder con arma en mano.

Así, deben de tener buenos seguros de vida, y la facilidad necesaria para cumplir su función.

5.- Como decíamos, el Agente del Ministerio Público debe de acoplarse al artículo 16 Constitucional y la Policía Judicial también, para realizar su función, así, se deben obligar a éstos — funcionarios a tomar cursos respecto de garantías individuales y — derechos humanos, y en especial la privación legal de la libertad, cómo ha de realizarse.

CONCLUSIONES :

PRIMERA.- Podemos mencionar que el Derecho Penal es una normatividad dirigida a proteger bienes fundamentales para la vida del hombre, estableciendo tipos los cuales al ser reunidos por el sujeto activo, éste último se hace acreedor a una sanción penal, la cual a la vez garantiza al sujeto pasivo la pronta restitución de su bien jurídico tutelado por las Leyes penales.

SEGUNDA.- La Garantía Individual es un Derecho Subjetivo, señalado en la Constitución Política, el cual es inherente al hombre y va a regular la relación entre el gobierno y el gobernado estableciendo los alcances y límites que el gobierno pueda tener sobre el gobernado, así como los requisitos de fundamentación y motivación señalados por el artículo 16 Constitucional para que no se viole ninguna garantía individual, siendo ésta creada por las exigencias de la sociedad.

TERCERA.- El Derecho Humano, es el Derecho Fundamental del hombre, el cual va a regular su situación o su relación frente al poder público, sin que éste Derecho Humano sea legislado, ya que al suceder esto se convierte en una garantía individual, por lo tanto es de suma importancia el hecho de no estar legislado, pero es un derecho que se debe respetar por su esencia misma.

CUARTA.- Consideramos que la libertad personal, el Derecho Penal y la sociedad, son tres elementos indispensables el uno

para los otros y viceversa ya que una sociedad siempre va a estar formada por personas que de alguna manera integran una agrupación y existe una relación entre ellas, surgiendo de esa relación la libertad personal para actuar la cual debe estar regida por un derecho, como lo es el Derecho Penal el cual va a tutelar bienes fundamentales para la subsistencia del hombre, siendo el primordial la vida de éste.

Por tal motivo consideramos de gran importancia la creación de un Derecho y en especial del Derecho Penal como instrumento para tratar de evitar que se cometa un acto sancionado por la Ley penal, y aún más, a quien lleve a cabo dicho acto se le sancionará con una pena.

Tanto del Derecho Penal, la Garantía Individual, el Derecho Humano, la Libertad Personal, el Derecho y la Sociedad, van a ser la base de la privación ilegal de la libertad.

Aunque consideramos muy importante destacar que si tales Leyes se aplicaran de una manera más uniforme y precisa, la sociedad se vería y se sentiría más segura debido a que no se cometerían tantos delitos y a su vez se evitarían las violaciones a las garantías individuales entre los particulares y por lo tanto disminuiría el abuso de autoridad, delito del que son objeto los particulares ya que las autoridades serán el sujeto activo del delito.

QUINTA.- Si bien es cierto que el artículo 16 de nuestra Carta Magna otorga una gran seguridad para el individuo, ya que na die puede ser molestado en su persona si no se cumplen los requisitos que señala dicho numeral; creemos que es -

necesario que se sancione de una manera más severa a la - autoridad que realice su acto de molestia sin estar debidamente fundado y motivado, ya que en muchas ocasiones el Ministerio Público manda a aprehender a las personas sin que en ningún momento exista ya la flagrancia de delito - y mucho menos se reúnan los requisitos señalados en el ya mencionado artículo 16 Constitucional. Ya que solo el - Juez es la autoridad competente que puede librar la orden de aprehensión. Siendo esto muy común dentro del período investigatorio.

SEXTA.- El hecho de que en muchas ocasiones la Policía Judicial - detenga a una persona de una manera arbitraria y la tenga en sus separos o comandancias tres o cuatro días, debe - ser también sancionado con una penalidad más severa, ya - que a menudo se llevan a cabo este tipo de actos y para - poner en libertad a dicho sujeto le piden dinero a sus fa- miliares, haciendo esto de mutuo propio sin que sus super- visores en muchas ocasiones se enteren de dicho ilícito. Incluso se amenaza al sujeto pasivo de que se tomarán represalias en contra de él si es que denuncia tal hecho. - Por lo anterior es que consideramos necesario incrementar la penalidad para el delito de abuso de autoridad.

