



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MEXICO

ESCUELA NACIONAL DE ESTUDIOS PROFESIONALES ACATLAN



"ESTUDIO SOBRE REFORMAS Y 1998 AL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL ANALIZANDO LOS BENEFICIOS Y PERJUICIOS DEL INDICIADO EN COMPARACION CON LA SOCIEDAD"

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE: LICENCIADO EN DERECHO PRESENTA: VICTOR HUGO HERNANDEZ CHAVARRIA

273581

ASESOR: LIC. JOSE LUIS VALADEZ ROSAS





Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

AGRADECIMIENTOS

A MI MADRE EMILIA.

Gracias por el apoyo, amor y comprensión que me brindaste durante todos estos años de estudio, así como durante toda mi vida, GRACIAS principalmente por tener tu amistad y tu tiempo, porque con nada puedo agradecer tu inapreciable compañía. GRACIAS por, brindarme la confianza y paciencia que he recibido motivándome día a día a superarme y por el cariño que siempre me has otorgado. GRACIAS, por haberme convertido en una Persona de provecho.
GRACIAS MAMA, CON TODO MI AMOR.

A MIS HERMANOS.

PACO, DIANA Y ABY.

Gracias por su apoyo y consejos.
Rezo a Dios la dicha de tenerlos conmigo.
Acordándome siempre de ustedes.
Como parte de mi oración
Intento hacer un justo reconocimiento
A quienes debo esta satisfacción(¡ustedes!)
Siendo para ustedes esta oración y eterno
agradecimiento.

A MI PAPA.

Como un testimonio de gratitud y agradecimiento por el apoyo moral que desde pequeño me brindaste y con el cual logré terminar mi carrera profesional y forjar un ser de provecho, siendo para mí la mejor de mis herencias.

AGRADECIMIENTOS

TIA TERESA.

Te agradezco que cuando me encontraba en la incertidumbre de la adolescencia y la rebeldía de la juventud, me hayas apoyado. Con amor, buenos ejemplos y consejos en todas circunstancias, porque con nada te puedo pagar este gran apoyo que me brindaste, pero sí puedo asegurarte que siempre estaré agradecido contigo.
GRACIAS.

MAMAKOCO, JAIME, VICKY.

Porque con nada puedo agradecer el apoyo, amistad y tiempo que me han brindado.
Porque con nada puedo agradecer su inapreciable compañía a lo largo de este camino.
Sólo puedo aseguraries que siempre estaré agradecido con ustedes.
y con estas palabras les he querido hacer un justo reconocimiento por lo que hemos logrado.

A MI CUÑADA MATILDE.

Gracias por el apoyo que me brindaste en la captura, mecanografía e impresión de éste trabajo de tesis por lo cual no quiero dejar pasar esta vez la sensación de agradecer cada minuto de ayuda que me diste.

AGRADECIMIENTOS

A MI ASESOR.

LIC. JOSE LUIS VALADEZ ROSAS.

Por la paciencia, consejos
y apoyo que me brindo para
el desarrollo y elaboración
de este trabajo de tesis.

Así como por su tiempo para
la conclusión del mismo.

A LA UNAM.

Por la fortuna que tuve
que la Universidad la
máxima casa de estudios
me abriera sus puertas, y con
ello me brindará todo el
conocimiento que he adquirido
para la consecución
de esta Licenciatura que le
agradeceré toda mi vida,
así como el tratar de
corresponder a la formación
que me dio, acrecentando
mi cariño, admiración y respeto
por esta gran Institución.

A LOS PROFESORES.

Les agradezco profundamente el
haber compartido conmigo todos
sus conocimientos, el poder
brindarme un poco de su valioso tiempo
para compartir sus enseñanzas
en las aulas de estudio, me hayan
ayudado y apoyado en los momentos
difíciles. Así como por todos los
momentos en los que me motivaron
a seguir adelante para alcanzar
este título académico, del cual
siempre estaré agradecido.

A LA MEMORIA DEL PROFESOR
JUANITO RIVERA.

El cual siempre me dio un gran
apoyo moral y me ayudo en la
búsqueda de información para la
conclusión de este trabajo de tesis.

CAPITULADO.

Pag.

| | |
|-------------------|---|
| INTRODUCCION..... | 1 |
|-------------------|---|

CAPITULO PRIMERO.

1.-ANTECEDENTES HISTORICOS

| | |
|--|---|
| a) Derecho Romano..... | 2 |
| b) Derecho Español..... | 4 |
| c) Constitución de Apatzingán de 1814..... | 4 |
| d) Constitución Federal de 1824..... | 4 |
| e) Constitución Centralista de 1836..... | 5 |
| f) Constitución Federal de 1857..... | 8 |
| g) Constitución Federal de 1917..... | 9 |

CAPITULO SEGUNDO.

2.-CONTENIDO JURIDICO DEL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL.

| | |
|--------------------------------------|----|
| a) Como norma..... | 15 |
| b) Como garantía..... | 20 |
| c) Su naturaleza..... | 24 |
| d) Su extensión..... | 25 |
| e) Su contenido..... | 27 |
| f) Sus elementos..... | 27 |
| g) Bienes jurídicos que protege..... | 28 |
| h) Su alcance protector..... | 36 |

CAPITULO TERCERO.

Pag.

3.-COMPARACION, ANALISIS Y ESTUDIO JURIDICO DEL ARTICULO 16 COSTITUCIONAL CON LAS REFORMAS DE 1993 Y 1996

| | |
|---|----|
| a) Análisis de las iniciativas de los proyectos de decretos que reforman y adicionan el artículo 16..... | 38 |
| constitucional. | |
| b) Comparación del artículo 16 constitucional antes y después de las reformas de 1993 y 1996..... | 39 |
| c) Con las reformas al artículo 16 constitucional se pretende que no se afecten los Derechos Humanos..... | 44 |
| d) Estudio jurídico del artículo 16 constitucional con las reformas de 1993 y 1996..... | 47 |
| e) Beneficios y perjuicios que otorga el artículo 16 constitucional de acuerdo a las reformas de 1993 y 1996..... | 75 |

CAPITULO CUARTO.

4.-COMO INFLUYEN LAS REFORMAS DEL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.

| | |
|---|----|
| a) Situaciones legales del individuo..... | 81 |
| b) Averiguación Previa..... | 82 |
| c) En la pre- instrucción..... | 84 |
| d) Instrucción..... | 91 |
| e) En la primera instancia..... | 94 |
| f) En la segunda instancia..... | 97 |
| g) Ejecución..... | 99 |

CAPITULO QUINTO.

5.-COMO LA COMISION DE DERECHOS HUMANOS DETERMINA SI SE APLICARON DE MANERA CORRECTA LOS BENEFICIOS CONSTITUCIONALES PARA LA BUENA INTEGRACION DEL PROCEDIMIENTO PENAL.

| | Pag. |
|--|------|
| a) Breve análisis histórico de las Comisiones de Derechos Humanos..... | 102 |
| b) Pasos para presentar una queja ante la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal..... | 103 |
| c) Eficacia del Derecho Penal frente a los Derechos Humanos..... | 104 |
| d) Preservación del principio de legalidad..... | 107 |
| e) Lucha frontal contra la impunidad..... | 109 |
| f) Seguridad Pública..... | 110 |
| g) Aspectos negativos de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal en la integración del procedimiento penal..... | 111 |
| h) Ejemplos de los aspectos negativos de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal..... | 112 |

CAPITULO SEXTO

6.- ANALISIS Y CONTENIDO JURIDICO DEL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL CON LAS REFORMAS DE 1998.

| | |
|--|-----|
| a) Análisis de la iniciativa del proyecto de decreto que reforma y adiciona el artículo 16 constitucional..... | 125 |
| b) Contenido jurídico del artículo 16 constitucional con las reformas de 1998..... | 127 |
| c) Comparación del artículo 16 Constitucional antes y después de las reformas de 1998..... | 134 |
| Conclusiones..... | 138 |
| Bibliografía..... | 141 |

INTRODUCCION.

Siendo las garantías individuales el dique que impide al Estado extralimitarse en el uso de sus facultades que la Constitución le otorga cuando éste realiza los actos de gobierno, es necesario que el gobernado los conozca y pueda cuando sean violadas estas, impugnar el acto por medio del juicio de amparo.

Considerando que las garantías individuales en nuestra Constitución se clasifican en clases que a saber son de Igualdad, Libertad, Propiedad y Seguridad Jurídica. En el presente estudio analizaremos la última de la clasificación., en especial la que se encuentra en el artículo 16 constitucional, por considerar que es uno de los preceptos que imparten mayor protección a cualquier gobernado, sobre todo a través de la garantía de legalidad que consagra, y de acuerdo a las consideraciones que busca el legislador al reformar el artículo 16 de nuestra Carta Magna buscando el justo equilibrio entre los principios de seguridad y libertad en virtud de que quedan en predicamento los bienes más importantes, como sabemos, del ser humano su vida misma, su libertad, su patrimonio y su honor.

El infractor o presunto infractor, una especie de enemigo diplomado titulado por la sociedad, se le llama a ese enemigo de la sociedad, enemigo público y bajo éste incómodo título, es frecuentemente maltratado desde el punto de vista social y también desde el punto de vista jurídico. Hay pues, necesidad de restituirle en el goce y ejercicio de una serie de derechos que le han sido formalmente retirados o en todo caso, minimizados

Es por lo que se debe ventilar un delicado equilibrio entre los intereses de la sociedad y la víctima del delito por una parte y por la otra los del inculpado., es decir, un delicado equilibrio simétrico de los platillos de la balanza, evitando que alguno de ellos se incline, ascienda o descienda en perjuicio del otro y este suele ser el platillo de la justicia social, penal favorable al indiciado.

Por esto, por ser la garantía que se consagra en el artículo 16 constitucional, la más sensible de todas, que es muy profunda y muy importante, entre los Derechos Humanos y el Derecho Penal, a tal punto que se ha dicho y con razón que el régimen penal en su conjunto y particularmente en el enjuiciamiento penal, es el escenario típico de los Derechos Humanos, en el sentido de que es ahí precisamente, donde hacen crisis estos derechos, los derechos del ser humano supusimos que podría resultar apasionante el desarrollo del tema.

CAPITULO PRIMERO.

ANTECEDENTES HISTORICOS.

Para dar inicio a nuestro estudio jurídico del análisis del equilibrio que se le pretende dar al indiciado de acuerdo con las reformas de 1993, al artículo 16 constitucional, tenemos forzosamente que remontarnos muchos años atrás, recurriendo a la historia, y en este caso en particular a la historia del derecho romano, cual de sin número de legislaciones incluyendo la nuestra.

El derecho romano, nos dice el maestro MARGADANT, "que originalmente, es el derecho reconocido por las autoridades romanas hasta el año 476 d. de J.C. y desde la división del imperio, es reconocido por las autoridades bizantinas". (1) Es gracias a la compilación realizada por juristas bizantinos en tiempos del emperador Justiano (527=565), llamada desde la edad media CORPUS IURIS CIVILIS, que en la actualidad podemos tener el privilegio de conocerlo y estudiarlo para complementar nuestra cultura jurídico-histórica en general, así como también para conocer los antecedentes de nuestro derecho actual ya que el mundo esta repartido en dos grandes familias de sistemas jurídicos: la anglosajona y la romanista a la cual pertenece México, el derecho romano influyo en el derecho mexicano por cuatro conductos principales que son:

- 1.- El Derecho Español; por ejemplo las siete partidas que en parte tenían carácter de derecho vigente en México hasta la expedición del Código Civil de 1870.
- 2.- El Derecho Napoleónico y otros grandes códigos europeos, todos los cuales contienen mucho derecho romano y que sirvieron de inspiración a las codificaciones mexicanas.
- 3.- El estudio intensivo del CORPUS IURIS que realizaron generaciones anteriores de juristas mexicanos.
- 4.- El influjo de la dogmática Pandectista y la gran autoridad científica de los grandes romanistas alemanes del siglo pasado, como son: Von Savigny, Von Jhering, Windscheid, Dernburg y otros. Por todos estos contactos el Derecho Romano se convirtió en el derecho moderno mexicano, especialmente en materia de derechos reales, obligaciones y sucesiones.

El Derecho Romano nos ofrece los conceptos fundamentales de una ciencia jurídica supranacional, las principales reglas según las cuales se combina estos conceptos, además de las bases terminológicas y es gracias al derecho romano que nuestro derecho adquiere una cultura jurídica-histórica, ya que el hombre a través de la historia adquiere una visión que le permite tener una cultura íntegra capaz de poder comprender más ampliamente las relaciones jurídica-humanas que se han venido dando a través de la historia misma.

EUGENE PETIT, nos dice al respecto que "el derecho romano debe ser estudiado como un modelo".

¹ MARGADANT S. GUILLERMO F. Derecho romano editorial esfinge S. A. México 1982 paginas 11 y 12.

² PETIT, Eugene. Tratado elemental de derecho Romano. Editorial Epoca, S. A. 9a Edición México, 1977 página 17

Ya que en Roma más que en otra parte, los ciudadanos estaban iniciados paralela practica del derecho, es por eso que el derecho romano evidentemente tiene una utilidad histórica. Toda vez que nuestro derecho actual tiene sobre todo por orígenes la costumbre y el derecho romano. Títulos enteros de nuestro Código Civil especialmente la teoría de las obligaciones han sido sacadas de esta fuente. Para comprender bien sus disposiciones es por consiguiente, es especial conocer las leyes antiguas que se traducen esencialmente en el derecho romano.

Atendiendo a la importancia que tiene el derecho romano en un sin número de legislaciones especialmente en la nuestra (mexicana), para poder iniciar nuestro estudio del análisis del artículo 16 constitucional, es necesario estudiar el origen en el derecho romano el cual se ha tomado como modelo. Y para poder comprender más a fondo este aspecto histórico, veremos cuales fueron las fuentes que dieron origen a éste derecho tan desarrollado que fue el derecho romano mismo que a su vez dió las bases para nuestro ordenamiento jurídico vigente.

MARGADANT dice que "" para poder comprender la historia externa del derecho privado romano es necesario distinguir varias clases de fuentes jurídicas tales como:

- a) Fuentes formales del derecho, es decir la ley, la costumbre, la jurisprudencia, etc.
- b) Fuentes históricas, esto es los documentos por los cuales conocemos el derecho como son: el manuscrito de las Instituciones de Gayo, el manuscrito de Florencia del Digesto, etc.
- c) Fuentes reales o sea los acontecimientos o situaciones psicológicas que han dado lugar a determinadas medidas jurídicas, esto es sin olvidar la costumbre, es decir cuando hay cierta uniformidad en los actos positivos o negativos (omisiones), que realizan los que integran un grupo social en determinadas circunstancias ya desde hace largo tiempo siempre y cuando esta uniformidad se base en una opinión *necessitatis*, en parecer general de que así debe uno comportarse. El derecho consuetudinario que entonces surge y que constituye una primera manifestación de la vida jurídica es una primera señal que nos muestra cuando un grupo primitivo comienza a transformarse en una verdadera sociedad"".

Son estas fuentes del derecho romano lo que sin lugar a dudas siguen teniendo vigencia en la creación, transformación y actualización de nuestro derecho positivo, de acuerdo al momento histórico que viva, teniendo nuestro derecho por orígenes la costumbre así como el mismo derecho romano ya que así lo demuestra nuestro propio Código Civil especialmente a lo que se refiere a la Teoría de las Obligaciones.

b) DERECHO ESPAÑOL.

El primer antecedente que encontramos se refiere a los artículos 287 y 292 de la Constitución Política de la Monarquía Española, misma que fue promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812. Dichos preceptos establecen lo siguiente:

"Artículo 287.-Ningún español podrá ser preso sin que preceda información sumaria, pena corporal y mandamiento del Juez por escrito".

"Artículo 292.-En fraganti todo delincuente puede ser arrestado y todos pueden arrestarle y conducirlo ante el Juez".

c) CONSTITUCION DE APATZINGAN DE 1814.

Encontramos el numeral 166 del Decreto constitucional para la libertad de América Latina, que fue sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814.

Así dicho artículo establecía:

"No podrá el Supremo Gobierno arrestar a ningún ciudadano por mas de cuarenta y ocho horas, dentro de las cuales deberá remitir al detenido al Tribunal competente".

d) CONSTITUCION FEDERAL DE 1824.

Se encuentra conformado por los artículos 11, 72, 73 del Reglamento provisional Político del Imperio Mexicano, suscrito en la Ciudad de México el 18 de diciembre de 1822. Dichos artículos prevenían lo siguiente:

"Artículo 11.-Nadie puede ser preso ni arrestado sino conforme a lo establecido en la Ley anterior".

"Artículo 72.-Ningún mexicano podrá ser preso por queja de otro, sino cuando el delito merezca pena corporal y conste en el mismo acto, o el quejoso se obligue a probarlo dentro de seis días".

"Artículo 73.-En fraganti todo delincuente debe ser preso y todos pueden arrestarle conduciéndole a la presencia del Juez".

Posteriormente estos artículos fueron contemplados por la Constitución por la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, sancionado por el Congreso General Constituyente el 4 de octubre de 1824, así como los artículos que se referían a la privación de la libertad, los artículos 112 en su fracción segunda, y 150, mismos que señalaban:

"Artículo 112.-Las restricciones de las facultades del Presidente de la República son las siguientes:

Fracción II.-No podrá el Presidente privar a ninguno de su libertad, ni imponerle pena alguna; pero cuando lo exijan el bien y la seguridad de la Nación, podrá arrestar debiendo poner a las personas arrestadas, en el término de cuarenta y ocho horas a disposición del Tribunal o Juez competente".

"Artículo 150.-Nadie podrá ser detenido sin que haya semiplena prueba o indicio de que es delincuente".

e) CONSTITUCION CENTRALISTA DE 1836.

El 29 de diciembre de 1836, se suscribieron en la Ciudad de México, las Leyes Constitucionales de la República Mexicana, mismas que establecían: En la primera Ley, en su artículo 2o. fracciones primera y segunda; artículo 18 fracción segunda de la cuarta Ley; y de la quinta Ley en sus artículos 41, 42, 43 fracciones primera y segunda y artículo 44 lo siguiente:

"Artículo 2º.-Son derechos del mexicano:

Fracción I.-No poder ser preso sino por mandamiento de Juez competente dado por escrito y firmado, ni aprehendido sino por disposición de las autoridades a quienes corresponda según la Ley, exceptuándose el caso de delito in fraganti en el que cualquiera puede ser aprehendido, presentándole a su Juez o a otra autoridad pública".

Fracción II.- No podrá ser detenido por más de tres días por autoridad ninguna política, sin ser entregado a fin de ellos, con los datos para su detención, a la autoridad judicial, ni esta por más de diez días sin proveer auto motivado de prisión. Ambas autoridades serán responsables del abuso que hagan de los referidos términos".

"Artículo 18.-No puede el Presidente de la República:

Fracción II.- Privar a nadie de su libertad, ni imponerle por sí, pena alguna; pero cuando lo exijan el bien y la seguridad pública, podrá arrestar a los que fueren sospechosos, debiendo ponerlos a disposición del Juez o Tribunal competente a los tres días a mas tardar".

" Artículo 41.-El mandamiento escrito y firmado del Juez que debe preceder a la prisión, según el párrafo primero, artículo 2o. de la primera Ley constitucional, se hará saber en el acto al interesado; este y todos deberán obedecer, cumplir y auxiliar estos mandamientos, y cualquier resistencia o arbitrio para embarazarlos o eludirlos, son delitos graves que deberán castigarse según las circunstancias".

"Artículo 42.-En caso de resistencia o temor fundado de fuga, podrá usarse la fuerza".

"Artículo 43.-Para preceder a la prisión se requiere:

Fracción I.-Que preceda información sumaria de que resulte haber sucedido un hecho que merezca, según las leyes, ser castigado con pena corporal".

Fracción II.-Que resulte también un motivo o indicio suficiente para creer que tal persona ha cometido un hecho criminal".

"Artículo 44.-Para preceder a la simple detención basta alguna presunción legal o sospechosa fundada, que incline al Juez contra persona y por delito determinado. Una Ley fijará las penas necesarias para reprimir la arbitrariedad de los Jueces en esta materia".

Existe el antecedente en el que se encuentra comprendido por el artículo 9o. fracciones primera, segunda y tercera del Proyecto de Reformas a las Leyes Constitucionales de 1836, fechado en la Ciudad de México el 30 de junio de 1840. Dicho artículo prevenía:

"Artículo 9.-Son derechos del mexicano:

Fracción I.-Que nadie lo puede aprehender o detener sino por disposición de las autoridades facultadas expresamente por la Ley, y en virtud de indicios a lo menos, por los cuales se presume ha cometido intentaba cometer algún delito, solo en el caso de que las circunstancias no den tiempo para ocurrir a las autoridades, cualquier individuo podrá aprehender al delincuente, con tal de que el acto continuo lo presente a cualquiera de ellas, expresando los motivos que lo hayan obligado al procedimiento.

Fracción II.-Que no pueda ser llevado a la cárcel o a otro lugar de prisión, ni mantenerse en ella fuera de los términos que se expresarán adelante, sin que se expida al efecto, mandamiento por escrito, firmado de la autoridad respectiva o se provea auto formal motivado y se de copia de uno y otro tanto al interesado como al alcalde o custodio de la prisión. Estos no recibirán en ella ningún reo sin este requisito.