SEPTIMA.- Es importante que se concientice a los miembros de la Po- licía Judicial de que únicamente son auxiliares del Agen- te del Ministerio Público, ya que esto encuentra su funda- mento legal en el artículo 21 de nuestra Constitución. Y que están bajo el mandato y orden de éste, ya que muy fre- cuentemente actúan como si fueran autoridad autónoma y - abusan de su nombramiento para privar de la libertad a - las personas haciendo esto en una forma totalmente ile- gal.

OCTAVA.- Aunque se establece la obligación de los particulares el tratar por todos los medios lícitos que tengan a su alcance la no consumación de los hechos delictivos que se sabe van a cometerse o bien que se esten cometiendo, esto — señalado en el numeral 400 del Código Sustantivo Penal, — consideramos necesario que se precise de forma clara y — concreta la obligación de denunciar los hechos delictivos que se han cometido y de no hacerlo se establezca una penalidad. Ya que es de interés de la comunidad el que se protejan los bienes jurídicos tutelados por el Derecho Penal Mexicano. De ello se desprende en forma necesaria el propugnar por que se inserte en el citado artículo de — nuestro Código Penal la obligación de informar a la autoridad persecutora de aquello de que se sabe se ha cometido y que constituye un ilícito, debido a que la consumación de éste cuando tiene carácter oficioso, atañe y perjudica el bienestar de todos y cada uno de los individuos que conforman la sociedad. Ya que esto podría operar en la privación ilegal de la libertad y en el abuso de autoridad.

NOVENA.- En el delito de abuso de autoridad en muchas ocasiones no únicamente el funcionario que está realizando una privación de la libertad en forma ilegal, es el que sabe que se está cometiendo dicho acto, sino que muchas personas — más lo saben y pueden hacer cesar dicha privación de la libertad o dar aviso a la autoridad correspondiente, pero no lo hacen así y contribuyen a que ésta continúe.

Por lo expuesto en el párrafo anterior consideramos que — también en este caso debería operar la conclusión anterior y agregar al artículo 215 de nuestro Código Penal — una sanción mayor para este tipo de ilícitos.

DECIMA.- El Ministerio Público es una institución cuya creación ha sido un gran avance para la sociedad, debido a que su función de representante social engloba una serie de actividades o diligencias a desarrollar dentro del período investigatorio, las cuales tendrá que llevar a cabo para decidir si ejerce o no la acción penal en contra del sujeto activo.

Es por tal motivo que consideramos necesario establecer el hecho de que el Ministerio Público es la única autoridad competente para decidir si ejerce o no la acción penal, y si decide no ejercerla por no encontrar reunidos el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, no siendo ésto violatorio de garantías y solo incurrirá en responsabilidad.

DECIMO PRIMERA.- Es de gran importancia destacar que los salarios que recibe el Agente del Ministerio Público así como la Policía Judicial deberían ser incrementados y ser un salario acorde a la importancia de sus funciones, debido a que la función que realice el Agente del Ministerio Público es la que va a decidir sobre el futuro del detenido.

Los elementos de la Policía Judicial también deberían tener un salario más acorde con su actividad, ya que debemos reconocer que en situaciones difíciles exponen la vida.

Consideramos que con el incremento a los salarios disminuiría en gran medida la corrupción y el abuso de autoridad así como también la privación ilegal de la libertad entre otras cosas, ya que estas dos instituciones lo hacen para allegarse fondos.

DECIMO SEGUNDA.— Es importante hacer notar que no existe un término establecido en la Ley en la cual se señale de una manera clara y específica cuanto debe durar el período investigatorio que lleva a cabo el Agente del Ministerio Público de nominado como Averiguación Previa.