Fracción III.-Que no pueda ser detenido mas de tres días por ninguna autoridad política, sin ser entregado a fin de ellos con los datos que hayan dado margen al procedimiento, a la autoridad judicial, ni por ésta mas de ocho días, sin proveer auto motivado de prisión".

Posteriormente, el 25 de agosto de 1842, en la Ciudad de México, se presentó el primer proyecto de la Constitución Política de la República Mexicana, que establecía en su artículo 7o., fracciones sexta, séptima y novena lo siguiente:

"Artículo 7.-La Constitución declara a todos los habitantes de la República el goce perpetuo de los derechos naturales de LIBERTAD, IGUALDAD, SEGURIDAD y PROPIEDAD, contenidos en las disposiciones siguientes:

Fracción VI.- Ninguno puede ser aprehendido, detenido ni preso sino por previo mandato o auto escrito de Juez competente de su propio fuero, ni juzgado o sentenciado por otro; ni custodiado fuera de la residencia del que debe juzgarlo, ni preso en otro edificio del que le señale el Juez, conservándose aquél a su absoluta disposición.

Fracción VII.- Ninguno será aprehendido sino cuando contra él obren indicios por los cuales es presuma ser el reo de un delito que se ha cometido; no será detenido mas de tres días, a menos que subsistan las presunciones que dieron causa a su detención, ni mas de ocho sin que prevea el auto motivado de su prisión.

Fracción IX.- Las autoridades políticas pueden mandar aprehender a los sospechosos y detenerlos por veinticuatro horas; mas al fin de ellas, deben ponerlos a disposición de su propio Juez con los datos para su detención. En cuanto a la imposición de las penas, no pueden decretar otras que las pecuniarias o de reclusión que en su caso establezcan las leyes".

Otro antecedente que existe es el que se refiere al artículo 5o. fracciones sexta y séptima del voto particular de la minoría de la Comisión Constituyente de 1842, fechado en la Ciudad de México el 26 de agosto de 1842 y que estatuye.

"Artículo 5.-La Constitución otorga a los derechos del hombre las siguientes garantías:

Fracción VI.- SEGURIDAD.- Toda aprehensión debe verificarse por los funcionarios a quienes la Ley concede esa facultad, en virtud de indicios de que se ha cometido determinado delito de que sea responsable el aprehendido, y previa orden escrita de la autoridad judicial, de su propio fuero o de la política respectiva.

Exceptuándose el caso de delito in fraganti, en el que cualquiera puede ser aprehendido, presentándolo inmediatamente a su propio Juez o a otra autoridad pública.

Fracción VII.- El aprehendido no podrá ser detenido por mas de ocho días por la autoridad judicial, sin proveer el auto de prisión, ni mas de veinticuatro horas por la policía, la cual lo entregará al fin de ellas a su Juez con los datos que tuviere".

El artículo 13 fracción décimo primera del Segundo Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la Ciudad de México el 2 de noviembre de 1842, decía:

"Artículo 13.-La Constitución reconoce en todos los hombres derechos naturales de LIBERTAD, IGUALDAD, SEGURIDAD y PROPIEDAD, otorgándoseles en consecuencia, las siguientes garantías:

SEGURIDAD.

Fracción XI.- Ninguna será aprehendida sino por los agentes o personas que la Ley establezca y en virtud de orden escrita del Juez de su propio fuero o de la autoridad política respectiva y cuando contra él obren indicios por los cuales se presume ser reo de un determinado delito que se ha cometido, y no podrá ser detenido por más de ocho días por la autoridad judicial, sin proveer el auto de prisión, ni más de veinticuatro horas por la policía, la cual lo entregará dentro de ellas a su Juez con los datos que tuviere"".

Por su parte, las Bases orgánicas de la República Mexicana, acordadas por la Honorable Junta Legislativa establecida conforme a los Decretos del 9 y 23 de diciembre de 1842, sancionadas por el Supremo Gobierno Provisional con arreglo a los mismos decretos el 12 de junio de 1843 y publicadas por Banda Nacional el día 14 del mismo establecieron:

""Artículo 9.=Decretos de los habitantes de la República:

Fracción VII.- Ninguno será detenido sino por mandato de autoridad competente dada por escrito y firmada, y sólo cuando obren contra él indicios suficientes para presumirlo autor del delito que se persigue. Si los indicios se corroboraren legalmente, podrá decretarse la prisión.

Fracción VII.- Ninguno será detenido por más de tres días por la autoridad política sin ser entregado con los datos correspondientes al Juez de su fuero, ni éste lo tendrá en su poder más de cinco días sin declararlo bien preso.

Si el mismo Juez hubiere verificado la aprehensión o hubiere recibido al reo antes de cumplirse tres días de su detención, dentro de aquel término se dará el auto de bien preso, de modo que no resulte detenido más de ocho.

El mismo lapso de estos términos hace arbitraria la detención y responsable a la autoridad que la cometió y a la superior que deje sin castigo al delito"".

f) CONSTITUCION FEDERAL DE 1857.

Se encuentra incluido en los numerales 40 al 43 del Estatuto Orgánico Provisional de la República Mexicana, dado en el Palacio Nacional de México el 15 de mayo de 1856, que reza:

""Artículo 40.=Ninguno será aprehendido sino por los agentes que la Ley establezca, o por las personas comisionadas al efecto, y en virtud de su orden escrita del Juez de su propio fuero o de la autoridad política respectiva, y cuando contra él obren indicios por los cuales se presume ser reo de determinado delito que se haya cometido"".

"Artículo 41.-El delincuente in fraganti, el reo que se fuga de la cárcel o del lugar en que sea cometido el delito y el reo ausente que sea llamado por pregones públicos pueden ser aprehendidos por cualquier particular, quien en el acto, lo presentará a la autoridad política".

"Artículo 42.-La autoridad judicial puede librar ordenes para la aprehensión de reos de otro fuero, siempre que aparezcan como cómplices de algún delito de su conocimiento, poniendo al detenido dentro de cuarenta y ocho horas, a la disposición del Juez competente".

"Artículo 43.-La autoridad política deberá poner los detenidos a disposición del Juez de la causa dentro de setenta horas. Pasadas éstas, el Juez podrá reclamar la entrega del detenido y de los datos que obren contra él; y si no lo recibiere dentro de las veinticuatro horas después de pedidos, dará la orden de libertad de aquél, la cual será obedecida por el encargado del supuesto reo en custodia, sin oponer pretexto alguno, a no ser que antes haya sido ordenado dejar al reo a disposición de algún Juez".

El proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la Ciudad de México el 16 de junio de 1856, establecía:

"Artículo 5.....En el caso del delito in fraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata".

"Artículo 27.-A todo procedimiento de orden criminal debe preceder querrela o acusación de la parte ofendida o instancia del Ministerio Público que sostenga los derechos de la sociedad".

De dichos antecedentes se constituye el artículo 16 de la Constitución Política de la República Mexicana, sancionado por el Congreso General Constituyente el 5 de febrero de 1857, y que señalaba:

"Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles y posesiones, sino en virtud de mandato escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento. En el caso de delito in fraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata".

g) CONSTITUCION FEDERAL DE 1917.

Dicho antecedente se encuentra en el Mensaje y Proyecto de la Constitución de Venustiano Carranza, fechados en la Ciudad de Querétaro el 10 de diciembre de 1916 y que dice:

""Artículo 16 del Proyecto. - No podrá librarse orden de arresto contra ninguna persona sino por la autoridad judicial, y siempre que se haya presentado acusación en su contra por un hecho determinado que la Ley castigue con pena corporal y que este, además, apoyada por declaración bajo protesta de persona digna de fe, o por otros datos que hagan probable su responsabilidad, 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, podrá la autoridad administrativa decretar, bajo su mas estrecha responsabilidad, la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial"".

El precepto constitucional en estudio fue presentado como el artículo 16 del Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza que decía:

""Artículo 16 del Proyecto.- No podrá librarse ordenes de arresto contra una persona, sino por la autoridad judicial y siempre que se haya presentado acusación en su contra por un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal o alternativa pecuniaria y corporal, que este, además, apoyada por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otro datos que hagan probable su responsabilidad, hecha excepción de los casos de flagrante delito, en el que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.

""Solamente en casos urgentes podrá la autoridad administrativa decretar bajo su más estrecha responsabilidad, la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial"".

Una vez presentado el mismo, la Comisión propone a la Asamblea ciertas variaciones y que son: en primer lugar, que en ella se exprese el motivo por el que fue dictada y fundamento legal en que se apoye; en segundo término, no autorizar la aprehensión de una persona cuando el hecho que se le impute tuviere señalado pena alternativa de pecuniaria o corporal, pudiendo sustituirse en este caso, la de aprehensión por simple citación, sin mediar peligro alguno. Por último, que es peligroso facultar a la autoridad administrativa para ordenar aprehensiones, ni aún en casos urgentes. Por otro lado, la necesidad de dejar la calificación de urgencia del caso a la misma autoridad ejecutora, podría dar lugar a abusos frecuentes.

Asimismo, y como consecuencia de las observaciones anteriores, la Comisión propone a la Asamblea la aprobación del artículo en la forma siguiente:

""Artículo 16.-Nadie podrá ser aprehendido sino por orden escrita, motivada y fundada de la autoridad judicial. No podrá expedirse ninguna orden de aprehensión sin que preceda acusación por un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal y sin que este apoyada aquella por otros datos que hagan probable la responsabilidad.

"En caso de flagrante delito, cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata."

Este dictamen suscitó el siguiente:

D E B A T E .

En primer lugar, la Asamblea hace notar que el precepto legal no hace; diferenciación entre lo que es aprehensión y arrestó, lo cual podría servir de abuso a la autoridades, escuchando se en esta omisión. Asimismo anota la Asamblea que el artículo no establece que la autoridad judicial deba ser competente, tal y como lo invoca la Constitución de 1857. Esto, sostiene la Asamblea, naturalmente puede estimarse como de sentido común, pero no puede dejarse lugar alguno a que pueda refugiarse una injusticia.

Juzga pertinente la Comisión, que las ordenes de arresto se libren por escrito, con la finalidad de que el individuo a quien se aprehenda tenga ya una idea general respecto del asunto o del delito que se le imputa. Sin embargo, con el fin de dar mayor fuerza a las garantías individuales y en relación al artículo constitucional de 1857, la Comisión cree enteramente peligroso dejar a las autoridades administrativas dictar ordenes de arresto, por que no se fija en aquél a que autoridad administrativa se le concede esta medida, pues por autoridad administrativa puede comprenderse igualmente desde el gobernador del Estado, hasta un gendarme y darse el caso de ser arrestado por éste último y detenido setenta y dos horas, hasta que el Juez no averigüe el delito que se le imputa; además dice la Comisión por pequeño que sea un pueblo, tiene autoridades judiciales, amén de que la autoridad administrativa debe limitarse a vigilar al presunto delincuente en tanto se de cuenta a la autoridad judicial para que éste dicte en toda forma sus ordenes respectivas.

Por otra parte, la Asamblea manifiesta que no puede haber arresto sin que exista una previa aprehensión de un individuo que hubiere cometido una falta o un delito flagrante, en que cualquier persona lo puede hacer sin necesidad de orden de aprehensión por escrito. No obstante, la Asamblea considera que no existe una razón de peso para que la Comisión haya desechado en su dictamen, la parte que contiene el Proyecto de reformas a la Constitución y que dice:

""Solamente en caso urgente podrá la autoridad administrativa, bajo su mas estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial"".

Contestando a lo anterior, la Comisión manifiesta que para los casos verdaderamente urgentes de delitos, se autoriza hasta a los particulares para que hagan aprehensiones; eso en caso de delito in fraganti, en casos de verdadera urgencia, y si se han de considerar otra clase de delitos y otra clase de autorizaciones tan urgentes, que hasta la autoridad administrativa pueda librar la

orden de aprehensión, entonces, dice la Comisión, no se habrá remediado nada; pues es factible que se preste a abusos por parte de la autoridad, que en cualquier momento podrá alegar que juzgo urgente determina situación y decretar la privación de la libertad a un individuo que no merece sufrir tal atropello ni merece mucho menos, se le prive de la libertad.

En la vigésimo cuarta sesión ordinaria celebrada el 27 de diciembre de 1916, se leyó un nuevo dictamén sobre el artículo 16 del Proyecto de Constitución, con las modificaciones siguientes:

a) Sustituir la palabra aprehendido por la palabra arrestado, por ser está más específica.

b) Que se faculte a la autoridad administrativa para verificar aprehensiones en casos urgentes, precisando que la autoridad administrativa a quien se le concede esa facultad, es la primera autoridad municipal del lugar.

Así, se propone a la Asamblea el artículo 16 en los siguientes términos:

""Artículo 16.=Nadie podrá ser arrestado sino por orden escrita, motivada y fundada, de la autoridad judicial.

No podrá expedirse ninguna orden de aprehensión sin que preceda acusación por un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal y sin que este apoyada aquella en otros datos que hagan probable la responsabilidad.

En el caso de flagrante delito, cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.

Solamente en casos urgentes la primera autoridad municipal del lugar podrá decretar, bajo su mas estrecha responsabilidad, la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial..."".

Este nuevo dictamén suscitó el siguiente:

D E B A T E .

En la vigésimo séptima sesión ordinaria, celebrada el 2 de enero de 1917, se sugiere, como primera observación, que se debe respetar la libertad antes de ser atropellada, no cuando los ciudadanos estén en la cárcel, sufriendo los rigores de la privación de la libertad, pues es más importante la libertad que la propiedad.

Ante esta primera observación, la Comisión resuelve que es peligroso no privar de la libertad a un individuo sobre cuya persona recae la posible comisión de un acto delictivo, ya que, de lo contrario, se tendrá que esperar a que el Juez dictará una orden en su contra, la cual, el sospechoso no acataría, dándole así tiempo para darse a la fuga.

En lo tocante al arresto, la Comisión manifiesta que se entiende por tal, el hecho de proceder a la captura de una persona y ponerla a disposición de la autoridad que deba juzgarla. La autoridad judicial no podrá aprehender a ninguna persona, sino que liberará ordenes a la policía. Por esta razón, creyó la Comisión más propio utilizar la palabra arresto en lugar de aprehensión.

En este mismo sentido, la Asamblea sugiere que se suprima la palabra judicial seguida de autoridad, es decir, que cuando una persona tenga el valor civil de aprehender a otra en el momento en que esta cometiendo un delito, no sea menester poderlo a disposición de la autoridad inmediata, sino que debe bastar con que se ponga a esa persona a disposición de la autoridad inmediata únicamente, ya que de lo contrario, la persona que aprehendiera al delincuente in fraganti, tendrá bajo su responsabilidad la privación ilegal de esa libertad.

En otra parte del articulo se dice que no podrán librarse ordenes de arresto contra ninguna persona, sino por la autoridad judicial y sin que se haya presentado acusación en su contra por un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal o alternativa de pecuniaria y corporal y que este, además, apoyada por declaración, bajo protesta de persona digna de fe o por otros datos. que hagan probable su responsabilidad, 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. Pues bien, esto le parece a la Asamblea que se refiere únicamente a los delitos que solo se persiguen por acusación de parte; tratándose de delitos de oficio, por ejemplo, no podrá procederse al arresto de ninguna persona porque en esos delitos, nadie presenta acusación, y en este sentido, el precepto queda vago, por lo que se sugiere la precisión en la redacción a fin de no incurrir en un error, y mas tarde a interpretaciones que puedan dar margen a complicaciones.

Inconforme con el nuevo dictamen, la Asamblea sugiere que la Comisión retire el artículo y lo redacte nuevamente, en forma tal, que cumpla con las anteriores observaciones. El dictamen fue rechazado y, por lo tanto, retirado.

En la trigésima octava sesión ordinaria, celebrada el día 11 de enero de 1917, se presentó el tercer y último dictamen, en el que se hicieron las siguientes enmiendas:

a) Que la orden de aprehensión que expida la autoridad judicial, sea por escrito, motivada y fundada que sólo haya lugar para la aprehensión por delito que merezca pena corporal.

b) Que sólo se faculte a la autoridad municipal para decretar aprehensiones en casos urgentes y no a la autoridad administrativa en general.

En principio, los oradores que tomaron parte en el debate, aceptaron dichas enmiendas, pero juzgaron que no llenaban todavía las condiciones necesarias para asegurar las garantías que debía consignar el artículo 16. Por tal razón, la Comisión tuvo el propósito de adoptar textualmente el artículo del Proyecto de Constitución, pero prescindió de este propósito por creer que las objeciones que se habían hecho a ese Proyecto motivarían nuevas discusiones, cuyo resultado sería probablemente que se rechazara aquél. En tal virtud, prefirió la Comisión citar a todos los abogados que figuran en la Cámara para recoger las ideas generales que en todos coincidieron y darles forma en un nuevo artículo.

Aunque no logro la concurrencia de todos los abogados, asistió el número suficiente para que la Comisión pudiera considerarse orientada. Así pues, de la deliberación entre dichos abogados, se produjo el siguiente resultado:

Que la mayoría de ellos insiste en que debe adoptarse como un encabezado del artículo 16, la fórmula que figura en la Constitución de 1857, en el sentido de que la facultad de decretar aprehensiones que concede en casos urgentes a la autoridad administrativa, tenga lugar solamente a falta de autoridad judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio.

De esta manera, la Comisión redactó nuevamente el artículo, sometiéndolo a aprobación de la siguiente forma:

""Artículo 16.º. No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención a no ser por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, 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 mas estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial..."".

En la cuadragésima sesión ordinaria celebrada el 13 de enero de 1917, fué aprobado, sin discusión y por ciento cuarenta y siete votos a favor y doce en contra.

CAPITULO SEGUNDO

CONTENIDO JURIDICO DEL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL.

a) COMO NORMA.

Este precepto es uno de los más grandes exponentes para la conservación de los derechos del hombre, pues por medio de el se protegen todos los derechos que otorgan las garantías individuales del primer capítulo de nuestra Constitución.

Como hemos visto a través de nuestro estudio de los antecedentes del mismo, el actual precepto tiene mucha similitud al de la Constitución de 1857, por cuanto encierran las garantías de legalidad y seguridad jurídica, por lo que considero que para entrar de lleno al estudio de este precepto debo exponer el concepto de garantía.

Las garantías individuales dentro de nuestra Constitución vigente, relativa a los derechos del hombre, se encuentran en la primera parte de la misma, contenidas en los primeros veintinueve artículos en los que se numeran ciertos derechos del individuo llamados fundamentales que expresa, y concretamente se sustraen de la invasión del Estado. Tales derechos son clasificados teóricamente en dos categorías: "Derechos del individuo relacionados con otros individuos".¹

Todos son derechos de la persona frente al Estado, pero la primera categoría comprende derechos absolutos, como la libertad de conciencia, la libertad personal protegida contra las detenciones arbitrarias, etc. En tanto que la segunda clase contiene derechos individuales que no quedan en la esfera del particular, los que, al traducirse en manifestaciones sociales, requieren la intervención ordenadora y limitadora del estado, como la libertad de culto, de asociación de prensa, etc.

Las garantías individuales no son otra cosa que derechos tanto objetivos, como subjetivos. Desde el punto de objetivo se dice: "Que el derecho es un conjunto de normas, de preceptos imperativos atributivos, que además de imponer deberes, conceden facultades. Como las normas son hechos para regir la vida de los humanos, se infiere que cuando una norma exige tal o cual comportamiento, frente a éste hay una facultad concedida a otro individuo, esa facultad es el derecho subjetivo. Es decir el derecho objetivo lleva consigo otro derecho, el derecho subjetivo que es la facultad derivada de una norma".²

¹ TENA RAMIREZ Felipe. Derecho Constitucional Mexicano. México. Porrúa.

² GARCIA MAYNEZ Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. México Porrúa.

Desde el punto de vista subjetivo, han dicho algunos juristas, como Bernard Windscheid, definiendo al derecho subjetivo lo siguiente: "Un poder o señorío de la voluntad reconocido por el orden jurídico" ³, es decir que orden jurídico permite que el sujeto pueda optar por hacer o abstenerse de alguna cosa según su libre albedrío, dependiendo de la voluntad del sujeto o beneficiario el ejercitar o no ejercitar la facultad que se le concede, o en otras palabras el derecho subjetivo, entendiéndose por la facultad de exigir un determinado comportamiento positivo o negativo de la persona que se haya frente al titular, dependiendo el ejercerlo de la voluntad de dicho titular. Esta teoría es frustrada y criticada por errónea por el ilustre maestro Kelsen, citado por no menos ilustre Dr. Eduardo García Maynez. "Hay titulares de derechos subjetivos que se abstienen de ejercitarlos pero sin embargo, no por eso existe la facultad concedida al acreedor, ejemplo: el que presta una cantidad pero no desean cobrarla no por eso deja de tener el derecho de hacerlo".

En sentido psicológico muchas personas carecen de voluntad, sin embargo aunque no tenga voluntad de querer, son sujetos de derechos y obligaciones. Sin la esencia del derecho subjetivo radica en el querer, entonces no podría concedérseles la calidad de personas a los incapacitados mentales, a los menores de edad, ni a las personas morales que no tienen capacidad para discernir o para externar su voluntad y sin embargo jurídicamente son reconocidos como sujetos derecho.

Otra de las doctrinas es la expuesta por Rodolfo Ihering que dice: "Que el derecho subjetivo es un interés jurídicamente protegido". ⁴ Considerando el interés como un sinónimo de bien y este como todo aquello que representa una utilidad para el que la posea encontrándose indisolublemente unidas el valor e interés. El interés representa el elemento interno pero no basta sino que este jurídicamente protegido a lo que es lo mismo que el goce del bien a que se dirige se encuentre protegido por medio de la acción. Los juristas refutan esta tesis en los mismos términos que lo hacen con la de la voluntad al decir: "Sólo se quiere aquello que se tiene interés: sólo se tiene interés aquello que se quiere"; lo que denota que los conceptos interés y voluntad son de orden psicológico. Así no puede existir el interés y no por ello desaparece el derecho subjetivo.

³ GARCIA MAYNEZ Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. México Porrúa.

⁴ Q.B CIT.

Jorge Jellinek sustenta otra tesis sobre el derecho subjetivo diciendo: "Un interés titulado por la ley mediante el reconocimiento de la voluntad individual" que viene a ser una síntesis de las tesis mencionadas anteriormente, por lo que se optado por llamarle teoría ecléctica.

El eminente jurista Hans Kelsen desarrolla su tesis sobre el derecho subjetivo tomando en cuenta la norma y la coacción que el estado imprime al ser incumplida esta. "El derecho subjetivo es, como el deber jurídico, la norma jurídica en relación con un individuo designado por la misma norma. Pero el derecho subjetivo existe incluso en aquellos casos en los cuales contrariamente a lo que el legislador suponía no existe interés. El derecho subjetivo tiene que consistir, por ende, no en el presunto interés sino en la protección..... El derecho subjetivo.....es en resumen el mismo derecho objetivo, definiéndolo..... el derecho subjetivo es el mismo derecho objetivo, en relación con el sujeto de cuya declaración de voluntad depende la aplicación del acto coactivo estatal señalado por la norma..... Cuando el orden jurídico determina una forma de conducta a la cual cierto individuo esta obligado, establece al mismo tiempo un comportamiento correspondiente de otro comportamiento el cual como suele decirse este último tiene derecho".⁵

Interpretando a Kelsen sobre la estructura lógica del precepto jurídico el Licenciado López Portillo dice: "Bajo determinadas circunstancias lo que el estado quiere es ejercer determinadas acciones (ejecución o castigo). O de otra manera, bajo la condición de que un hombre se comporte de una cierta manera, es decir, que haga u omita algo determinado otro hombre (esto es, el órgano del estado) debe ejecutar contra el primero un acto de coacción".⁶

Kelsen aplica su tesis la estructura lógica de la proposición jurídica. "Si A es debe ser B; si B no es, debe ser C. Al efectuarse el supuesto jurídico A, forzosamente aparece la consecuencia de derecho, es decir, la obligación de un sujeto determinado de observar el comportamiento B, pero supongamos que no se realiza, que no se cumple el comportamiento B, entonces nace el derecho de un órgano del estado de aplicar la sanción C".⁷

⁵ HANS KELSEN-GARCIA MAYNEZ Eduardo. Traducción-Teoría General del Derecho y del Estado. México UNAM.

⁶ LOPEZ PORTILLO José. Teoría General del Estado.

⁷ GARCIA MAYNEZ Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. México. Porrúa.

La crítica que se hace a este autor, consiste en que identifica las nociones de derecho objetivo y derecho subjetivo; ya que el derecho subjetivo es la facultad concedida por la norma y el derecho objetivo es la norma en sí; conceptos diferentes, pues el sostener que el derecho objetivo es la norma en sí; conceptos diferentes, pues el sostener que el derecho subjetivo es el mismo derecho objetivo en determinada relación con un sujeto, equivale a confundir la noción de norma y facultad. Así siguiendo al Licenciado García Maynez definimos el derecho en un sentido subjetivo diciendo: "Es la facultad derivada de una norma que una persona tiene de hacer u omitir algo".⁸

Dentro de la clasificación del derecho subjetivo encontramos los derechos subjetivos relativos, que son las facultades o facultad que corresponden a deberes especiales de sujetos, determinados en oposición con los derechos subjetivos absolutos, que son la facultad correlativa de una obligación general de respeto.

Siguiendo el derecho objetivo, el derecho subjetivo también se divide en derecho público y derecho privado.

Y siguiendo al Licenciado García Maynez afirmamos que los derechos subjetivos absolutos están divididos en públicos (libertad jurídica) y privados (derechos reales) y los derechos subjetivos relativos en privados (derechos personales) y públicos (derechos de acción, de petición y políticos.).

Desde el punto de vista del derecho natural, este derecho ha sido muy debatido, suponiendo por lo general que el derecho natural es con relación al derecho positivo, no sólo su origen sino el ideal hacia el cual tener un concepto claro de lo que se entiende por derecho natural, ya que múltiples teorías sobre este punto a través del tiempo lo han discutido desde puntos de vista distintos y en diversas formas: "Así, en Grecia se decía que es algo que realmente existe en la naturaleza; en Roma se afirmaba que el derecho natural era el derecho general, el derecho de las gentes, el derecho de todos por oposición a los derechos convencionales; en la edad media significaba el derecho cristiano, el derecho divino inspirado por Dios a los hombres, en oposición a los derechos locales inspirados por los hombres".⁹

⁸ GARCÍA MAYNEZ Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. México. Porrúa.

⁹ CASO Alfonso. Teoría General del Derecho. Curso.

Es el derecho natural una teoría que parece inmortal, se le discute siempre, se le ha discutido siempre y lo único que se consigue es que revista una nueva forma..... Para existir, las diversas teorías del derecho natural deben tener algo en común y es el afirmar que el derecho natural es universal, inmutable y perfecto, siendo estas las tres características que distinguen al derecho natural del derecho positivo.

Marcel Planiol acepta la idea, que sobre derecho natural expone dó Audot el que dice: "El derecho natural esta formado por un conjunto de reglas que es de desearse transformen en leyes positivas".¹⁰ "Felizmente, para la humanidad el derecho natural existe pero es algo muy distinto, se compone de un pequeño número de reglas fundadas en equidad y el buen sentido, que se impone al legislador mismo, y de acuerdo con las cuales se aprecian, se alaban o critican las obras legislativas. El derecho natural no es ni la ley, ni el ideal de la ley, sino la regla suprema de la legislación. Si el legislador se separa de él formula una ley injusta o mala. El derecho natural se compone de principios superiores a la ley, que sería inútil formular en artículos de derecho positivo".¹¹ Sigue diciendo Planiol, que cuando se emita una ley injusta por el legislador, no puede ser impuesta por la sociedad por las autoridades, porque de inmediato se hace patente la ley suprema que debe prevalecer, aún en contra de la fuerza y de la injusticia. Es por tanto el derecho natural la norma suprema que vigila el ordenamiento positivo, no permitiendo que se cometan indefinidamente atropellos, respaldándose en un derecho aparente, porque el derecho natural es inmutable, no cambia; decir pues derecho natural equivale a decir lo justo, lo que vale por sí mismo.

Al respecto, García Maynez, nos dice: "Es posible que en una sociedad injustamente organizada impere el orden; el poder logrará quizás imponerlo momentáneamente; pero paz aparente fundada con el temor, y el orden impuesto por la fuerza, tendrán vida efímera.

El conflicto entre justicia y seguridad jurídica se da siempre dentro de ciertos límites, muy cercanos entre sí. Cuando un poder arbitrario intenta traspasarlos y crear un estado de seguridad sobre los cimientos de un derecho completamente injusto, la seguridad desaparece, la ley mala es violada y la resistencia se organiza, para culminar en casos extremos con la revolución y la ruptura violenta de una situación insostenible"..... "La autoridad es capaz de aplicar coactivamente una ley injusta; pero si la

¹⁰ PLANIOL Marcel. Tratado Elemental de Derecho Civil. Trad. CAJICA José María. México Mojica Volumen III

¹¹ OB. CIT.

injusticia del precepto, va más allá de la cierta linde, los destinatarios nieganse a cumplirlo y lo violan sistemáticamente".¹²

Analizándolos conceptos de derecho objetivo, subjetivo y natural, podemos afirmar que las garantías individuales, desde el punto de vista del derecho objetivos son: "Un conjunto de normas, preceptos impero atributivos, que además de imponer deberes conceden facultades; como derecho subjetivo, siguiendo al Licenciado García Maynez afirmo, que las garantías son: Las facultades derivadas de una norma que una persona tiene de hacer u omitir algo; y desde el punto de vista del derecho natural siguiendo al maestro Marcel Planiol puedo decir: Que son un número de reglas fundadas en equidad y el buen sentido. Hemos de tomar en consideración, que las llamadas garantías individuales que están objetizadas en nuestra Constitución de 1917, no son otra cosa, según algunos autores, que principios innatos e irrenunciables del individuo como persona humana, y han llegado a afirmar, que todo hombre por el hecho de haber nacido y de serlo, trae implícito en su nacimiento estos principios, como son, entre otros el de libertad, por ello es quizá exagerando me atreví a seguir la definición del ilustre maestro Planiol sobre derecho natural, y aplicarla a lo que se llama garantías individuales, aclarando que el derecho natural, como ha quedado asentado, es un conjunto de normas o reglas que están muy por encima del derecho objetivo.

b) COMO GARANTIA.

La mayoría de los tratadistas han utilizado el nombre de garantía individual, que es el tradicional, al referirse a los derechos del hombre, equiparando la palabra garantía a los derechos que se le conceden a una persona, los cuales, desde el punto de vista objetivo, son preceptos especificados en normas, o en ordenamientos jurídicos, ya sea que la persona quiera o no hacer uso de la facultad que la misma norma le concede (desde el punto de vista subjetivo). Pero creo que la denominación garantía individual es incompleta, ya que aunque algunos autores pretenden llamarle derechos individuales, sustituyendo la palabra garantía por la de derecho, tampoco esta denominación de "derechos individuales" creo que es satisfactoria, porque la palabra individual no abarca cierto tipo de personas jurídicas que conforme a la ley son susceptibles de ostentar derechos y obligaciones, como son, aparte de las personas físicas o individuales, "las personas morales de derecho privado (sociedades y asociaciones); las de

¹² GARCIA MAYNEZ Eduardo. Derecho Materia en la Epoca de Sócrates. México. Universidad Veracruzana de Jalapa.

derecho social (sindicatos y uniones sindicales); las de derecho público (personas morales y oficiales) y los organismos descentralizados".¹³

Existe cierto tipo de garantías ingenere que pueden ser gozadas por las personas morales, ya que dichas personas guardan en relación con el estado, la misma condición que los individuos, y pueden ser juzgadas en igual forma por lo que no se les puede negar la protección contra los actos arbitrarios de las autoridades. Al respecto, el Licenciado Burgoa nos dice: "La denominación garantías individuales, que se atribuye a las garantías que deben tener los gobernados no corresponde a la verdadera indole jurídica de éstos y sólo se explica por un resabio del individualismo clásico que no tiene razón de subsistencia en la actualidad y que por otra parte, ha sido objeto de críticas destructivas",¹⁴ es del todo indispensable que el nombre de garantías individuales se sustituya por el de garantías del gobernado en el cual se adecua con justeza a su verdadera titularidad subjetiva.

No me parece que también podemos denominar a las garantías individuales garantías de las personas, tomando en consideración que las personas jurídicas son físicas o morales, que son susceptibles de ser titulares de derecho, es decir, esta denominación la tomo desde el punto de vista del titular que ostenta al derecho. Como históricamente se les ha llamado "garantías individuales", independientemente de las denominaciones propuestas: "derechos individuales", "garantías del gobernado" y "garantías de las personas" seguiremos denominando en este sentido "garantías individuales" como nos marca la tradición.

El señor Castillo, al hablar de las garantías individuales nos dice: "Son todas aquellas seguridades y promesas que ofrece la Constitución al pueblo mexicano, y a todos los hombres, de que sus derechos generales y especiales han de ser sostenidos y defendidos por las autoridades y por el pueblo mismo y se consigna ya porque son inherentes a toda sociedad de hombres libres e iguales ya porque han querido reparar errores o abusos del pasado".¹⁵

¹³ BURGOA Ignacio. Las Garantías Individuales. México. Porrúa.

¹⁴ OB CIT.

¹⁵ GARCÍA GONZALEZ Vicente. El Hombre y el Derecho. México. Trillas.

García González, al definir las garantías nos dice: "Los derechos consagrados en la Constitución, referidos a la libertad, igualdad, propiedad y seguridad de las personas".¹⁶ Esta definición es inaceptable, porque es descriptivo, ya que señala los tipos de garantías que la misma Constitución consigna.

Otra definición nos la da el Licenciado Felipe López Rosado diciendo: "Entiéndose por garantías constitucionales, bien las limitaciones que en pro de las libertades públicas se impone el poder soberano del estado y que determina en forma solemne en su ley fundamental bien el respeto por el poder público de las libertades públicas declaradas en forma, solemne al firmarse el Código Político correspondiente".¹⁷ Esta definición se ofrece desde el punto de vista de las limitaciones del estado y de la obligación de respetar las libertades públicas.

Otra definición que a nuestro parecer es descriptiva, es la citada por el Licenciado Benito Solís Luna, al decir: "Se entiende por garantía individual al respeto a los derechos del hombre, estos derechos están constituidos por la dificultad de los humanos para disfrutar de la igualdad, de la libertad, de la propiedad y de la seguridad".¹⁸

El Licenciado Lanz Duret, también elabora su definición, diciéndonos "Las garantías individuales son derechos primordiales reconocidos al individuo, que están fuera del alcance de las actividades políticas o jurídicas de los poderes constituidos".¹⁹

El Licenciado Burgoa también define las garantías individuales diciendo: "Es una relación jurídica que existe entre el gobernado por un lado y el estado y sus autoridades, por el otro (sujeto activo y pasivo), y en virtud de la cual surge para el primero el derecho de exigir de los segundos una obligación positiva o negativa, consistente en respetar las prerrogativas fundamentales de que el hombre debe gozar para el desenvolvimiento de su personalidad (objeto) relación cuya fuente formal es la Constitución".²⁰

De esta definición desprendemos que las garantías individuales son relaciones jurídicas, que existen entre los gobernados y los gobernantes, que los primeros son los sujetos activos (aquellas personas en cuya esfera operan o vayan a operar actos de autoridad, es decir, actos

¹⁶ OB. CIT.

¹⁷ LOPEZ ROSADO Felipe. El Hombre y el Derecho. Limusa.

¹⁸ SOLIS LUNA Benito. El Hombre y el Derecho. Limusa.

¹⁹ LANZ DURET Miguel. Derecho Constitucional. México. Cccsa.

²⁰ BURGOA Ignacio. Las Garantías Individuales. México. Porrúa.

atribuibles a algún órgano estatal de índole unilateral imperativa y coercitiva) y la segunda por el sujeto pasivo (el estado como entidad jurídica política y sus autoridades), siendo el objeto de la relación salvaguardar las prerrogativas fundamentales que el ser humano debe tener para el cabal desenvolvimiento de su personalidad frente al poder público considerándose como prerrogativas de la libertad, la igualdad, la seguridad y la propiedad.

De las definiciones asentadas, nos inclinamos por la última ya que en mi humilde concepto es la más técnica y nos indica los elementos de la relación, que encierran las garantías individuales la que adopta en este estudio.

CLASIFICACION DE LAS GARANTIAS

Se puede clasificar a las garantías individuales desde el punto de vista formal y así Felipe López Rosado las clasifica en la siguiente forma:

- 1.-La de libertad personal (Artículo 2o.)
- 2.-La garantía de la manifestación del pensamiento (Artículo 6 y 7)
- 3.-La garantía de derecho de petición (Artículo 7)
- 4.-La garantía de asociación y reunión (Artículo 9)
- 5.-La garantía de poseer armas para la propia defensa (Artículo 10)
- 6.-La garantía de libre tránsito y residencia (Artículo 11)
- 7.-La garantía de seguridad personal (Artículos 13, 14, 15 al 23)
- 8.-La garantía de la libertad religiosa (Artículo 24)
- 9.-La garantía de la inviolabilidad del domicilio, de la correspondencia (Artículos 16, 25 y 26)
- 10.-La garantía de la libertad de poseer bienes (Artículos 4, 12, 22 y 27 fracción I)
- 11.-La garantía de trabajo (Artículo 5)
- 12.-La garantía del ejercicio del comercio y de la industria (Artículo 4, 23) ".²¹

Ignacio Burgoa clasifica las garantías individuales desde el punto de vista de la relación jurídica, del contenido del derecho subjetivo público que tiene el gobernado, diciendo que pueden ser de: "Igualdad, de libertad, de propiedad y de seguridad jurídica" y agrega "que el gobernado tiene varias esferas jurídicas oponibles y reclamables contra las autoridades del estado. Esas órbitas o esferas jurídicas conciernen al respeto de su situación de igualdad con sus semejantes, al de su libertad en todas sus manifestaciones, al de su propiedad y la observancia de determinadas formalidades, requisitos medios, condiciones, etc., por parte del poder público para que la actuación de éste sea constitucionalmente válida en la

²¹ LOPEZ ROSADO Felipe. El Hombre y el Derecho. México. Limusa.

causación de determinada afectación al gobernado, circunstancia que implica una seguridad jurídica para éste".²²

Esta misma clasificación ya era citada en el Acta de Reforma formulada por Don Mariano Otero en su artículo 4 que dice: "Para asegurar los derechos del hombre que la Constitución reconoce, una ley fijará las garantías de libertad, seguridad, propiedad e igualdad de que gozan todos los habitantes de la República y establecerá los medios de hacerlas efectivas".²³

Hacemos nuestra clasificación para aplicarla a la Constitución vigente y así, de los 29 artículos que forman el capítulo de las garantías individuales podemos apuntar que las garantías de igualdad se encuentran en los artículos 1, 2, 5, 12, 13; las garantías de libertad en los artículos 3, (de enseñanza), 4 y 5 (de trabajo), 6 (de expresión), 7 (de imprenta), 8 (de petición), 9 (de reunión y asociación), 10 (de portación de armas), 11 (de tránsito), 24 (de religión), 25 (de circulación de correspondencia), 28 (de concurrencia); las garantías de propiedad las consigna el artículo 27; y las garantías de seguridad se encuentran en los artículos 14, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 de nuestra Constitución.

Como nuestro estudio se suscribe a considerar el artículo 16 de la Constitución vigente hecha la clasificación de las garantías de nuestro ordenamiento y habiendo analizado los conceptos de garantías procederá a tratar el estudio del precepto.

c) SU NATURALEZA.

El artículo 16 constitucional, en la clasificación adoptada, esta dentro de las garantías de seguridad jurídica, de donde se desprende su naturaleza. En las demás garantías de la clasificación, como las de libertad, igualdad y propiedad, la autoridad y el estado realizan frente al titular de la garantía que también le denominados derecho subjetivo público, una actividad de abstención o de respeto a sus derechos, por lo general de no obstruir el disfrute de los mismos, pero en las garantías de seguridad jurídica el estado y sus autoridades para dar cumplimiento a las mismas, no realizan una actividad de abstención, sino, al contrario, una actividad positiva, que se traduce en actuaciones de cumplimiento o de observancia de determinados requisitos, condiciones, elementos o circunstancias, para que su actuación tenga validez frente a las personas a las que va dirigida la actividad del estado o autoridad. Así, el Licenciado Burgoa, equipara la

²² BURGOA Ignacio. Las Garantías Individuales. México. Porrúa.

²³ RABASA Emilio. El Artículo 14 y el Juicio Constitucional. México. Porrúa.

seguridad jurídica diciendo que son principios previos al de la actividad del estado o autoridad, al decir: "Todo acto de autoridad debe afectar a alguna persona moral o física en múltiples derechos: vida, propiedad, libertad, etc.; esa afectación de diferente índole y de múltiples y variadas consecuencias que opera en el estado de cada gobernado de obedecer a determinados principios previos, llenar ciertos requisitos, en síntesis, debe estar sometida a un conjunto de modalidades jurídicas".

Así, el jurista citado nos define la seguridad jurídica como garantía diciéndonos: "Es el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse cierta actividad estatal autoritaria para generar una aceptación válida de diferente índole en la esfera de los gobernados, integrada por el común de los derechos objetivos".²⁴

La seguridad jurídica para, Don Isidro Montiel y Duarte, debe consistir: "Principalmente en ponernos a cubierta de las prisiones arbitrarias y esto no podrá conseguirse de una manera absoluta sino precisando los motivos que puedan servir de causa justificada a es prisión o a una simple detención; y agrega, la seguridad personal es el derecho de impedir la acción de un tercero, sea individuo privado o funcionario público cuando de tal acción venga indebidamente a inquietarnos en el goce tranquilo de nuestra persona, de nuestro derecho, o de nuestras cosas".²⁵

A nuestro parecer y simplificando las definiciones y conceptos dados sobre seguridad jurídica como garantía puedo decir que son el conjunto de principios básicos que toda autoridad y estado debe observar en sus actos al afectar la esfera jurídica de las personas morales o físicas.

Pues bien, respecto al artículo 16 constitucional, por ser una garantía de seguridad jurídica, constituye la naturaleza misma del precepto.

d) SU EXTENSION.