Por tal motivo, es que creemos necesario se inserte en el Código de Procedimientos Penales un término en el cual se señale de forma bien determinada cuanto debe durar la Averiguación Previa llevada a cabo por el Agente del Ministerio Público y así éste no podrá tener al presunto o a los presuntos responsables detenidos por tiempo indefinido hasta que él crea conveniente, y esto a su vez acarrearía mayor eficacia en el desempeño de las actividades de el Agente del Ministerio Público.

DECIMO TERCERA.— Desde nuestro muy particular punto de vista y con base en el artículo 2o. del Código de Procedimientos penales, nos parece muy acertado el hecho de que no sea considerado como violatorio de Garantías Individuales el no ejercicio de la acción penal por parte del Agente del Ministerio Público, debido a que en el período de la Averiguación Previa, éste es autoridad, y por lo tanto él decidirá si ejercita o no dicha acción por ser facultad exclusiva de él.

Existe la problemática de que se dice que es violatorio de garantías el no ejercicio de la acción penal pero existe únicamente una jurisprudencia de 1946 que sí considera violatorio de garantías el no ejercicio de dicha acción, aunque también existe una infinidad de jurisprudencias que no lo consideran violatorio de garantías. Con base en la legislación y en las jurisprudencias consideramos que no es

violatorio de garantías el no ejercicio de la acción penal por parte del Agente del Ministerio Público por ser éste - autoridad dentro de la Averiguación Previa.

DECIMO CUARTA.- Si bien es cierto que existe la Comisión Nacional - de Derechos Humanos para velar por los intereses de los - ciudadanos cuando a éstos se les lesione en su Derecho Hu- mano o se les viole alguna Garantía Individual y esto sea_ cometido por alguna autoridad o funcionario público, cree- mos que la creación de esta institución es de gran impor- tancia, pero debería ser creada otra cuyo fin sea el mismo pero su creación y funcionamiento debe ser completamente - independiente del gobierno, y así se actuaría con mayor - justicia ya que ésta institución tanto económica como po- liticamente no dependería del gobierno, reconociéndole tam- bién como una institución de carácter supremo a la cual se le deben de respetar sus resoluciones y cumplir debidamen- te sus peticiones.

Lo anterior traería aparejado el hecho de que no existiera tanta privación ilegal de la libertad y abuso de autoridad de la que son víctima los particulares.

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

- ACOSTA ROMERO, MIGUEL: Teoría General del Derecho Administrativo.
Edit. Porrúa, S. A. 1990.
- AGUILAR CUEVAS, MAGDALENA: Derechos Humanos.
Colección Manuales. 1991.
- BARAJAS MONTES DE OCA, SANTIAGO: Comentarios al Artículo 16 Constitucional dentro de: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada.
U.N.A.M. 1985.
- BONESANO CESAR MARQUES DE BECCARIA: Tratado de los delitos y las —
penas.
Edit. Porrúa, S. A. 1988.
- BORJA OSORNO, GUILLERMO: Derecho Procesal Penal.
Puebla, Mex.
Edit. José M. Cajica Jr. 1969.
- BURGOA IGNACIO: Derecho Constitucional Mexicano.
Edit. Porrúa, S. A. 1989.
- Las Garantías Individuales.
Edit. Porrúa, S. A. 1975.
- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL: Derecho Penal Mexicano.
Edit. Porrúa, S. A. 1988.
- CARRANCA Y TRUJILLO RAUL y
CARRANCA Y RIVAS RAUL: Código Penal anotado.
Edit. Porrúa, S. A. 1987.
- CARRILLO FLORES, ANTONIO: La Constitución, la Suprema Corte y los —
Derechos Humanos.
Edit. Porrúa, S. A. 1981.