Tomando en consideración la naturaleza del precepto a estudio, podemos afirmar que la extensión del mismo abarca a las personas como titulares de la garantía y sus bienes reales, pudiendo dividir la garantía de seguridad desde este punto de vista en : a) de seguridad personal; b) de seguridad real.

²⁴ BURGOA Ignacio. Las Garantías Individuales. México. Porrúa.

²⁵ MONTIEL Y DUARTE Isidro. Estudios sobre Garantías Individuales. México. Porrúa.

La seguridad personal nos pone a salvo de todo ataque dirigido contra la propia persona y su familia, así, por ejemplo, para ser aprehendida por la autoridad o autoridades éstos necesitan cubrir ciertas formalidades o requisitos previos para poder realizarla. Esta seguridad personal esta expresada en el precepto en la siguiente forma:

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

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado, cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

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

En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y esta, con la misma prontitud, a la del ministerio público.

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

La seguridad real pone a las personas al abrigo de todo atentando arbitrariamente contra sus bienes y cosas, como titular de la garantía, asegurando el goce quieto y pacífico de sus bienes, como son, papeles y posesiones, agregándose la inviolabilidad del domicilio, al decir el precepto "nadie puede ser molestado en su domicilio, papeles o posesiones".....

e) SU CONTENIDO.

El contenido del artículo 16 constitucional se sintetiza en tres garantías de seguridad jurídica que a saber son:

- 1.-La de formal mandamiento escrito.
- 2.-La de autoridad competente.
- 3.-La de legalidad. a) Fundamentación.
 b) Motivación.

Garantías que desarrollaremos más adelante en este estudio y sólo me concreto a anotarlas, siendo este contenido según algunos autores de una importancia máxima en virtud de otorgar una protección a las personas morales o físicas mayor, pues dada su extensión y efectividad los pone a salvo de actos arbitrarios o que no estén debidamente apoyados en norma legal, pues el término "nadie puede ser molestado", con que empieza el precepto de protección, ya que por la simple molestia que no llene el contenido de este precepto, este opera indebidamente.

f) SUS ELEMENTOS.

Si nos ponemos a considerar que elementos forman el artículo 16 constitucional, tenemos que analizar el precepto desde un punto de vista de garantía individual, sujeta a una relación jurídica en que se manifiesta como en toda norma un sujeto activo y un sujeto pasivo, así como el objeto de la relación.

El sujeto activo de la relación jurídica es la persona moral o física, titular del derecho subjetivo público (garantía), cuyos bienes son protegidos por el precepto, como son su persona, su domicilio, sus papeles y posesiones, llamándolo el maestro Burgoa "gobernado"²⁶, definiéndolo en la siguiente forma "es aquella persona en cuya esfera operan o vaya a operar actos de autoridad es decir, actos atribuibles a algún órgano estatal de índole unilateral, imperativa y coercitiva", o en otras palabras, el artículo 16 constitucional da al titular de la garantía una facultad permanente de no ser molestado en sus bienes jurídicos sino en virtud de un mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento, requisitos y modalidades que las autoridades deben cumplir antes de causar una molestia, pues son precisamente la esencia del derecho o facultad de esta garantía.

²⁶ BURGOA Ignacio. Las Garantías Individuales. México. Porrúa.

El segundo elemento que encontramos es el sujeto pasivo de la relación, que es el estado y sus autoridades cuyas obligaciones dentro de este precepto se traducen en que para causar alguna molestia o perturbación en los bienes jurídicos de los titulares de la garantía, debe mediar una orden o mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento, ya que sin estos requisitos el estado y sus autoridades faltarían a la obligación que les impone el artículo 16 constitucional, violándola en perjuicio de los titulares del derecho subjetivo público.

El objeto de la relación es el tercer elemento y consiste, precisamente, en la salvaguarda de las prerrogativas fundamentales del ser humano, que en este caso se concretan a las garantías de seguridad que son: a) mandamiento escrito; b) de autoridad competente; y c) la fundamentación y motivación de la causa legal del procedimiento (legalidad). Tomando en consideración que estas garantías están directamente aplicadas a los bienes jurídicos que preserva el precepto en estudio, ya que si la molestia de que se habla no va encaminada a perturbar directamente esos bienes jurídicos, no se actualiza el objeto de la relación, por ello creo necesario analizar desde el punto de vista de la garantía lo que cada bien jurídico significa.

g) BIENES JURIDICOS QUE PROTEGE. PERSONA, FAMILIA, DOMICILIO, PAPELES Y POSESIONES.

Persona.- Se da el nombre de persona a todo ente capaz de tener facultades y deberes comprendiendo el concepto de persona en este precepto tanto a las personas físicas como a las personas morales".
²⁷ Comúnmente por persona se entiende la existencia psicofísica del hombre, pero al lado de su naturaleza el derecho le reviste de una personalidad jurídica creando el concepto de persona, la cual es susceptible de contraer derechos y obligaciones, habiéndola dotado de un atributo que es la capacidad jurídica, la que puede ser de goce o de ejercicio; por ello, en la definición que citamos anteriormente, a mi parecer es acertada, al definirla como el ente capaz de tener facultades y deberes. El Licenciado Burgoa, nos dice: "Que no todo individuo es una persona desde el punto de vista del derecho, puesto que para adquirir esta calidad se requiere que jurídicamente se le repute dotado de la citada capacidad".²⁸

²⁷ GARCIA MAYNEZ Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. México. Porrúa.

²⁸ BURGOA Ignacio. Las Garantías Individuales. México. Porrúa.

Algunos autores otorgan capacidad de goce el ser que ha nacido, o sea, al que esta desprendido del seno materno, es decir, que el nacimiento del individuo determina la capacidad: así nos afirma Nicolás Civiello; "la personalidad del hombre comienza con el nacimiento que tiene lugar en el instante en que el feto ha salido completamente del seno materno; pues este es el momento en que puede ser objeto de una protección jurídica independientemente de lo que corresponde a la madre" ²⁹, pero nuestra legislación atribuye capacidad de goce no solamente al nacido, sino también al individuo desde el momento en que es concebido, con la condición de ser destruida esta si no nace vivo y viable (artículos 22, 29 y 337 del Código Civil del Distrito y Territorios Federales); así el embrión tiene personalidad de goce jurídica antes de nacer para ciertas consecuencias de derecho, por lo que considero que puede ser en tales circunstancias y conforme a nuestra legislación sujeto activo de la relación jurídica que se desprende del artículo 16 constitucional y por lo mismo esta protegido por las garantías de seguridad que dicho precepto contiene. Al respecto, el Licenciado Rojina Villegas nos dice:

"Afirmamos que el concebido es persona pero que su personalidad esta sujeta a una condición resolutive negativa que no nazca viable, quedando perfectamente explicable que fue persona desde el momento de la concepción extinguiéndose su personalidad con efecto retroactivo. Si no se realiza dicha condición será evidente que la personalidad existió desde la concepción y no desde el nacimiento". ³⁰ En nuestra legislación, no es suficiente que el ser concebido al nacer tenga un instante de vida, sino que es menester como requisito para considerarlo viable que viva veinticuatro horas desprendido del ser materno o presentarlo dentro del mismo término vivo al registro civil, así lo prescribe el artículo 337 del Código civil vigente.

Por lo anterior, me adhiero al criterio que sostiene nuestra legislación considerando a la capacidad de goce como la aptitud de ser titular de derechos y sujetos de obligaciones.

Esta capacidad de goce se termina con la muerte real del individuo, lo que equivale a que también termina la personalidad jurídica.

²⁹ ROJINA VILLEGAS Rafael. Compendio de Derecho Civil. México. Porrúa.

³⁰ ROJINA VILLEGAS Rafael. Compendio. De Derecho Civil. México. Porrúa.

El otro aspecto de la capacidad es la de ejercicio, a la que podemos definir diciendo: "es la aptitud de participar directamente en la vida jurídica",³¹ es decir, la posibilidad de hacer valer los derechos y facultades de que es titular así como de cumplir sus obligaciones. Dentro de esta capacidad de ejercicio se encuentra la capacidad procesal que se traduce en la "facultad de poder comparecer judicialmente en un proceso determinado, por sí mismo ejercitando en forma sui juris una acción, o poniendo una excepción o desplegando cualquier acto procesal"³², o "la facultad de intervenir activamente en el proceso".³³

b) Las personas morales.- Nuestro precepto constitucionalmente al hablar de personas, incluye a las personas morales, las cuales, en igual forma que las físicas, también tienen como atributo la capacidad de goce y la capacidad de ejercicio. Se ha tratado por muchos autores el concepto de persona moral, habiéndose elaborado diversas tesis, tales como la teoría de la ficción, la cual afirma que las personas morales son seres creados artificialmente, capaces de tener un patrimonio; siguiendo esta teoría nos dice: "persona es todo ente capaz de obligaciones y derechos; derechos sólo pueden tener los entes dotados de voluntades; por lo tanto la subjetividad jurídica de las personas colectivas es resultado de una ficción, ya que tales entes carecen de albedrío";³⁴ esta teoría no es aceptable, por lo que la capacidad jurídica no se encuentra determinada por la facultad de querer o de voluntad. Se dice también que la persona moral no es un ser ficticio sino una poderosa individualidad social. Otra teoría es la de Brinz al decir que: "En las personas morales no hay sujeto, sino un conjunto de bienes destinados a un fin"³⁵, en otras palabras, que las personas morales son un conjunto de bienes destinados a un fin determinado y sus actos y obligaciones no son de un sujeto, sino del patrimonio; esta tesis tampoco es aceptable; por que no puede haber derecho sin que exista un sujeto. Podemos citar otras teorías, pero para este estudio adoptaré la definición que cita el Licenciado Rafael Rojina: "la persona jurídica puede ser definida como toda unidad orgánica resultante de una colectividad organizada de personas o de un conjunto de bienes a los que, para la consecución de un fin social durable y permanente es reconocida por el estado una capacidad de derechos patrimoniales"³⁶; creo que esta definición es completa, pues expresa que puede ser una colectividad organizada de personas (sociedades) o un conjunto de bienes (fundaciones) dirigidos a un fin, y al que se le reconoce capacidad de derechos patrimoniales.

³¹ OB. CIT.

³² BURGOA Ignacio. El Juicio de Amparo. México. Porrúa.

³³ CASTILLO LARRAÑAGA José. y DE PINA VARA Rafael. Instituciones de Derecho Procesal Civil. México. Porrúa.

³⁴ GARCIA MAYNEZ Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. México. Porrúa.

³⁵ OB. CIT.

³⁶ ROJINA VILLEGAS Rafael. Compendio de Derecho Civil. México. Porrúa. Tomo I.

La capacidad de goce de las personas morales nace con su constitución y esta limitada en razón de su objetivo (objeto), naturaleza y fines; y su capacidad de ejercicio es igual a la que tienen los individuos, sólo que, mientras los segundos tienen algunas restricciones a su capacidad de ejercicio derivada de su naturaleza (minoría de edad, etc.) las primeras no la tienen, si bien la hacen valer por medio de sus representantes.

LA FAMILIA.-La terminología del precepto en cuestión "nadie puede ser molestado en su familia", da motivo a entender que el bien protegido, son los miembros individuales de la familia de una persona. Al hablar los constituyentes del bien jurídico familia, o sea, al estado civil de la persona, consistente en la situación jurídica concreta que guarda en relación con la familia y que se descompone en distintas situaciones como son, el ser hijo, el ser padre, esposo, pariente por consanguinidad, afinidad o adopción.

El derecho de familia es en la persona un estado o situación que crea facultades y obligaciones en relación con otras personas que se denominan comúnmente familiares. Estas facultades y deberes que crea la relación familiar no pueden ser objeto de transacción o enajenación, ni tampoco se pueden transferir o adquirir por prescripción, ya que son situaciones jurídicas indivisibles e inalienables. Si es susceptible la adquisición del estado civil la que se desprende una situación de hecho pública, es decir, se da el caso cuando una persona de hecho llena las características de legitimidad, pero legalmente carece de ellas, y no obstante ello se ostenta como titular de un estado públicamente, con todas las prerrogativas del titular legítimo, pudiendo citarse como ejemplos los hijos naturales, los cuales se ostentan como legítimos y han sido tratados como hijos por su padre.

Así el derecho de familia se puede definir diciendo: "Es el conjunto de reglas de derecho de orden personal y patrimonial cuyo objeto exclusivo, principal, accesorio o indirecto es presidir la organización, vida y disolución de la familia".³⁷

DOMICILIO.- El origen de la palabra domicilio proviene del vocablo "domus", que significa morada, habiéndose afirmado que domicilio es la morada habitual con el propósito de radicarse con permanencia en un sitio. Hay que distinguir para determinar el concepto de domicilio si se trata de personas físicas o personas morales, ya que respecto a las primeras el

³⁷ OB CIT.

artículo 29 del Código Civil vigente nos dice: "El domicilio de la persona física es el lugar donde reside con el propósito de establecerse en él"; de esta definición desprendemos dos elementos, el primero la residencia habitual, y el segundo el propósito de establecerse.

Comúnmente, la residencia habitual de la persona física que llena los elementos del concepto, donde convive con su familia.

El precepto citado establece además: "a falta de este lugar donde tiene el asiento de sus negocios y a falta de unos y otros, el lugar donde se halla", queriendo decir que reputarse como domicilio no solo la casa hogar, sino también el lugar donde tenga la persona el asiento de sus negocios. Como el domicilio centraliza un sinnúmero de consecuencias jurídicas, como son el lugar donde se tiene que ejercer los derechos o cumplir con las obligaciones, determina la competencia del Juez para hacer notificaciones, el ejercicio de las acciones de bienes muebles, el lugar para los actos del estado civil, siendo por ello la razón de que el precepto enunciado en segunda parte abandone los elementos reales del domicilio, señalando que puede reputarse como domicilio de una persona el lugar donde se halle o se encuentre.

Del domicilio de las personas morales, el artículo 33 del Código Civil nos dice: " Las personas morales tienen su domicilio en el lugar donde se halle establecida su administración", creo al respecto que para las personas morales también se llaman los elementos del domicilio, como son, el lugar donde reside materialmente, y el ánimo de establecerse, puesto que el lugar donde esta la administración de una persona moral reúne estos dos elementos.

Para los efectos del artículo en estudio considero que al señalar como bien jurídico de protección el domicilio, se esta refiriendo no solamente al sitio en el cual se pueden reunir los dos elementos citados, tanto objetivo como subjetivo y que son el lugar donde reside materialmente con el ánimo de establecerse en él, o lo que es considerado como domicilio legal conforme al artículo 31 de nuestro Código Civil, sitio o lugar en que un individuo debe cumplir sus derechos y sus obligaciones, sino debe considerarse como domicilio para los efectos del artículo 16 constitucional, también el lugar donde tenga el individuo su domicilio efectivo, o sea el sitio donde la persona reside realmente.

En relación con el enunciado en este capítulo del Código Civil, considero que debe tomarse como domicilio en primer lugar la casa hogar, o habitación donde reside con la familia, para los efectos del precepto

constitucional y aplicarse supletoriamente sólo a falta del primero los demás lugares indicados como domicilio de las personas.

PAPELES.-El concepto a estudio se refiere a los documentos de toda persona física o moral, que las constancias escritas de algún hecho o acto jurídico en cuanto a su materialidad.

La razón de que se haya incluido este bien jurídico "papeles" en el precepto constitucional, es de origen histórico, pues cuando una persona tenía documentos comprometedores para sí o para otros, la autoridad podía ordenar sin ningún impedimento, se recogieran. Por ello, los constituyentes, conscientes de los atentados arbitrarios de las autoridades en contra de los particulares al apoderarse de la documentación consignaron en el artículo 16 constitucional, el bien jurídico "papeles", con el objeto de otorgar a los particulares la protección de su documentación.

La protección a que hace mención este precepto se refiere únicamente a las constancias, no protegiendo en ningún momento su contenido, es decir a, ampara solamente la protección de dichos papeles.

POSESIONES.- El derecho romano ya consideraba la posesión como un hecho generador de derechos, la cual debía constar de dos elementos; el corpus, equivalente a la tenencia material de la cosa y el animus, que consiste en ejercer los actos materiales de la detención con intención de conducirse como propietario.

Sobre la doctrina clásica romana Savigny elaboró su teoría que se ha denominado subjetiva, la cual define la posesión como "una relación o estado de hecho que da a una persona la posibilidad física, actual, inmediata y exclusiva de ejercer actos materiales de aprovechamiento sobre una cosa con el animus domini o domini rem cibi habendi".³⁸

El concepto de corpus no varía, pues sigue siendo para Savigny el conjunto de actos materiales que demuestran la existencia del poder físico que ejerce el poseedor sobre la cosa para retenerla en forma exclusiva, pero en cuanto al animus, afirma que sólo se ostenta la posesión jurídicamente si esta es "domini rem cibi habendi", es decir, que la tenencia de la cosa sea en carácter de propietario o se tenga la voluntad de conducirse como tal, puesto que si no existe esta voluntad de propietario no habrá posesión, sólo una simple detentación de la cosa o tenencia, citando como ejemplo al arrendador o depositario que tiene la tenencia de la cosa pero no ostenta la voluntad del dueño de la cosa arrendada; por eso se ha llamado a esta doctrina subjetiva, ya que el elemento primordial, es eminentemente psicológico, como es la voluntad o el ánimo de conducirse como propietario.

En oposición a esta doctrina, Ihering elaboró la que se ha denominado objetiva, que considera al corpus como la manera de exteriorizarse el ánimo mediante un conjunto de hechos que demuestran una explotación económica de la cosa y que también son la forma visible de la propiedad. Dice este autor que el corpus no queda constituido por la simple relación física de la proximidad, o de contacto con la cosa, pues carece de justificación jurídica, y afirma que para que esa relación adquiera significación jurídica, es necesario un interés que motive su voluntad para perseguir un fin, siendo este el llevar a cabo la explotación de la cosa.

³⁸ ROJINO VILLEGAS Rafael. Compendio de Derecho Civil. México. Porrúa 11° De. Tomo II, 1972, PP. 185, 214, 215, 216.

Así Ihering liga indisolublemente el corpus con el animus, pues este último es precisamente esa voluntad del detentador de explotación económica del bien; así pues, en todo fenómeno material (copus) de explotación económica del bien habrá en el fondo un propósito y este constituye el animus, por lo que todo fenómeno de detención implica una posesión salvo excepción expresa en la ley.

Como vemos, las diferencias entre una y otra doctrina son muy claras, pues Savigny desliga el corpus del animus, afirmando que puede existir corpus solamente, es decir, detentación material, de la cosa, sin el animus, no constituyendo esta tenencia una posesión, y considerando que para que haya posesión deben concurrir al mismo tiempo el animus-domini, o sea, la tenencia con la voluntad de ostentarse como propietario. En cambio, Ihering afirma, que el corpus no se puede desligar del animus por lo que siempre que haya detentación o tenencia de la cosa habrá posesión, salvo excepción de la ley.

El Licenciado Rafael Rojina Villegas nos expone un ensayo de definición de la posesión en concordancia con el Código vigente "la posesión es un poder físico que se ejerce en forma directa y exclusiva sobre una cosa para su aprovechamiento total o parcial, o para su custodia como consecuencia del goce efectivo de un derecho real o personal o de una situación contraria al derecho"³⁹. El mismo autor nos dice: "La posesión es un poder físico, que constituye el corpus posesorio, es decir el conjunto de actos que revelan una potestad sobre la cosa para su aprovechamiento o custodia", "el animus en la posesión originaria y derivada queda constituida por el simple propósito de aprovechamiento o de custodia, que va necesariamente vinculado al corpus"⁴⁰. Abarcando con este concepto las cosas que quedaban fuera de las definiciones antes citadas, como son la posesión del usuario o del comodatario, en que sólo se advierte el uso de los bienes ajenos.

³⁹ OB. CIT.

⁴⁰ OB. CIT.

El autor citado precisa un tercer elemento, consistente en la causa eficiente, que puede originar la posesión, diciendo que "el poder físico puede ser consecuencia del goce efectivo de un derecho real o personal, con un título objetivamente válido, o bien existir sólo el goce efectivo de los derechos, aún cuando no exista título, o este sea putativo o viciado. De esta suerte, pueden existir las siguientes posesiones: la originaria o animus domini, como consecuencia de la propiedad o del goce efectivo de ella; y la derivada, como consecuencia de los derechos reales de usufructo, uso habitación, servidumbre, anticresis, prenda enfiteusis, o del goce efectivo de los mismos, aún cuando no exista título, asimismo como consecuencia de los derechos personales que transmitan temporalmente el uso o goce de los bienes ajenos o simplemente la custodia del mismo. En el segundo caso, cuando el poder físico es consecuencia de una situación contraria a derecho la causa eficiente es el delito, o sea un acto ilícito, y en ambos casos el derecho reconoce consecuencias jurídicas a ese simple hecho" ⁴¹

Analizadas las teorías de la posesión por estar apegadas a nuestra legislación, seguiremos la expuesta por el maestro Rojina Villegas, creyendo que resuelve las lagunas de las teorías expuestas por Savigny e Ihering, pues en la posesión derivada de que se habla, efectivamente se tiene el poder físico teniendo el uso y goce de la cosa.

h) SU ALCANCE PROTECTOR.

El artículo 16 constitucional es muy amplio y lo considero tal vez más protector que el artículo 14 constitucional, ya que el derecho de las personas opera o se actualiza en el momento en que la autoridad realice un acto de molestia en los bienes jurídicos de ella, ya se trate de moral o física, y sin que llene los requisitos a señalados por el mismo precepto. La molestia es una perturbación o afectación que la autoridad realiza en los bienes jurídicos de las personas, por ello para aplicar el artículo 16 constitucional a cuyo estudio nos hemos abocado, hay que tomar muy en cuenta la interpretación que se da a los bienes jurídicos que protege, ya que como es amplísima su protección, es

⁴¹ OB CIT

necesario analizar esos bienes jurídicos desde el punto de vista del precepto constitucional.

Persona. En concordancia con nuestra legislación este precepto en estudio opera con la simple molestia que se infiere a la persona en sí como individuo psicofísico en su capacidad de goce como sujeto de derechos y obligaciones y también opera con las personas morales dado que las protege en virtud de ser sujetos con capacidad de goce; en consecuencia, el bien jurídico persona se refiere concretamente a físicas o morales.

La Familia.- Ha quedado asentado que la denominación familia son los derechos del estado civil tradicionalmente llamados derechos de familia, cuya definición hemos tratado y explicado ampliamente con anterioridad y como tales están protegidos por el artículo 16 constitucional.

Domicilio.- Para efectos del artículo 16 constitucional se debe entender, como domicilio no solamente el sitio que reúna los dos elementos, el de residir materialmente y el ánimo de establecerse en él, sino también el domicilio legal, lugar donde se cumplen los derechos y las obligaciones; así como el lugar donde reside realmente un individuo; para las personas morales el lugar donde se haya establecido su administración.

Papeles.- Esta denominación se refiere únicamente a los documentos o escritos que pueden tener actos o hechos jurídicos, independientemente del contenido de los mismos, por lo que el precepto constitucional sólo ampara la posesión que tienen las personas de esos documentos contra los actos arbitrarios de las autoridades.

Posesión.- Están protegidos por el precepto constitucional tanto la posesión originaria como la derivada, es decir, se protege el poder físico de la cosa, sea motivado por un derecho real o personal, dejando de proteger aquella posesión en la cual la causa sea un delito o un acto ilícito, a no ser que conforme a nuestra ley civil haya elementos de prescripción a favor del que ostenta la posesión.

CAPITULO TERCERO.

3.-COMPARACION, ANALISIS Y ESTUDIO JURIDICO DEL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL CON LAS REFORMAS DE 1993 Y DE 1996.

a) ANALISIS DE LA INICIATIVA DEL PROYECTO DE DECRETO QUE REFORMA Y ADICIONA EL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL.

Una vez habiéndose turnado a la Comisión de Gobernación y puntos constitucionales y de justicia el 2 de julio de 1993, integrada por Diputados Federales a la LV Legislatura del Congreso de la Unión de diversos grupos parlamentarios conforme a la facultad que otorga el artículo 71 fracción II de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ponían a consideración del Pleno la iniciativa que reforma el artículo 16 constitucional bajo el cual se analizaran las consideraciones que tomaron para reformarlo, dando por último una conclusión de dicha reforma al artículo 16 constitucional.

La LV Legislatura puso a consideración varios puntos de debate para reformar el artículo 16 constitucional de los cuales entre los mas importantes se expreso en el ámbito del derecho las bases que doten de permanencia y seguridad en la dinámica que vive la sociedad mexicana, para encontrar en justicia y libertad mejores fórmulas de convivencia.

Asimismo se sostuvo que al tratarse o haberse abarcado otros temas en la reforma del Estado mexicano como el respeto a los derechos humanos, las relaciones Iglesia- Estado, el campo, la educación, entre otras no podía quedar exento un debate como el de la justicia penal puesto que en el campo del derecho en el que se busca el justo equilibrio entre los principios de seguridad y libertad, entre la observancia de la legalidad y el respeto a los derechos fundamentales del ser humano se plasma la aspiración de un pueblo para asegurar la paz y la tranquilidad por el camino de su libertad.

Es por ello que se dio la iniciativa en que se propone reformar el artículo 16 constitucional porque resulta necesario, en beneficio de la propia sociedad, adecuar las normas constitucionales, siempre con vistas a la protección de los derechos humanos, garantías individuales, administración rápida y expedita de la justicia, tanto en las etapas de investigación como durante el procedimiento judicial.

De acuerdo a las consideraciones hechas por la LV Legislatura resulta obvio que era necesario la reforma del Estado Mexicano al artículo 16 constitucional porque resulta en beneficio tanto de la sociedad como del Estado Mexicano, para la protección de la sociedad y del individuo mismo; pero si bien es cierto que era necesaria tal reforma, es fundamental no solo adecuar o reformar artículos constitucionales sino toda la ley en general porque si realmente se busca un justo equilibrio entre los principios de seguridad y libertad para que haya un campo mas amplio, como parejo de legalidad respeto a los derechos fundamentales del ser humano es necesario para que exista tal equilibrio una permanencia en el ámbito del derecho con la sociedad mexicana.

b) COMPARACION DEL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL ANTES Y DESPUÉS DE LAS REFORMAS DE 1993, Y DE 1996.

Con las reformas al artículo 16 constitucional los legisladores buscan otorgar una mayor claridad al artículo 16 constitucional, dado que anteriormente dicho precepto se componía de cuatro párrafos y con la reforma propuesta en 1993, dicho artículo contaba con nueve párrafos, pero con la reforma de 1996 dicho artículo actualmente cuenta con once párrafos.

El primer párrafo conserva lo preceptuado en el inicio del citado texto constitucional mencionando. "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".

El mismo primer párrafo antes de las reformas también señalaba lo siguiente:

"No podrá librarse orden ninguna orden de aprehensión o detención a no ser por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia , acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyados aquellas por declaración , bajo protesta de persona digna de fe 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 la disposición de la autoridad inmediata".

Con las reformas éste párrafo regularía o regula (actualmente) lo correspondiente a la orden judicial de aprehensión, precisando los elementos de fondo que deben cumplirse para que la autoridad judicial pueda girar dicha orden. Asimismo divide el párrafo en lo que se refiere a la orden judicial de aprehensión con los casos de delito flagrante el cual analizaremos más adelante; quedando este segundo párrafo de la siguiente manera:

"No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda, denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado".

"La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá poner al inculpado a disposición del Juez, sin dilación alguna y bajo su mas estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionado por la ley penal".

En este mismo primer párrafo antes de las reformas, contemplaba los casos de delito flagrante, que una vez aprobada esta iniciativa el tercer párrafo contempla lo referente a la detención cuando se trate de delito flagrante. la cual puede realizarse por cualquier persona, quien deberá sin demora ponerlo a disposición de la autoridad inmediata y está, en su caso con la misma prontitud a la del Ministerio Público, quedando este párrafo de la siguiente forma:

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

También dentro de lo que era el primer párrafo del artículo 16 constitucional hasta antes de las reformas de 1993, contemplaba:

"Solamente en casos urgentes cuando no haya en el lugar alguna autoridad judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su mas estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial".

Una vez aprobada la iniciativa de reforma de este cuarto párrafo del artículo 16 constitucional, propone que se regulará la detención en casos urgentes de un indiciado cuando exista delito grave señalado en la ley, facultándose al Ministerio Público para que en dichos supuestos, existiendo el riesgo fundado de que dicho indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y siempre y cuando no se pueda acudir ante la autoridad judicial, por razón de la hora, lugar o circunstancia, pueda ordenar su detención, bajo su responsabilidad, debiendo expresar los indicios y normas que motivan y fundan la misma. Así mismo, la detención deberá ser ratificada por el Juez que conozca del procedimiento, ya que en caso contrario, deberá ser puesto en libertad inmediatamente con las reservas de ley.

Con lo anterior se busca acortar la autorización para la detención en casos urgentes prevista actualmente por la Constitución, ya que, entre otras cosas, solo será para el Ministerio Público y no para cualquier autoridad administrativa, solo será para los delitos graves que señale la ley y no para

cualquier delito perseguible de oficio y por último, se establece un control de legalidad por el Juez, quien deberá calificar si la acción del Ministerio Público se apego a la autorización constitucional, decretando la libertad del detenido en caso de que así no sea.

La iniciativa en comento incluye en el quinto párrafo lo relativo al plazo máximo que puede ser detenido el indiciado, en el cual será por regla general de cuarenta y ocho horas. Ni la Constitución Política, ni la legislación secundaria prevén, expresamente, un plazo para concluir la averiguación que se realiza con detenido por flagrancia o urgencia. Por ello, independientemente de darle al artículo 16 constitucional su interpretación adecuada, resulta conveniente contemplar la posibilidad de darle al Ministerio Público un término suficiente en la práctica, tratándose de investigaciones con detenido. A lo que este quinto párrafo quedo expreso en la Constitución de la siguiente manera:

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

Para una mayor argumentación, cabe considerar que si el plazo que se le concede al Juez en términos del artículo 19 constitucional, para valorar el acervo probatorio resultante de una averiguación previa, es de setenta y dos horas, a consideración de quienes suscribieron la iniciativa, resulta lógico conceder a la autoridad investigadora de los delitos, el plazo de cuarenta y ocho horas antes señalado, dado que es quien se allega a las pruebas necesarias para una consignación, sobre todo tratándose de la averiguación previa con detenido. A mayor abundamiento, este plazo también corre en beneficio de la defensa del indiciado ya que la propia iniciativa prevé el derecho que tiene para aportar pruebas, desde el momento mismo de la indagatoria.

Con la determinación del plazo, queda perfectamente clara la referencia temporal que tiene la autoridad para investigar el hecho, por lo que cualquier exceso deberá ser penado por la ley.

Así también en los casos que la ley prevea como delincuencia organizada, el Ministerio Público podrá duplicar dicho plazo, en razón de que a su elevada gravedad se suma la mayor dificultad de integrar debidamente una indagatoria, sobre todo, porque en estos casos no solo es necesario acreditar la existencia del hecho ilícito i la vinculación del indiciado con el mismo, sino, su relación con los demás elementos que integran a la organización delictiva, que por su desarrollo ha acreditado ser cada día mas compleja y sofisticada.

Por lo que respecto al demás contenido del artículo 16 constitucional una vez aprobada la iniciativa de reforma de 1993, lo único que varía es el sexto párrafo en relación a la orden de cateo el cual antes de las reformas se encontraba integrado en el primer párrafo del citado artículo, a continuación anotamos como se expresa éste sexto párrafo, así como el demás contenido del artículo 16 constitucional, que queda de la misma manera que antes de las reformas de 1993; con excepción de las adiciones que se le hacen al mismo artículo 16 publicados en el Diario Oficial de la Federación el 3 de julio de 1996, en el cual se adicionan dos párrafos, como noveno y décimo, hecho lo cual los párrafos subsecuentes se recorren en su orden, mismos que también citare mas adelante.

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

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

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

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

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

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

c) CON LAS REFORMAS DE 1993 Y 1996 AL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL SE PRETENDE QUE NO SE AFECTEN LOS DERECHOS HUMANOS.

Es muy profunda y muy importante, la conexión entre los Derechos Humanos y el Proceso Penal, a tal punto que se ha dicho y con razón, que el régimen penal en su conjunto y particularmente el enjuiciamiento penal, es el escenario típico de los derechos humanos, en el sentido de que es ahí, precisamente donde hacen crisis estos derechos, porque quedan en predicamento los bienes más importantes, como sabemos, del ser humano, su vida misma, su libertad, su patrimonio y su honor.

El infractor o presunto infractor así esta dicho también, es una especie de enemigo diplomado titulado por la sociedad, se le llama eso: enemigo de la sociedad, enemigo público, y bajo este incómodo título, es frecuentemente maltratado desde el punto de vista

jurídico. Hay pues, necesidad de restituirle en el goce y ejercicio, de una serie de derechos que le han sido formalmente retirados o en todo caso minimizados.

En esto, de lo que se ocupa el actual movimiento por los Derechos Humanos en el ámbito del Derecho Penal. Aquí se debe ventilar un delicado equilibrio entre los intereses de la sociedad y la víctima del delito, por una parte y por la otra los del inculpado; como dijimos, un delicado equilibrio simétrico de los platillos de la balanza, evitando que alguno de ellos se incline, ascienda o descienda en perjuicio del otro y este suele ser el platillo de la justicia social penal, desfavorable al inculpado.

De lo que se trata ahora, es de colocar al inculpado en una posición adecuada para que pueda ejercer su defensa; la reforma incorporada a nuestra Constitución de 1993, viene precedida de una serie de cambios, de modificaciones, de alteraciones del Derecho Penal Mexicano; utilizando la expresión de Derecho Penal en el sentido más amplio, el Derecho Penal sustantivo, Derecho Penal adjetivo, Derecho Penal ejecutivo y por supuesto en la organización de las autoridades del gran sistema penal.

Dichas reformas tienen que ver con el gran tema de la detención del inculpado que es sin duda uno de los temas centrales del procedimiento penal. En este tema de la detención, destaca el carácter que tiene el procedimiento penal, como un proceso de carácter público, de naturaleza pública, como un proceso privado, como un proceso social y el fuerte predominio que en él ejercen los intereses de la colectividad; de no ser así, no se explicaría una medida cautelar o precautoria tan grave como el de la detención.

En primer término, se prescinde de lo que es la expresión detención cuando se hace alusión a la orden dada por la autoridad judicial para privar de su libertad a una persona con motivo de una imputación penal. Se habla solamente de aprehensión. Es una reforma técnica de relevancia escasa, pero en fin, es la primera que se incorpora en esta parte del artículo 16 constitucional.

Se dice también que sería otra reforma que la orden de aprehensión debe tomar en cuenta un hecho determinado que la ley señale como delito. El dictamen dice que esta modificación a lo que decía anteriormente el artículo 16 constitucional, obedece al propósito de garantizar que la ley sólo sancione conductas humanas de carácter antisocial y no meros aspectos de la personalidad del inculpado.

Este es el proyecto, el propósito, la propuesta plausible del legislador constitucional que, sin embargo olvida, seguramente de buena fe, que este propósito ya estaba asegurado en el texto anterior.

El artículo 16 constitucional, donde se habla de un hecho determinado que la ley castigue, jamás se pensó en reprimir a través de orden de aprehensión meros aspectos de la personalidad del inculpado, en la medida que estos aspectos, no se reflejan en la comisión de un ilícito punible, desde el punto de vista del Derecho Penal.

El dictamen habla curiosamente de que la pena privativa de libertad, lo es de la privación de la libertad deambulatoria. Realmente, quienquiera que conoce la prisión, se percata de que no solamente se priva de la capacidad de deambular, es decir, de vagar o de caminar por ahí lo que se impide con la pena de prisión, sino que quedan reducidas, restringidas, a querer o no, necesariamente, automáticamente, otras muchas libertades y no solamente la de deambular, como lo dijo en algún momento con optimismo el dictamen elaborado en la Cámara de Diputados.

La probable responsabilidad o presunta responsabilidad del indiciado es un hecho punible, es un hecho delictuoso y en lo referente al cuerpo del delito, como dice la Constitución, no es penal, por lo tanto, de algún delito, una situación vaga o general o de ninguna en particular.

Así que estaba implícita ya la existencia de un delito cuando se hablaba de la probable responsabilidad, se habla pues de datos que integren el tipo penal en este artículo 16.

Creemos que el propósito del Legislador Constituyente de 1993, ha querido llegar a un equilibrio entre lo que es debido y deseable para el inculpado y lo que es deseable y debido para la víctima y la sociedad, lo que parece que en algunos casos lo ha conseguido y en algunos otros probablemente no; puesto que se dijo que el hablar ahora de datos que integren el tipo penal, lo mismo en el 16 que en el 19, es la culminación de un largo esfuerzo de la Teoría del Derecho Penal, de la Teoría del delito. Puede ser que esto en efecto ocurra, pero da la casualidad que el evento que se ventila en los artículos 16 y 19, no tiene que ver, central o directamente con la teoría del delito penal sustantivo, sino con el derecho procesal penal. Habría que recurrir a la teoría, no del delito, sino al proceso del procedimiento para ver si esta reforma es o no, procedente, lo cual se analizara en el capítulo siguiente.

d) CONTENIDO JURÍDICO DEL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL CON LAS REFORMAS DE 1993 Y DE 1996.

La Constitución en la parte que se le denomina dogmática engloba los derechos de los gobernados (Garantías Individuales), pero tener un derecho sin que nadie este obligado a satisfacerlo parece absurdo además de superfluo. Estos derechos imponen obligaciones y deberes a la autoridad imposiciones e razón de su oficio y cargo y si las mismas no cumplen incurren en responsabilidad ya sea administrativa o penal.

En efecto, una declaración de derechos sólo puede significar la declaración de la existencia de ciertos derechos, pero eso no basta, es menester establecer el control de esos derechos a través de una vía pública eficiente.

PRIMER PÁRRAFO DEL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL.

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

"Nadie" según el diccionario enciclopédico básico dice: NADIE Niemand fr. Personne, Nobody ing. Ninguna persona, persona insignificante.

El término "nadie" desde el punto de vista subjetivo es equivalente a ninguna persona, ningún gobernado, por ende interpretando a contrario sensu, las garantías consagradas en el artículo 16 constitucional corresponden a todo gobernado, así estas garantías protegen a todas las personas, siendo la persona todo ente jurídico capaz de sujetarse a derechos y obligaciones, esta atendiendo a su capacidad ya sea de goce (Art. 22, 24, 25 Código civil) o de ejercicio, así que la redacción constitucional comparte el espíritu de "La Declaration Universelle Des Droits De L' homme" del 10 de diciembre de 1948, de la cual nuestro país forma parte y de acuerdo con el artículo 133 constitucional también es ley suprema, el artículo 2o. de la mencionada declaración preceptúa: "chacun peut se prévaloir de tous les droits et de toutes les libertés proclamés dans la présente Declaration sans distinction aucune, netamment de race, de couleur, de sexe, de langue, de religion, d' opinion politique ou de toute autre opinion....."

"Cada uno se puede prevalecer de todos los derechos y de todas las libertades proclamadas en la presente declaración sin distinción alguna, por raza, color, sexo, o de lenguaje, religión, de opinión política o de toda otra opinión".

El acto de autoridad condicionado por estas garantías es un acto de molestia, en sí una simple perturbación o afectación de los bienes jurídicos mencionados en el precepto, en este sentido esta garantía es más amplia que la consignada en el artículo 14 constitucional pues este se refiere a la privación menoscabo de los bienes tutelados, así que cuando una autoridad realiza un acto de mera afectación al gobernado, esta violando las garantías del artículo 16 constitucional.

En sí, y de una manera global podemos distinguir 3 actos de molestia por parte de la autoridad:

a) En actos materialmente administrativos que causen al gobernado una simple afectación o perturbación a cualquiera de sus bienes o disminución a su esfera subjetiva de derecho, de esta manera la autoridad no se puede escudar que ha hecho una violación en pequeño, ya sea grande o pequeña es una violación a las garantías individuales

b) En actos materiales y de naturaleza penal o civil (mercantiles, administrativos y del trabajo).

c) En actos estrictos de privación, los que impiden el ejercicio de un derecho.

De acuerdo a Gabino Fraga, en su obra el derecho administrativo, nos indica que nos encontramos ante una autoridad cuando la competencia que se le ha otorgado implica la facultad de realizar actos de naturaleza jurídica que afectan la esfera de los particulares y la de imponer a éstos sus determinaciones, es decir, cuando la autoridad está investida de facultades de decisión y de ejercicio.

Respecto a los bienes jurídicamente tutelados debemos entender por familia no al núcleo de personas que la forman sino a los derechos inherentes al Estado familiar como estado civil y relaciones de padres a hijos, tutela, adopción, etc., por ende, para que un acto de autoridad sea violatoria respecto a la familia debe recaer sobre esos derechos.

El domicilio del gobernado es uno de sus bienes que en las diversas instituciones jurídicas ha merecido mayor protección. En la misma Edad Media, época de barbarie era considerado el domicilio inviolable en el derecho anglosajón el "home" del individuo era tabú frente a las autoridades.....⁴²

El artículo 29 del Código civil para el D.F. nos señala:

"El domicilio de las personas físicas es el lugar donde residen habitualmente y a falta de éste, el lugar del centro principal de sus negocios, en ausencia de estos, el lugar donde simplemente residan y en su defecto, el lugar donde se encontraren.

Se presume que una persona reside habitualmente en un lugar cuando permanece en él por más de 6 meses.

El artículo 33 del mismo ordenamiento legal indica: "Las personas morales tienen su domicilio en el lugar donde se halle establecida su administración".

⁴² GABINO FRAGA, Derecho Administrativo.

Los que tengan su administración fuera del D.F. pero que ejecuten actos jurídicos dentro de su circunscripción, se considerarán domiciliadas en el lugar donde los hayan ejecutado, en todo a lo que esos actos se refiere.