- CASTELLANOS TENA, FERNANDO: Lineamientos elementales de Derecho Penal.
Edit. Porrúa, S. A. 1981.
- DE PINA VARA, RAFAEL: Diccionario de Derecho.
Edit. Porrúa, S. A. 1970.
- FRAGA, GABINO: Derecho Administrativo.
Edit. Porrúa, S. A. 1989.
- FRANCO SODI, CARLOS: El Procedimiento Penal Mexicano.
Edit. Porrúa, S. A. 1946.
- FIX ZAMUDIO, HECTOR: Comentarios al Artículo 21 Constitucional dentro de Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada.
U.N.A.M. 1985.
- Ombudsman. Diccionario Jurídico Mexicano.
Tomo VI
U.N.A.M. 1984.
- GARCIA RAMIREZ, SERGIO y
ADATO DE IBARRA, VICTORIA: Prontuario del Proceso Penal Mexicano.
Edit. Porrúa, S. A. 1982.
- GOLDSTEIN, RAUL: Diccionario de Derecho Penal y Criminología.
Buenos Aires, Argentina.
Edit. Astrea 1983.
- GONGORA PIMENTEL, GENARO DAVID y
ACOSTA ROMERO, MIGUEL: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
Edit. Porrúa, S. A. 1987.
- GONZALEZ BLANCO, ALBERTO: El Procedimiento Penal Mexicano.
Edit. Porrúa, S. A. 1975.

- JIMENEZ ASENJO, ENRIQUE: Derecho Procesal Penal.
Vol. I s/F
Madrid, España.
- JIMENEZ HUERTA, MARIANO: Derecho Penal Mexicano.
Tomo III y V (suplemento).
Edit. Porrúa, S. A. 1983.
- NILSON PER-ERIK: El Ombudsman Defensor del Pueblo ¿ o que ?
Dentro de la Defensoría de los Derechos Uni-
versitarios de la U.N.A.M. y la Institución
del Ombudsman en Suecia.
U.N.A.M. 1986.
- NODARSE, JOSE: Elementos de Sociología.
Edit. Selector 1989.
- OBREGON HEREDIA, JORGE: Código de Procedimientos Penales para el —
Distrito Federal.
Edit. Porrúa, S. A. 1987.
- OSORIO Y NIETO, CESAR AUGUSTO: La Averiguación Previa.
Edit. Porrúa, S. A. 1981.

Síntesis de Derecho Penal.
Edit. Trillas 1984.
- PAVON VASCONCELOS, FRANCISCO: Manual de Derecho Penal.
Edit. Porrúa, S. A. 1974.
- PINA VARA, RAFAEL DE: Diccionario de Derecho.
Edit. Porrúa, S. A. 1970.
- PRECIADO HERNANDEZ, RAFAEL: Lecciones de Filosofía del Derecho.
Edit. Jus. 1979.
- RODRIGUEZ R., GUSTAVO HUMBERTO: Nuevo Procedimiento Penal Colombia-
no.
Bogotá: Colombia
Edit. Themis 1972.

- ROWAT, DONALD: El Ombudsman el Defensor del Ciudadano.
 Edit. Fondo de Cultura Económica.
 4a. Reimpresión 1986.
- SECCO ELLAURI, OSCAR: Los Tiempos Modernos y Contemporáneos.
 Edit. Kapelusz 1965.
- SERRANO ROBLES, ARTURO: El Juicio de Amparo en General y las Particularidades del Amparo Administrativo dentro de: Manual del Juicio de Amparo.
 Edit. Themis 1989.
- TRUEBA BARRERA, JORGE: El Juicio de Amparo en Materia de Trabajo.
 Edit. Porrúa, S. A. 1963.
- VENEGAS ALVAREZ, SONIA: Origen y devenir del Ombudsman.
 U.N.A.M. 1988.

L E G I S L A C I O N

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
 Edit. Porrúa, S. A. México. 1990.
- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.
 Edit. Porrúa, S. A. México. 1990.
- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.
 Edit. Delma México. 1991.
- Código Penal para el Distrito Federal.
 Edit. Porrúa, S. A. México. 1990.
- Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.
 Edit. Porrúa, S. A. México 1991.

O T R O S

Diario Oficial de la Federación.
México, Miércoles 6 de Junio de 1990.

La Procuración de Justicia, Nueva Filosofía del Ministerio Público.
Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal.
México. 1977.

1789 - 1989, Bicentenario de la Declaración de los Derechos del Hom
bre y del Ciudadano.
Secretaría de Gobernación.
México. 1989.