"Las sucursales que operen en lugares distintos de donde radica la casa matriz, tendrá su domicilio en esos lugares para el cumplimiento de las obligaciones contraídas por las mismas sucursales".....⁴³

Como acertadamente señala el maestro Burgoa, interpretando dichos artículos nos encontramos con dos hipótesis:

a) "En el sitio o lugar en que la persona tenga establecido su hogar. esto es, su casa habitación donde conviva con sus familiares, incluyendo todos los bienes dentro de la casa que pueden ser motivo de molestia, es tal el respeto por el domicilio que no sólo está vedado para la autoridad además está protegido contra los demás gobernados tipificando el delito de allanamiento de morada en el artículo 285 del Código penal vigente y se encuentra agravado el delito de robo por el artículo 381 bis del mismo ordenamiento que señala "sin perjuicio de las sanciones que de acuerdo con los artículos 370 y 371 deben imponerse, se aplicarán de 3 días a 10 años de prisión al que robe en edificios, viviendas, aposento o cuarto que estén destinados para habitación".

b) En cuanto a las personas morales, es el sitio o lugar donde se halle establecida su administración".

Bajo la denominación de papeles se comprenden todos los documentos de una persona, todas las constancias escritas de un hecho o acto, esta garantía tutela que las autoridades no podrán molestar al gobernado en esos documentos, poniéndolo a salvo de arbitrarios cateos que pueden comprometerlo en cualquier sentido, es por ello que los de una persona gozan de un régimen propio de cuidado constitucional, permitiéndose, sólo en los casos consignados por el mismo artículo 16 de nuestra Carta Magna. El acto de molestia se traduce en el apoderamiento o requisición que hace la autoridad de esos documentos.

⁴³ BURGOA O. Ignacio. Derecho Constitucional. Editorial Porrúa. México. 1992

El artículo 790 del Código civil nos indica que "es poseedor de una casa el que ejerce sobre ella un poder de hecho, salvo lo dispuesto por el artículo 793. Posee un derecho el que goza de él".

Artículo 794.- "Sólo se pueden ser objetos de posesión las cosas y derechos que sean susceptibles de apropiación"..

El artículo 16 constitucional impone la obligación de fundar y motivar la causa legal del procedimiento que origine la molestia, por causa legal del procedimiento se entiende que son la serie de actos concatenados que provocan la molestia en los bienes jurídicos tutelados, llevados a cabo estos actos por la autoridad competente. La fundamentación legal consiste en que estos actos molestos para el gobernado deben basarse en una disposición normativa general, que exista una ley que autorice y prevea esta situación. Se transcriben las siguientes jurisprudencias.

..... En virtud de autoridad competente....., la referencia a la autoridad....., competente engloba a cualquier tipo de ésta, ya sea legislativa, administrativa o judicial.

La garantía tutelada para el gobernado es que los actos de molestia para él, deben provenir siempre de una autoridad competente, de una autoridad que este actuando dentro de su ámbito, esfera o campo en los cuales puede válidamente desarrollar o desempeñar sus atribuciones y funciones. Es la misma ley que determina el ámbito de competencia de cada órgano.

La competencia en sentido estricto se entiende a la competencia referida al órgano jurisdiccional para conocer de un determinado asunto en los cuales puede ejercer de acuerdo a la ley sus funciones.

Apéndice del Tomo XVIII del Semanario Judicial de la Federación.

Tesis 147 de la compilación 1917-1985.

Tesis 46 del Apéndice 1975 materia general "Las autoridades no tienen más facultades que las que la ley les otorga, pues si así no fuera, fácil sería suponer implícitas todas las necesarias para sostener actos que tendrían que ser arbitrarios por carecer de fundamento legal.

"Cuando el artículo 16 de nuestra Ley Suprema previene que nadie puede ser molestado en su persona, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento, esta exigiendo a las autoridades no simplemente que se apeguen, según criterio escondido en la conciencia de ellas a una ley, sin que se conozca de que ley se trate y los preceptos de ella, que sirvan de apoyo al mandamiento relativo de las propias autoridades, pues esto ni remotamente constituiría una garantía para el particular. Por el contrario, lo que dicho artículo les este exigiendo es que citen la ley y los preceptos de ella en que se apoyan, ya que se trata de que justifiquen legalmente sus proveídos haciendo ver que no son arbitrarios. Forma de justificación tanto más necesaria, tanto que dentro de nuestro régimen constitucional las autoridades no tienen más facultades que las que expresamente les atribuye la ley "Amparo en revisión 1, 259/59. Octavio Ramos E. y Co. ags. 10 de agosto 1959. Unanimidad de votos Ponente: José Rivera P.C. Tomo XXVI. Segunda Sala. pags. 13 y 14 sexta época.

"El requisito constitucional de legal fundamentación estriba, no en la invocación global de un cuerpo de disposiciones legales o Código pues de ser esto así bastarían que los mandamientos civiles se fundamentarán diciendo "con apoyo en las disposiciones del Código civil", y las procesales penales "con apoyo en el Código de procedimientos penales", etc., lo cual evidentemente dejaría en igual desamparo que si la garantía de fundamentación no existiera, así como expuesto a desmanes de la autoridad pública, al no sujetarse ésta al cauce constitucional de dicha garantía".

Amparo en revisión 4, 079/58, Eduardo Solís Guilén, 30 de enero de 1961. Ponente: José Rine P.C. Tomo XLIII, Segunda Sala. pag. 14 Sexta época.

"El requisito de fundamentación que exige el artículo 16 constitucional, no se satisface con la citación de la ley de la materia, en que se haya apoyado la autoridad responsable sino que es indispensable, para que el acto pueda reputarse fundado, que precise en concreto el precepto legal en que pretendan sustentarse".

Amparo en revisión 2,645/90 Humberto Avilés Rocha, 16 de Noviembre 1960, 5 votos, Ponente: Felipe Tena Ramírez, Tomo LI, Segunda Sala, pag. 9 Sexta época.

"Si en una resolución no se cita ningún precepto legal que se hubiere tomado en consideración para dictarla, procede conceder al quejoso el amparo y protección de la justicia federal que solicita para el efecto de que la autoridad responsable dicte la resolución que proceda, pero fundándola debidamente en la ley.

Amparo en revisión 183/58, Luswing Bach Mann 8 Sept. 1958, Unanimidad de 4 votos, Ponente: José Rivera P.C. tomo XVI. Segunda Sala. pag. 16. Sexta época.

El Código civil para el D.F. hace 2 distinciones de poseedores: los de buena fe y los de mala fe.

Según el artículo 806 del mencionado ordenamiento legal señala: Es poseedor de la buena fe el que entra en la posesión en virtud de un título suficiente para darle derecho de poseer. También lo es el que ignora los vicios de su título que le impiden poseer con derecho.

Nace la pregunta ¿protege la ley al poseedor de buena fe como al de mala fe? y la respuesta la encontramos en los mismos preceptos constitucionales de este estudio, en los artículo 14 y 16 de nuestra Carta Magna, el artículo 14 constitucional señala: "Nadie puede ser privado de la vida, de la libertad, o de sus propiedades o posesiones sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos.....", por su lado el artículo 16 del mismo ordenamiento nos dice: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente....."

Ambos artículos mencionan la ~~pasara~~ "Posesiones" de manera general, no señalando si es de buena o de mala fe, por lo tanto, atendiendo al principio "donde la ley no distingue no debemos distinguir" se debe proteger al poseedor no importando en cual categoría incurra ya sea de buena o mala fe para desposeerlo se deben seguir las formalidades del procedimiento marcadas en la ley.

La motivación consiste en que, existiendo una norma jurídica, el caso o situación concretos respecto de lo que se pretende cometer el acto autoritario de molestia, sean aquéllas que alude la disposición legal fundatoria, en sí son las circunstancias y modalidades del caso particular que encuadre en el marco jurídico, es el ¿porque? de la actuación de la autoridad. Para que la autoridad adecue una norma jurídica al caso concreto en el cual opera la molestia, la autoridad respectiva debe aducir los motivos que justifiquen la aplicación correspondiente, motivos que deben manifestarse en los hechos, circunstancias y modalidades de cada caso.

"No basta que los responsables invoquen determinados preceptos legales para estimar que sus acuerdos están debidamente fundados, sino que es necesario que los preceptos invocados sean precisamente aplicables al caso de que se trate".

Amparo en revisión 2, 479/48 Ignacio Negrete Hernández, 7 de mayo 1959, 5 votos, ponente: Franco Carreño Tomo XXIII, Segunda Sala, pag. 9 sexta época.

"Si la autoridad responsable reconoce que por fundar debe entenderse la expresión de los fundamentos legales o de derecho del acto reclamado, precisamente por eso se concluye que la resolución reclamada no quedo debidamente fundada, si en ella no se contiene la expresión de ningún fundamento legal o de derecho, y si por otra parte, la propia autoridad responsable reconoce que por motivar debe entenderse el señalamiento de las causas materiales o de derecho que hayan dado lugar al acto reclamado, no puede admitirse que la motivación consistía en la expresión general y abstracta de

que "por razones de interés público el gobierno federal había decidido constituir por sí mismo y por sus propios medios el puente a fin de operarlo en forma directa" ya que así la mencionada expresión no señala en principio las causas materiales o de hecho que hubieran dado lugar al acto reclamado.

Amparo en revisión 2,248/61. Puentes Internacionales S.A. de C.V. 19 de octubre 1961, 5 votos Tomo LII, Segunda Sala, pag. 63, sexta época.

En otra situación nos encontramos con la facultad discrecional de la autoridad administrativa o judicial, la cual consiste en que de acuerdo a su criterio discrecional determinen o no si el caso concreto sobre el que se va a decidir encuadra dentro de supuestos generales consagrados en la norma jurídica, es un poder de apreciación por parte de la autoridad donde entra su ánimo subjetivo lo cual se puede prestar a arbitrariedades y abusos de la misma, la sola idea de que una autoridad pueda a pretexto de ejercer dicha facultad actual sin ley o contra la ley es repugnante, esto vulneraría el principio de legalidad.

"De conformidad con el artículo 16 constitucional federal, 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, por lo que es evidente, en atención a esta disposición constitucional, que las autoridades están obligadas a expresar en sus resoluciones, los motivos y razones, que tengan para dictarlas en determinado sentido, dándoselos a conocer al interesado, a efecto de que este en aptitud de hacer valer sus derechos y defensas contra la misma, ya que, de lo contrario se le infieren molestias infundadas e inmotivadas y consecuentemente, se viola en su perjuicio la garantía constitucional señalada".

Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXXVIII pag. 199

"El artículo 16 manda que nadie puede ser molestado en su persona, familia, papeles, domicilio o posesiones, sino en virtud del mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento, pero el espíritu de dicho artículo no es que los proveídos respectivos contengan los principios legales en que se apoyan sino que realmente exista motivo para dictarlos y exista un precepto de la ley que los funde".

Semanario Judicial de la Federación, Tomo XXVI pag. 252.

"Las autoridades administrativas, por una parte sólo pueden hacer lo que la ley les permite, y por otra la sola existencia de una ley que no ha sido aplicada debidamente y citada en el acto administrativo que se reclame, no le da a éste el carácter de constitucional, por lo que si no se le señala expresamente como fundamento del acto, éste es inconstitucional, aunque la autoridad respectiva alegue: que por tratarse del cumplimiento de las leyes del orden público, la simple omisión legal de una disposición administrativa, que tiene su apoyo en preceptos legales permanentes, no puede ser causa para que se perjudique el interés público".

Semanario Judicial de la Federación. Tomo LXXI, pag. 5, 8/2.

Para terminar el estudio de las garantías consagradas por el artículo 16 constitucional es necesario dar el significado de mandamiento escrito, por consiguiente, cualquier mandamiento u orden verbales que originen el acto de molestia son violatorios de garantías. Para que se satisfaga la garantía formal del mandamiento escrito es menester que al afectado se le comunique o se le de a conocer debe ser siempre este acto. Además debe advertirse que el mandamiento escrito debe contener la firma auténtica de funcionario público que la expida no siendo válidas las firmas facsimilares.

"La firma que cauce cualquier orden escrita auténtica, ya que no es sino el signo gráfico con el que, en general, se obligan las personas en todos los actos jurídicos de forma escrita, de tal manera que carece de valor una copia facsimilar, sin la firma auténtica de la autoridad del documento en que la autoridad impone un crédito a cargo del causante, por no constar en mandamiento debidamente fundado y motivado".

Ejecutoria dictada en la revisión 5,078152, Antonio Ruiz Abascal.

SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL.

"No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado".

Como se desprende del texto se suprimió la palabra detención, con esto se reafirma la orden de aprehensión emanada de Juez competente como la regla general para que un gobernado pueda ser afectado en sus libertades para los fines del proceso penal.

Se estima como aprehensión el acto mismo de la captura del reo, el hecho material del apoderamiento de su persona, la detención es en cambio un estado el estado de la privación de la libertad que sigue a ese aseguramiento y termina con la formal prisión o libertad por falta de méritos por autoridad judicial se entiende el órgano estatal que forma parte del poder judicial ya sea federal o estatal.

Por delito y estricto sensu para no entrar en definiciones, se debe atender a lo preceptuado por el artículo 7o. del Código Penal vigente.

El delito es:

I.-Instantáneo, cuando la consumación se ajusta en el mismo momento en que se han realizado todos sus elementos constitutivos.

II.-Permanente o continuo, cuando la consumación se prolonga en el tiempo, y

III.-Continuado, cuando con una unidad de propósito delictivo y pluralidad de conductas se viola el mismo precepto legal.

En el nuevo texto desapareció que bajo protesta de decir verdad o persona digna de fe como requisitos para presentar una denuncia, acusación o querrela, en efecto, en el antiguo texto del artículo 16 constitucional, la obligación de rendir protesta o ser persona digna de fe era una garantía para todos los gobernados y era un freno para mentirosos o perjuros y hasta se podía tipificar el delito de falsedad en declaraciones judiciales y en informes dados a una autoridad (Artículo 27 Código Penal).

Esta supresión es a mi juicio un gran error que se puede prestar a muchas falsas denuncias con sus respectivas consecuencias negativas.

Se sustituyó el término "pena corporal", como criterio limitador de la sanción que amerite el delito para posibilitar la orden de aprehensión, por pena corporal se entiende el afectar la integridad física, en su cuerpo de una persona y se agregó la frase "cuando menos" a la expresión "pena privativa de libertad" para dejar claro que la orden de aprehensión sólo procede contra aquéllos actos que la ley sancione con pena de muerte o de prisión.

La tipicidad es la adecuación de la conducta al tipo, y por el tipo de delito se puede entender aquellas características que en su conjunto conforman al delito, en la nueva reforma es necesario que se integre el tipo penal y la presunta responsabilidad del indiciado. Por ejemplo en el delito de robo el artículo 367 del Código Penal señala: comete el delito de robo el que se apodera de una cosa ajena mueble, sin derecho, y sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella conforma a la ley. Los elementos del tipo penal del delito de robo serán:

a)Apoderamiento; b)Cosa ajena mueble; c)Sin derecho; d)Sin consentimiento de la persona que pueda disponer de ella con arreglo a la ley. Si falta algún elemento en la conducta será semejante o parecida al delito, pero no un delito en sí, recordemos el principio "Nullum crimen sine lege" y el artículo 14 constitucional que señala la prohibición de imponer analogía en materia penal.

Otro ejemplo, artículo 265 Código Penal; Al que por medio de la violencia física o moral realice cópula con persona de cualquier sexo, se le impondrá prisión de ocho a catorce años.

Los elementos del tipo penal del delito de violación son: a) Por medio de la violencia física o moral; b) Realización de una cópula (ya sea la introducción del pene por vía vaginal, anal u oral); c) Con persona de cualquier sexo, al faltar uno de estos elementos del tipo penal no hay delito.

Por la presunta responsabilidad se entiende en la creencia sustentada en datos o indicios que una persona es responsable de un acto, en éste caso delictivo, esto lo relaciona con el artículo 20 constitucional (también reformado) fracción I que a la letra dice:

Inmediatamente que lo solicite, el Juez deberá otorgarle la libertad bajo caución, siempre y cuando se garantice el monto del daño y las sanciones pecuniarias que en su caso pueden imponerse al inculcado.....Lo que en realidad es un principio callado y oculto de que en México "Nadie es inocente hasta que se demuestre lo contrario", puesto que por la prisión preventiva se le priva de su libertad y debe acreditar en el juicio penal su inocencia, por lo tanto no tiene la calidad de inocente si se abre un proceso en contra de persona alguna y sólo hasta que haya una sentencia condenatoria en su contra y esta sentencia quede firme (que ya no admite recurso o juicio alguno) es hasta entonces que una persona es declarada culpable, entonces ¿porque una persona que se le considera (pero no se ha demostrado) que es presunto responsable de un delito tiene que garantizar la reparación del daño y las sanciones pecuniarias si todavía no tiene una sentencia que lo condene-?.

TERCER PÁRRAFO DEL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL.

"La autoridad que ejecute una orden judicial de aprehensión, deberá imponer al inculcado a disposición del juez, sin dilación alguna y bajo su mas estricta responsabilidad. La contravención a lo anterior será sancionado por la ley penal."

El precepto no es claro, al contrario adolece de precisión, si bien es cierto que la autoridad que no ponga al inculpado sin dilación alguna comete el delito contra la administración de justicia art. 225 Código Penal: son delitos cometidos contra la administración de la justicia cometidos por los servidores públicos son los siguientes:

IX.- Abstenerse injustificadamente de hacer la consignación que corresponda con arreglo a la ley, de una persona que se encuentre detenida a su disposición como presunto responsable de algún delito.

XX.- Realizar la aprehensión sin poner al detenido a disposición del juez, dentro de las 24 horas siguientes a ésta, según lo dispuesto por el artículo 107 fracción XVIII, tercer párrafo de la Constitución. Por su parte el art. 107 fracción XVIII, tercer párrafo señalaba "También será consignado a la autoridad o agente de ella el que realizada una aprehensión, no pusiere al detenido a disposición del juez dentro de las 24 horas siguientes". Gracias a esto, era un freno para la autoridad detener a una persona sin ponerlo a disposición del juez en 24 horas y si se extralimitaba cometía el delito contra la administración de justicia.

Pero gracias a nuestros legisladores que "brillan por sus conocimientos de derecho" se suprimió con las nuevas reformas esta fracción XVIII del art. 107, su pretexto de introducirlas en el artículo 19 Constitucional quedando así: Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de 72 horas a partir de que el individuo sea puesto a disposición, sin que se justifique con auto de formal prisión y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se imputa al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste. La prolongación de la detención en perjuicio del inculpado será sancionada con la ley penal.....

En ningún momento se aprecia la mención relativa al término de 24 horas de la fracción XVIII ahora derogada, antes la autoridad administrativa tenía 24 horas para poner a disposición del juez al inculcado, actualmente el artículo 16 Constitucional solo dice "sin dilación alguna", al derogarse ese término se presta para que las autoridades cometan abusos y arbitrariedades ya sin la preocupación de cometer un delito contra la administración de justicia, pues en este caso, dicho término ya no existe.

Es una traición mas por parte de los legisladores hacia el pueblo que los eligió, pero, no se puede esperar más de un poder legislativo que no es autónomo en sus decisiones. Aunque se reconoce que hubo fracciones de algunos partidos de la oposición que teniendo una representación mínima votaron en contra de la reforma.

CUARTO PÁRRAFO DEL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL

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

Flagrar viene del latín *flagrare*, que significa arder o resplandecer humo, fuego o llama, de manera que etimológicamente, flagrante delito equivale a un delito resplandeciente, lo que da idea de un hecho vivo, palpable, cuya realidad se impone claramente ante los ojos de quienes lo ven, reafirmandose el principio "Quod oculus videt nemo fideliter negat", lo que el ojo ve nadie puede fielmente negarlo.

El art. 267 del Código de Procedimientos Penales dispone que "se entiende que el delincuente es aprehendido en flagrante delito: no sólo en el momento que es arrestado cuando lo comete, sino también cuando después de ejecutado el acto delictuoso, el delincuente es materialmente perseguido.

Art. 194 del Código Penal de procedimientos penales para el D.F.: se entiende que el delincuente es aprehendido en flagrante delito 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 aparezca cometido, o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su culpabilidad.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido que es delito flagrante "El que se esta cometiendo actualmente sin que el autor haya podido huir, el que se comete públicamente y cuyo perpetrador ha sido visto por varios testigos, al tiempo mismo que lo consumaba, por lo tanto, considerar flagrante un delito porque se miren sus consecuencias constituye un grave error jurídico, y la orden de aprehensión que se libre por las autoridades administrativas contra el autor probable del hecho que ocasione esas consecuencias, constituye una violación al artículo 16 Constitucional.

Semanario Judicial de la Federación. Tesis relacionada con la tesis 85 de la novena parte al apéndice 1917-1985 intitulado flagrante delito.

Con las reformas de febrero de 1999, al Código de Procedimientos Civiles señala en su artículo 193.-Se entiende que existe flagrancia cuando:

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

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

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

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

QUINTO PÁRRAFO DEL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL.

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

En el curso de actualización de amparo en materia penal, por medio de la Barra Mexicana, Colegio de Abogados, jueces, magistrados y prestigiados ministros se tocó en especial el tema de las nuevas reformas.

El sentir general de la Barra Mexicana de Abogados es que con estas reformas, el mismo artículo 16 se está suicidando, haciendo a un lado la protección del gobernado y siendo un retroceso. La ley no preveía exactamente lo que son los casos urgentes, ¿que debemos entender por un caso urgente? la respuesta que se dé será solamente un criterio subjetivo, indeterminado que causará graves perjuicios en la esfera jurídica de derechos del gobernado. Los mismos ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el mencionado curso, se contradecían entre sí y cada uno daba una idea, tan sólo una idea de lo que se puede considerar el caso urgente.

Esta excepción de que el Ministerio Público pueda detener extermina el espíritu del artículo 16 Constitucional y ataca al juicio de amparo.

La ley no precisaba los casos urgentes dejando al ánimo de la representación social (que no siempre se ha distinguido por su buen desempeño) decidir cuando es un caso urgente y detener ya legalmente al indiciado.

Eso no es todo, la ley establece "cuando se trate de delitos graves así calificado por la ley". La ley hasta enero de 1994 no determino lo que eran delitos graves existiendo por varios meses una laguna jurídica en una materia tan delicada como la penal.

Si bien es cierto que en el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se da un criterio de calificación de urgencia, también lo es que acrecentó el subjetivismo al disponer que "existe notoria urgencia para la aprehensión del delincuente cuando por la hora o por la distancia del lugar en que se practica la determinación no hay ninguna autoridad judicial que pueda expedir la orden correspondiente y existan serios temores de que el responsable se sustraiga a la acción de la justicia. El precepto transcrito no hace mas que reproducir el texto constitucional, agrandando la imprecisión.

Se establece "que siempre y cuando no se puedan ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia".

Pareciera que el legislador vive en el pasado y es parte viviente de este retroceso jurídico, México ya no es el país de 1917, donde no se podía ocurrir ante la autoridad judicial simplemente porque ésta no existía en todo el país, entonces ¿cuando será el caso que no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial? ¿Que debemos entender por hora, lugar o circunstancia?

Solo los legisladores en sus nebulosas mentes lo saben.....tanto subjetivismo deja abierta la puerta a la corrupción, injusticias y arbitrariedades por parte del Ministerio Público. Al utilizar la palabra "circunstancia" se presta a las más grandes interpretaciones que se le puedan dar, el diccionario explica que por circunstancia se entiende un accidente de modo, tiempo, lugar, lo cual tampoco aclara la situación, como se nota, las circunstancias son variables y la representación social, puede alegar las "circunstancias" en cada caso según le convenga.

Ahora con las reformas al artículo 268 del Código de Procedimientos Civiles de septiembre de 1999, este artículo señala también al respecto como delitos graves los siguientes:

Artículo 268.-

I.

II.

III.

.....

.....

.....

Para todos los efectos legales, son graves los delitos sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años. Respecto de estos delitos no se otorgará el beneficio de la libertad provisional bajo caución previsto en la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El término medio aritmético es el cociente que se obtiene de sumar la pena mínima y la máxima del delito de que se trate y dividirlo entre dos.

La tentativa punible de los ilícitos que se mencionan en el párrafo anterior también se considerará delito grave si el término medio aritmético de las dos terceras partes de la pena de prisión que se debiera imponer de haberse consumado el delito excede de cinco años.

Para calcular el término medio aritmético de la pena de prisión se tomarán en consideración las circunstancias modificativas de la penalidad del delito de que se trate.

Quando se señalen penas en proporción a las previstas para el delito doloso consumado, la punibilidad aplicable es, para todos los efectos legales, la que resulte de la elevación o disminución, según corresponda, de los términos mínimo y máximo de la pena prevista para aquél.

SEXTO PÁRRAFO DEL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL.

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

La ley señala con claridad lo que es flagrancia, no así como el caso de urgencia, lo cual es muy abstracto.

SÉPTIMO PÁRRAFO DEL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL.

Ningún individuo podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de 48 horas, plazo en el que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial; este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso a lo anteriormente señalado será sancionado por la ley penal.

En el seminario de amparo en materia penal, así como en la conferencia "Las reformas al artículo 16 Constitucional " ¿Una disminución de garantías individuales? dirigido por el Doctor en Derecho Jesús Zamora Pierce este párrafo fue el que más polémicas originó y el de mayor discusión. En efecto, el sentir del foro de la Barra Mexicana de Abogados y de la mayoría de los maestros que asistieron a dicha conferencia en Acatlán, fue un sentimiento generalizado de una pérdida de garantías individuales y mayor poder al Estado.

Como ya quedo indicado, el Ministerio Público puede ahora, detener al indiciado, eso ya es malo, pero, todavía peor para el gobernado que la representación social lo puede detener por 48 horas, plazo en que deberá ponerlo en libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial, aquí viene la excepción "este plazo (de las 48 horas en que el Ministerio Público puede tener detenida a la persona), podrá duplicarse en los casos que la ley prevea como delincuencia organizada. A lo cual, cabe hacer mención, que la ley, aún en diciembre de 1993, todavía no preveía lo que era delincuencia organizada, sino que hasta marzo de 1996, se propuso la iniciativa de ley de lo que es la delincuencia organizada.

Hay aquí un grave problema, primero la detención de 48 horas y en caso (impreciso, no definido hasta enero de 1994 y propuesta de iniciativa de la hasta marzo de 1996) de delincuencia organizada se duplican las 48 horas.

Imaginemos que a un sujeto "A" el Ministerio Público lo detiene por 48 horas, después le duplica el plazo por creer que se encuentra en el supuesto de delincuencia organizada, deteniéndolo por otras 48 horas, lo remite al término de estas al juez competente, éste decide su situación jurídica dentro de las 72 horas que el indiciado (sujeto "A") queda a su disposición, le dicta el auto de formal prisión y se abre el proceso. El sujeto "A" solicita el amparo y protección de la justicia de la Unión (la suspensión se debe otorgar de oficio en materia penal artículo 123 de la ley de amparo) en un amparo indirecto ante el juez de distrito contra el auto de formal prisión, el juez de distrito una vez hecho el estudio del asunto otorga el amparo y el sujeto "A" por consiguiente sale en libertad.

Nos encontramos que el sujeto "A" fue detenido por 4 días por la representación social y después otros 3 días por la autoridad judicial en lo que decidía su situación jurídica, ya van 7 días, más el tiempo que tarde el juez en dictar su resolución del fondo del asunto del juicio de amparo que serían realmente de 2 a 3 meses, en fin que es bastante tiempo, como lo expuso en la conferencia el Doctor Jesús Zamora Pierce, si la autoridad en este caso el Ministerio Público, comete errores deteniendo a una persona por varios días que más adelante se le deja en libertad, y como lo manifiesta el Doctor Zamora Pierce ¿Porque no pugnar para que en estos casos el Estado fije una indemnización suficiente? ¿Que hay acerca del dolor y la angustia del indiciado y sus familiares?, cierto, por el otro lado está el ofendido o víctima del delito, pero hasta que no haya una sentencia en su contra y que no admita recurso o juicio alguno, el procesado será culpable, además, algo positivo de las nuevas reformas al artículo 20 Constitucional fracción IX se garantiza la reparación del daño a favor del ofendido. Por otro lado una persona al estar detenida no puede trabajar ni puede económicamente mantener a su familia, como lo marca el artículo 42 de la Ley Federal del Trabajo si bien es cierto que es causa de suspensión de la relación de trabajo, la prisión preventiva del trabajador.

El Doctor Zamora Pierce contestó a mi pregunta diciendo que esa indemnización para el caso de aprehensiones equivocadas ya estaba garantizada en el Pacto de San José en Costa Rica y de acuerdo al artículo 133 Constitucional la Constitución y los Tratados Internacionales conforme a esta, eran Ley Suprema; a lo cual pregunto ¿existen las leyes reglamentarias de este Tratado? ¿se ha preocupado el Estado de implantar mecanismos para hacer efectivo el derecho a una indemnización en caso de estos errores? y la respuesta es NO, y corresponde a los foros de abogados, al abogado litigante el pugnar por la creación de estos mecanismos.

Artículo 268.-Habrá caso urgente cuando:

a) Se trate de delito grave, así calificado por la ley.

b) Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia.

c).

OCTAVO PÁRRAFO DEL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL.

"En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, y que será escrita, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personal que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirse, un acta circunstanciada, en presencia de 2 testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado, o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia".

Existen varias garantías consignadas en este párrafo, la primera de ella estriba en que el acto de cateo, que es, el registro o inspección de sitios o lugares con el fin de descubrir ciertos objetos para evidenciar ciertas o determinadas circunstancias, este acto debe emanar de una autoridad judicial, un órgano autoritario constitutivo del poder local o federal, en cuanto a su forma debe constar por escrito, si es verbal es una violación de garantías individuales,

La segunda garantía es que el cateo nunca debe ser general, no puede ser indeterminado en la búsqueda, registro o inspección, debe versar sobre cosas concretamente señaladas en ella y practicarse en cierto lugar, si la orden de cateo lleva aparejado un mandamiento de aprehensión o detención debe indicar expresamente la persona o personas que deban ser detenidas. Una tercera garantía se encuentra en la obligación de la autoridad que practica el cateo de levantar un acta circunstanciada detallando todos los hechos en presencia de 2 testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado, si este se niega o no se encuentra la autoridad podrá nombrar a los testigos.

NOVENO PÁRRAFO DEL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL.

De acuerdo al decreto que reformo y adicionó el artículo 16 Constitucional, hecho lo cual, los párrafos noveno y subsecuentes se recorren en su orden, es decir, se considero proponer la adición de un noveno párrafo al artículo citado, quedando de la siguiente forma.

"Sólo la autoridad judicial federal podrá autorizar la intervención de cualquier medio de comunicación privada, o bien la colocación secreta de aparatos tecnológicos. Estas intervenciones se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes. La ley penal sancionará a quien las realice sin tales requisitos, y los resultados de ellas carecerán de todo valor probatorio".

Una de las estrategias que se consideraron indispensables para mejorar la capacidad del Estado en la lucha contra la delincuencia, particularmente la organizada, es la relativa a la intervención de comunicaciones telefónicas y de otros medios de comunicación similares por parte de la autoridad competente, ya que permite buscar pruebas judiciales al interceptar, mediante grabación magnetofónica, las comunicaciones telefónicas, radiotelefónicas y similares, que se hagan o reciban por quienes pertenecen o colaboran con una organización criminal.

Este tema, sin embargo, no es nada sencillo y el debate público en torno a él ha provocado un creciente interés, dadas las consecuencias que puede implicar prohibirlo o regularlo. Así, por ejemplo, prohibirlo implicaría obstaculizar el diseño y establecimiento de medios eficaces del Estado tendientes a mejorar sus tareas de investigación policial; y regularlo, sin el debido cuidado, podría provocar que se vulneraran derechos fundamentales de la persona. Además de la desventaja que la prohibición trae para las instituciones del Estado, se ampliarían las ventajas para las organizaciones criminales, que actualmente, dado su poderío económico, hacen uso de los métodos y técnicas más modernas, entre ellas las de interceptación de medios de comunicación, y aprovechan los adelantos científicos y tecnológicos para colaborar a través de las fronteras nacionales e idear estrategias que ningún Estado puede contrarrestar por sí sólo, sobre todo si éstos no utilizan tales mecanismos.

En efecto, por lo que hace a la intervención de comunicaciones telefónicas y otros medios similares, cuya incorporación se considera indispensable en la legislación penal como estrategia político criminal, ha provocado ciertas inquietudes respecto de su constitucionalidad, observándose diversidad de opiniones sobre el particular, desde las que consideran que su autorización tiene sustento constitucional hasta las que piensan que vulnera derechos fundamentales y, por ello, se contraponen a la Constitución. Ciertamente se han exteriorizado opiniones en el sentido de que permitir la intervención de medios de comunicación vulneraría garantías constitucionales, como es la "intimidad" o "vida privada" de las personas, sobre todo si no se limita dicha intervención. Pero, igualmente existen opiniones que sostienen que, como todo acto de molestia, puede fundarse y motivarse por mandamiento de autoridad competente, como lo prevé el párrafo primero del artículo 16 Constitucional; por lo que regular la autorización de las intervenciones telefónicas y de otros medios de comunicación no contravendría a la Constitución.

Puede admitirse que, si bien la "intimidad" o la "vida privada" o "privacidad" es el bien jurídico que está de por medio y por cuya razón se protege, por ejemplo, la correspondencia y se sancionan ciertas conductas que le afectan, el Constituyente Permanente no tuvo la intención de preverla a nivel constitucional, porque no le proporcionó protección adecuada a la intimidad o vida privada frente a los nuevos medios de comunicación; pudiéndose pensar que, para los actos de molestia implicaría su aplicación, se haya considerado aplicable el párrafo primero del propio artículo 16 constitucional.

Es incuestionable que el desarrollo industrial y tecnológico introduce descubrimientos que facilitan grandemente el acceso a la vida privada, como es el caso de los medios de vigilancia electrónica, frente a los cuales resulta inútil todo intento de salvaguardar la esfera privada de la persona mediante fórmulas jurídicas tradicionales.

Se precisa en la propuesta de reforma, que la intervención de cualquier medio de comunicación privada, o bien la colocación secreta de aparatos tecnológicos, podrán ser autorizados sólo por la autoridad judicial federal, con lo cual su práctica se limita. Pero además se establece que dichas intervenciones se ajustarán a los requisitos y límites que las leyes respectivas prevean. Dada la naturaleza del acto de molestia, se precisa, por una parte, que la autoridad competente para expedir el mandamiento únicamente puede ser la judicial y, por otra, que dicha autoridad judicial sea la federal, para restringir el uso de esta diligencia. Y, para mayor garantía de que su uso no se haga arbitraria y descontroladamente, se precisa que quienes las realicen sin los requisitos que la ley prevé, serán sancionados penalmente, aparte de que los resultados de tales diligencias carecerán de todo valor probatorio.

Finalmente, debe entenderse que la mencionada intervención o interferencia adquiere sentido si se trata de comunicaciones privadas; por esa razón es que se precisa en la propuesta, que las comunicaciones que pueden ser objeto de alguna intervención, registro o interferencia son las privadas.

DÉCIMO PÁRRAFO DEL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL.

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

Las autoridades fiscales pueden constitucionalmente exigir la exhibición de libros y papeles para comprobar el cumplimiento de normas tributarias, estas visitas domiciliarias tienen que cumplir con las formalidades ya explicadas para los cateos.

"La visita de inspección, en sí misma considerada es ineficaz para sentir efectos legales, si dicha visita de inspección se realizó sin presencia de testigos como expresamente lo exige el artículo 15 Constitucional "Revisión fiscal 47/60 Leonor Carter Arnwbuer, 7 de julio de 1960. 5 votos ponente: Felipe Tena Ramírez. Tomo XXXVII, Segunda Sala. pag. 126 Sexta Época.

"Aunque la Ley de Hacienda del Departamento del Distrito Federal no exige la presencia de testigos en el levantamiento de actas de visitas domiciliarias, en los términos del artículo 133 de la Constitución Federal de la República esta propia Constitución es la ley Suprema de toda la Unión, que por lo mismo debe ser acatada en todas las disposiciones gubernativas". Amparo en revisión 6,012/50, Felix Rojas Mendoza. 17 agosto 1960 5 votos. ponente: Felipe Tena Ramírez Tomo XXXVIII, Segunda Sala, pag. 100 sexta Época.

"Para que las actas de visita domiciliarias practicadas por la autoridad administrativa con objeto de comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, tengan validez consecuentemente eficacia probatoria en juicio, es menester que, conforme a lo dispuesto por el artículo 16 Constitucional contengan los requisitos que señalan las leyes respectivas y además se levanten en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar visitado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia".

Revisión fiscal 2/9/59, María Encarnación Schultz. 1o. Marzo 1961. 5 votos. Relator: Rafael Matus Escobedo. Tomo XLV, Segunda Sala. pag. 9. Sexta Época.

"Por mucho que la ley sobre atribuciones del Ejecutivo Federal en Materia Económica no se mencionen o se precisen ningunos requisitos que deben llenar los inspectores relativos en las visitas de inspección que practiquen, ello es completamente irrelevante, ante las circunstancias de que dicha ley, en sus disposiciones debe estar supeditada a todo lo que establezca la Constitución de la República, que en su artículo 16 prevé los requisitos que deben llenar las visitas de inspección. Si del acta relativa no aparece que se hubiera dado cumplimiento a tales requisitos, resulta que dicha acta es inepta para fundamentar una multa y confirmada por la dirección general de precios, ya que esta multa no se encuentra debidamente fundada y motivada".

Amparo en Revisión 2,515/55 Industria Nacional Química Farmacéutica S.A. de C.V. 2 de marzo de 1960. 5 votos Tomo XXXLIII, Segunda Sala. pag. 173. Sexta Época.

"De conformidad por lo dispuesto por el artículo 16 Constitucional las órdenes de visita domiciliaria expedidas por autoridad administrativa deben satisfacer los siguientes requisitos:

- 1.-Constar en mandamiento por escrito;
- 2.-Ser emitida por autoridad competente;
- 3.-Expresar el nombre de la persona respecto de la cual se ordena la visita y el lugar que debe inspeccionarse;
- 4.-El objeto que persiga la visita y
- 5.-Llenar los demás requisitos que fijen las leyes en la materia. No es óbice a lo anterior manifestado en el sentido de que las formalidades en el precepto constitucional de mérito establece que se refieren únicamente a las órdenes de vista expedidas para verificar el cumplimiento de las obligaciones fiscales pero no para las emitidas por autoridad administrativa, ya que en la parte final del párrafo segundo de dicho artículo se establece en plural: ".....sujetándose en estos actos a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos" y evidentemente se esta refiriendo tanto a las ordenes de visitas en lo general como a las específicamente fiscales, pues de no ser así, la expresión se habría producido en singular.

Compilación 1917-1985, tesis 265 y tesis 548 del Apéndice 1975. Segunda Sala. Informe de 1985, tesis 10. Segunda Sala.

Para terminar con el estudio de este párrafo se deben aclarar algunas diferencias entre el cateo y la visita domiciliaria.

1.-El cateo tiene por finalidad inspeccionar algún lugar, aprehender a una persona o buscar un objeto, debiéndose en la orden respectiva precisar la materia del cateo, por el contrario, la visita domiciliaria es una diligencia que persigue únicamente el cercioramiento de haberse cumplido reglamentos sanitarios y de policía, así como la exhibición de libros y papeles para comprobar si se han acatado las disposiciones fiscales.

2.-La orden de cateo sólo la puede expedir un juez o tribunal, las visitas domiciliarias las expide la autoridad administrativa.

3.-La orden de visita domiciliaria en el ámbito fiscal sólo tiende a que el visitado exhiba documentos y papeles que sean indispensables para demostrar el cumplimiento de las disposiciones fiscales, esta orden no debe de tener ningún despacho de secuestro o embargo de cuentas, inversiones, depósitos bancarios, etc.

DÉCIMO PRIMER PÁRRAFO DEL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL.

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

El precepto es claro, el delito de violación de correspondencia se encuentra tipificado en el artículo 173 del Código Penal para el D.F. vigente que preceptúa: Se aplicarán de 3 días a 6 meses de prisión o de diez a treinta días de multa.

I.-Al que abra indebidamente una comunicación escrita que no esté dirigida a él; y

II.-Al que indebidamente intercepte una comunicación escrita que no esté dirigida a él; aunque la conserve cerrada y no se imponga de su contenido.

Los delitos previstos en este artículo se perseguirán por querrela.

DÉCIMO SEGUNDO PÁRRAFO DEL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL.

"En tiempo de paz, ningún miembro del ejército podrá alojarse en casa particular en contra de la voluntad del dueño, ni imponer prestación alguna. En tiempo de guerra los militares podrán exigir alojamientos, bagajes, alimentos y otras prestaciones, en los términos que establezcan, la ley marcial correspondiente".

Se consigna como garantía de inviolabilidad del domicilio privado contra las autoridades militares que pretendan ocuparlo, esto se ve reforzado por lo dispuesto por el artículo 129 Constitucional. "En tiempo de paz, ninguna autoridad militar puede ejercer más funciones que las que tenga exacta conexión con la disciplina militar", así, el ejército queda constreñido a su esfera propia y natural.

e) BENEFICIOS Y PERJUICIOS DE LAS REFORMAS DE 1993 Y 1996 AL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL.

En el Reclusorio Preventivo Norte en la defensoría de oficio en materia penal, se ha constatado de personas que están privadas de su libertad, reclusas y a pesar de alcanzar los beneficios de libertad caucional no pueden salir por no contar con los medios suficientes, me refiero a personas privadas de su libertad durante todo el proceso sin tener todavía en su contra una sentencia condenatoria, o absolutoria, por eso se reafirma que en México nadie es inocente hasta que se demuestre lo contrario.

Si bien es cierto que en la misma defensoría de oficio a través del área de Trabajo social se procura que personas de escasos recursos accedan a una fianza de interés social con requisitos mínimos para alcanzar su libertad bajo caución, también lo es que hay presuntos responsables de la comisión de un delito que no tienen familiares o amigos que respondan por ellos y realizan los tramites necesarios ante el 'área de Trabajo social, pese a la ayuda que se proporciona.

La palabra riesgo fundado es la puerta que ya se ha señalado, implica la apreciación subjetiva del Ministerio Público, su facultad de decidir cuando hay un caso urgente y riesgo fundado, la convierte en casi un antiguo señor de la horca y cuchillo, puesto que en la misma defensoría de oficio en materia penal, se encuentra uno con los inmediatos efectos de estas reformas, el Ministerio Público giraba orden de detención porque consideraba casos urgentes, si bien a veces eran delitos graves, no existía el caso de la urgencia y había varios autos de este tipo donde el juez no ratificaba la detención del indiciado y decretaba su libertad.

"La detención hecha por el Ministerio Público, no fue apegada al artículo 16 Constitucional, 132 y 268 del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, por lo tanto se decreta la libertad con las reservas de ley a, se la da vista al C. Procurador de Justicia del Distrito Federal de la VIOLACIÓN DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES que fue objeto ya que se desprende de la averiguación previa que no hubo flagrancia, por lo que respecta que el Ministerio Público no pudo ocurrir a la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancias NO es cierto que no hubiera autoridad judicial a la que pudiera ocurrir el Ministerio Público ya que el juez terminaba el turno hasta las 15.00 horas y existen diferentes turnos que no se rigen por horarios sino hasta que se termina la última consignación, se toman las declaraciones preparatorias, y se conceden las libertades provisionales, en este caso, la persona estaba en estado de ebriedad, no había urgencia si las ofendidas no hicieron la denuncia correspondiente con anterioridad a la fecha, teniendo el conocimiento de los hechos del delito de violación y tenía la ofendida 5 meses de embarazo..."

La persona salió libre bajo reservas de ley, al día siguiente el Ministerio Público solicitó, se obsequiaría orden de aprehensión contra dicha persona y algunos días después con una orden de aprehensión emanada de autoridad judicial competente, cumpliendo con los requisitos del artículo 16 Constitucional y en un marco de legalidad fue detenida esta persona.

C) Que el Ministerio Publico al emitir la orden de detención en caso urgente deberá hacerlo por escrito, fundando y expresando los indicios que acrediten los requisitos mencionados en los incisos anteriores.

La orden mencionada será ejecutada por la Policía Judicial, quien deberá sin dilación alguna poner al detenido a disposición del Ministerio Publico que la haya librado.

Sin comentarios, es de todos conocido como actúa nuestra policía judicial.

Según el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el D.F.

Para todos los efectos legales se califican como delitos graves, los previstos en los artículos siguientes del Código Penal del D.F., de conformidad con las reformas de septiembre de 1999:

60 parte segunda y tercera del párrafo, primero (se refiere a delitos imprudenciales graves imputables a personal que presten sus servicios en una empresa ferroviaria, naviera, etc., y se causen homicidios de dos o mas personas imprudencialmente). 131 párrafo segundo (se refiere al delito de motín y a quienes lo organicen dirijan o inciten, compelan o patrocinen; 139 párrafo primero (relativo al terrorismo), 140 párrafo primero (sabotaje), 150 con excepción de la parte primera del párrafo primero, (señala) al delito de evasión de presos agravada cuando el preso estuviere por delitos contra la salud y si el que propicia la evasión es servidor publico), 151 (continua por evasión de presos) 168 al que uso explosivos para dañar las vías generales de comunicación y correspondencia), 170 (Al que destruya por explosivos o materias incendiarias aeronaves, embarcaciones u otro vehículo del servicio federal o local cuando se encuentre ocupada por una o mas personas). 201 (violación equiparada 266 bis (agravante en abuso sexual y violación) 287 (acerca de los salteadores que atacan una población), 302 (homicidios), 307 (Homicidio simple intencional), 313 (Al instigador de suicidio), 315 bis (cuando el homicidio se cometa intencionalmente a propósito de una violación o robo), 320 (al autor de un homicidio calificado), 323 (parricidio), 366 (privación ilegal de la libertad con carácter de plagio o secuestro, se exceptúan los dos 'últimos párrafos), 367 (delito de robo, cuando excede de 100 a 500 veces el valor de lo robado, cuando sea calificado y cuando sea agravado conforme al artículo 381), 390 (delito de extorsión).

.....Por su parte el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales del D.F., si aclarara en que casos el Ministerio Público podrá detener por más de 48 horas cuando se trate de delincuencia organizada, el problema es que las reformas constitucionales fueron en septiembre de 1993 y hasta enero de 1994 se supo con certeza cuando se trataba de delincuencia organizada, eso nos deja 4 meses en obscuridad, vacío 4 meses durante los cuales se pudieron cometer, muchas arbitrariedades.

Artículo 268 bis.- En los casos de delito flagrante y en los urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de 48 horas plazo en el que deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de autoridad judicial. Este plazo podrá duplicarse en los casos de delincuencia organizada, que serán aquellos en los que tres o más personas cometan algunos de los delitos previstos en los siguientes artículos del Código Penal para el D.F., en materia de fuero común y para toda la República en materia del fuero federal; terrorismo previsto en el artículo 13o párrafo primero, evasión de presos previsto en el artículo 150 con la excepción de la parte primera del primer párrafo y 152, ataques a las vías generales de comunicación previsto en los artículos 168 y 170, violación previsto en los artículos 265, 266, 266 bis, homicidio doloso previsto en el artículo 302 con relación al 304, 315, 320, secuestro previsto en el artículo 366 fracciones I a la VI, exceptuando los dos últimos párrafos, robo calificado previsto en el artículo 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381 fracciones IX y X, 381 bis y el de extorsión previsto en el artículo 390.

Si para integrar la averiguación previa, fuese necesario mayor tiempo del señalado en el párrafo anterior, el detenido será puesto en libertad, sin perjuicio de que la indagación continúe sin detenido.

El juez que reciba la consignación con detenido procederá de inmediato a determinar si la detención fue apegada a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o no; en el primer caso, ratificara la detención y en el segundo declarara la libertad con las reservas de ley. Al menos así se habían modificado los artículos 268 y 268 bis del Código de Procedimientos Penales del D.F. hasta que para variar fueron cambiados por el decreto el día 15 de septiembre de 1999, entrando en vigor al día siguiente de su publicación quedando de esta manera por último.

Artículo 268 del Código de Procedimientos Penales del D.F.

Habrán caso urgente cuando:

- a) Se trate de delito grave así calificado por la ley.
- b) Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia.
- c) Que el Ministerio Público al emitir la orden de detención en caso urgente deberá hacerlo por escrito, fundando y expresando los indicios que acrediten los requisitos mencionados en los incisos anteriores.

La orden mencionada será ejecutada por la policía judicial, quien deberá poner sin dilación alguna al detenido a disposición del Ministerio Público que la haya emitido.

Para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, se clasifican como delitos graves, los siguientes:

Homicidio por culpa grave previsto en el artículo 60 párrafo tercero; terrorismo previsto en el artículo 139 párrafo primero; sabotaje previsto en el artículo 140 párrafo primero; evasión de presos previsto en los artículos 150 y 152; ataques a las vías de comunicación previsto en los artículos 168 y 170; corrupción de menores previsto en el artículo 205 párrafo segundo; explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal previsto en el artículo 208; violación previsto en los artículos 265, 266 y 266 bis; asalto previsto en los artículos 286 párrafo segundo y 287; homicidio previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315 bis, 320 y 323; secuestro previsto en el artículo 366 exceptuando los párrafos antepenúltimo y penúltimo; robo calificado previsto en los artículos 367 en relación con el con el 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381 fracción VIII, IX, X y 381 bis; extorsión previsto en el artículo 390; y despojo previsto en el artículo 395 último párrafo, todos del Código Penal para el D.F. en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, así como el de tortura previsto en los artículos 3o y 5o de la Ley Federal para prevenir y sancionar la tortura.

Para todos los efectos legales, son graves los delitos sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años. Respecto de estos delitos no se otorgará el beneficio de la libertad provisional bajo caución previsto en la fracción I del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. El término medio aritmético es el cociente que se obtiene de sumar la pena mínima y la máxima del delito de que se trate y dividirlo entre dos.

La tentativa punible que se menciona en el párrafo anterior también se considerará delito grave si el término medio aritmético de las dos terceras partes de la pena de prisión que se debiera imponer de haberse consumado el delito excede de cinco años.

.....
Artículo 268 bis.-En los casos de delito flagrante y en los urgentes, ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenar su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial.

Este plazo podrá duplicarse en los casos de delincuencia organizada, que serán aquellos en los que tres o más personas se organizan bajo reglas de disciplina y jerarquía para cometer de modo violento y reiterado o con fines predominantemente lucrativos alguno de los delitos previstos en los siguientes artículos del Código Penal para el D.F. en materia de fuero común y para toda la República en materia de fuero federal; terrorismo previsto en el artículo 139 párrafo primero, sabotaje previsto en el artículo 140 párrafo primero; evasión de presos previsto en los artículos 150 y 152; ataque a las vías de comunicación previsto en los artículos 168 y 170; trata de personas prevista en el artículo 205 segundo párrafo; explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal previsto en el artículo 208; violación previsto en el artículo 265, 266 y 266 bis; homicidio doloso previsto en el artículo 302 con relación al 307, 315 y 320; secuestro previsto en el artículo 366 fracciones I a la VI, exceptuando los párrafos antepenúltimo y penúltimo; robo calificado previsto en el artículo 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372, 381 fracciones IX y X, 381 bis; extorsión previsto en el artículo 390; despojo previsto en el artículo 395 último párrafo; así como el de tortura previsto en los artículos 3o. y 5o. de la Ley Federal para prevenir y sancionar la tortura.

CAPITULO CUARTO.

COMO INFLUYEN LAS REFORMAS DEL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.

a)SITUACIONES LEGALES DEL INDIVIDUO.

Para entender cabalmente los alcances del artículo 16 constitucional, se impone precisar que en el procedimiento penal mexicano el individuo puede estar sometido a las siguientes situaciones legales, aún cuando en algunas etapas del procedimiento no se exprese textualmente el artículo 16 constitucional, sino que existe su espíritu en el procedimiento penal.

- a)La de indiciado o inculpado, que implica la existencia de simples datos o indicios de la posible perpetración de un delito y de la participación relativa.
- b)La de procesado, cuando estando debidamente comprobado el cuerpo del delito, también lo esta la responsabilidad penal presunta y se ha decretado la formal prisión del sujeto.
- c)La de acusado, cuando el Ministerio Público ha formulado conclusiones acusatorias, por haber considerado que además del cuerpo del delito está plenamente demostrada la responsabilidad penal.
- d)La de sentenciado, cuando el Juez, con vista de las actuaciones, probanzas de autos y conclusiones de las partes dicta su fallo (sentencia).
- e)La de sentenciado o reo, cuando habiendo causado ejecutoria, la sentencia, si esta es condenatoria, se ejecuta la sanción impuesta.

Lógicamente el sentenciado absuelto no tiene calidad de reo.

El fallo absolutorio que ha quedado firme determina la absoluta libertad del individuo y trae aparejada la cancelación de fianzas u otras cauciones en su caso.

El artículo 16 constitucional asegura al indiciado las garantías de un procedimiento equitativo justo, y garantiza a los individuos la inviolabilidad del domicilio, así como el derecho a la libertad personal, al disfrute de sus bienes y vida familiar cuando se carezca de base legal para proceder penalmente en su contra.

B) AVERIGUACIÓN PREVIA.

Para la exposición del tema de la averiguación previa, como etapa procedimental inicial en el proceso penal ya sea del fuero común o del fuero federal, es conveniente señalar que, el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece la atribución del Ministerio Público de perseguir delitos, esta atribución se refiere a dos momentos procedimentales: el preprocesal y el procesal. El preprocesal abarca precisamente la averiguación previa constituida por la actividad investigadora del representante social, tendiente a decidir sobre el ejercicio o abstención de la acción penal, tal artículo otorga al fiscal la función investigadora auxiliado por la Policía Judicial y una garantía para los individuos, pues sólo la representación social puede investigar delitos, por ser el titular del ejercicio de la acción penal, de manera que la investigación se inicia a partir del momento en que la misma tiene conocimiento de los hechos posiblemente delictuosos, a través de una denuncia, acusación o querrela y tiene por finalidad optar sobre sólida base jurídica por el ejercicio o no ejercicio de la acción penal, como acuerdos relevantes que puede dictar el Ministerio Público.

Debe la representación social iniciar su función investigadora partiendo de un hecho que razonablemente puede presumirse delictuoso, pues de no ser así, sustentaría la averiguación previa en una base endeble, frágil, que no podría tener graves consecuencias en el ámbito de las garantías jurídicamente tuteladas.

Sobre el particular el profesor Guillermo Colín Sánchez, define a la averiguación previa, como: "la preparación del ejercicio de la acción penal, se realiza en la averiguación previa, etapa procedimental en que el Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de Policía Judicial, practica todas las diligencias necesarias que le permiten estar en aptitud de ejercitar la acción penal, debiendo integrar, para esos fines, el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad".⁴⁴

Por otra parte, el Doctor en Derecho José Franco Villa, la define de la siguiente manera: "la averiguación previa es la primera etapa del procedimiento penal desarrollada por el Ministerio Público, durante la cual practica las diligencias legalmente necesarias para comprobar la existencia de los delitos y la responsabilidad de quienes ellos participan, a fin de proceder al ejercicio de la acción penal correspondiente ante los Tribunales competentes."⁴⁵

⁴⁴ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho mexicano de Procedimientos Penales. Edit. Porrúa, S.A., México. 1992

⁴⁵ FRANCO VILLA, José. El Ministerio Público Federal. Edit. Porrúa, S.A., México. 1985

A su vez, el Doctor Sergio García Ramírez, define que: "la averiguación previa es la etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, y optar por el ejercicio o no ejercicio de la acción penal, pues, se extiende desde la denuncia o la querrela que pone en marcha la investigación hasta el acuerdo de archivo o la determinación de no ejercicio de la acción penal."⁴⁶

Como podemos observar, dichos tratadistas coinciden en afirmar que la averiguación previa es la etapa procedimental adecuada para comprobar el cuerpo del delito y la presunta o probable responsabilidad penal del indiciado, además de que son requisitos sine que son, para poder consignarla.

De lo expuesto con anterioridad, podemos señalar los preceptos que regulan la averiguación previa: Artículo 16 constitucional, 1º, fracción i del Código de Procedimientos Penales en materia Federal, y 3º, fracción I y 94 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

El artículo 16 constitucional en su parte conducente dice a la letra: "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.

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

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

⁴⁶ GARCIA RAMIREZ, Sergio. Derecho Procesal Penal. Edit. Porrúa, S.A, México. 1989

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

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

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

Advertimos con gran precisión la obligación ineludible de observar el principio de legalidad y seguridad jurídica, por parte de la autoridad investigadora, es decir, que la autoridad lleve a cabo aquellos actos que expresamente señale la ley, para así, evitar toda actuación inconstitucional e ilegal, y por ello, sea arbitraria, a fin de consignar en términos de ley.

Por último dentro de la averiguación previa, se pueden dictar los siguientes acuerdos: ejercicio de la acción penal, no ejercicio de la acción penal, incompetencia, acumulación y archivo.

C)PRE-INSTRUCCION.

Para abrir este apartado, referente a un breve análisis al procedimiento de pre-instrucción, es conveniente destacar que dicha etapa procedimental inicia con el auto de radicación de la consignación, en el Juzgado del conocimiento, y concluye con el auto de formal prisión, sujeción a proceso, de libertad por falta de elementos para procesar, de conformidad con lo previsto por la fracción II del artículo 1º, del Código Federal de Procedimientos Penales, que dice:

"Artículo 1º.-El presente Código comprende los siguientes procedimientos:

II.-El de preinstrucción, en el que se realizan las actuaciones para determinar los hechos materia del proceso, la clasificación de éstos conforme al tipo penal aplicable y la probable responsabilidad del inculcado, o bien, en su caso, la libertad por falta de elementos para procesar".

Resolución judicial que da lugar al surgimiento de la instrucción.

A éste respecto, Colín Sánchez, nos dice: "consignación es el acto procesal, a través del cual el Ministerio Público ejercita la acción penal poniéndolo a disposición del Juez las diligencias y al indiciado, o en su caso, únicamente las diligencias, iniciándose con ello el proceso penal judicial".⁴⁷

Al respecto el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en su artículo 286 bis, indica: cuando aparezcan de la averiguación previa que existe denuncia o querrela, que han reunido los requisitos previos que en su caso exija la ley y que se ha comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculcado, el Ministerio Público ejercitará la acción penal ante el órgano jurisdiccional que corresponda".

El acto de consignación puede darse de dos formas, con detenido o sin él. Cuando la consignación es sin detenido y se trata de delitos que se sancionan con pena corporal, va acompañada del pedimento para que el Juez del conocimiento obsequie, orden aprehensión. Si el delito es de los que se sancionan con pena alternativa, se realiza únicamente con pedimento para que se obsequie orden de comparecencia o localización y presentación. Cuando se trata de consignación con detenido, se pondrá al indiciado a disposición del Juez competente, en la cárcel preventiva.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, señala en su artículo 4º: "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 señale el artículo 16 constitucional para la detención....."

⁴⁷ COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Edit. Porrúa, S.A. México. 1992

En el Código Federal adjetivo de la materia, en su artículo 134, Señala lo mismo, empero, se advierte mejor técnica y una fundamentación jurídica más consistente: "tan luego como aparezca de la averiguación previa que se ha comprobado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en los términos de la primera parte del artículo 168, el ente jurídico de que se trata ejercitará la acción penal ante los tribunales, para el libramiento de orden de aprehensión, estos se ajustarán a los previstos en el artículo 16 constitucional y el 195 del presente Código".

Se entenderá que el inculpado queda a disposición del juzgador, para los efectos constitucionales y legales correspondientes, desde el momento en que el fiscal lo deja en tal calidad de aquél, en la prisión preventiva o en el centro de salud, en que se encuentre.

En el pliego de consignación, el representante social, hará expreso señalamiento de los datos reunidos durante la averiguación previa que, a su juicio, puedan ser considerados para los efectos previstos en el artículo 20, fracción I de la Constitución, y en los preceptos de éste Código referentes a la libertad provisional bajo caución, tanto por lo que toca a la determinación del tipo penal, incluyendo sus modalidades, como por lo que respecta a los elementos que deban tomarse en cuenta para fijar el monto de la garantía.

En esta etapa prosigue en el momento en que se ejercitará la acción penal por el Ministerio Público, se dicta el auto de radicación o de inicio, también llamado comúnmente "cabeza de proceso", en el juzgado que conozca de la causa, ya sea, principal o auxiliar.

El maestro Colín Sánchez, a tal auto lo caracteriza; como la primera resolución con la cual se manifiesta en forma efectiva la relación procesal, pues es indudable que tanto el Ministerio Público como el procesado quedan sujetos, a partir de ese momento, a la jurisdicción de un tribunal determinado.

Por efectos de esta resolución se fija la jurisdicción del Juez, es decir, que el Juez tiene facultad, obligación y poder de decir el derecho en todas las cuestiones que se plantean, relacionadas con el asunto en el cual se dictó el auto de radicación; ya que dicho auto vincula a las partes a un órgano jurisdiccional, sujeta a los terceros a dicho órgano, y abre el período de preparación del proceso, y en tal virtud trae como consecuencia la declaración preparatoria y concluye con el auto el término constitucional, ya sea decretando formal prisión, sujeción a proceso o libertad por falta de elementos para procesar.

En cuanto al término o plazo dentro del cual debe dictarse el auto de radicación no se precisa, en la legislación del Distrito Federal, sin embargo, el Código Federal adjetivo de la materia establece que se hará de inmediato, y además: "si durante el plazo de 10 días contados a partir del día en que se haya hecho la consignación no se dicta, el Ministerio Público recurrirá en queja ante Tribunal Unitario de Circuito". (artículo 142 del Código Federal de Procedimientos Penales). Se ordenará practicar las diligencias señaladas en la Constitución General de la República y en el Código de Procedimientos Penales, si hay detenido; deberá obsequiar al Juez, previo estudio de las diligencias orden de aprehensión, comparecencia y presentación, de acuerdo a lo establecido en el artículo 16 constitucional.

Sobre al particular, viene a resaltar lo expresado por el maestro Carlos Franco Sodi, al sostener que: "el auto de radicación no tiene señalado en la ley ningún requisito formal y lo que forzosamente debe contener en su misma esencia, ubicada en la manifestación de que queda radicado algún asunto".⁴⁸

El Código Federal adjetivo al respecto, establece "el Juez ordenará o negará la aprehensión, reaprehensión o comparecencia solicitada por el fiscal dentro de los quince días contados a partir del día en que se haya acordado la radicación....." artículo 142, tercer párrafo; situación que esta prevista en el artículo 286 bis, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Con lo anterior, la orden de aprehensión, desde el punto de vista dogmático, es una situación jurídica, un estado, un modo de lograr la presencia del imputado en el proceso.

Desde el punto de vista procesal, es una resolución judicial que, con base en el pedimento del Ministerio Público y satisfechos los requisitos del artículo 16 constitucional, se ordenará la captura de un sujeto determinado, para que sea puesto, de inmediato, a disposición de la autoridad que lo reclama, o requiere, con el fin de que conozca todo lo referente a la conducta o hecho que se le atribuye a fin de que quede sujeto a un proceso.

⁴⁸ FRANCO SODI, Carlos. El Procedimiento Penal Mexicano. Edit. Porrúa. México. 1939

La orden de aprehensión, señala el maestro García Ramírez, "no especifica por sí el período de aprehensión, sino que ésta resulta de otros actos del proceso, ya que este es el mandamiento fundado y escrito emanado de la autoridad judicial competente para privar de la libertad a una persona, con el propósito de que ésta quede sujeta, cautelarmente, a un proceso, determinado como presunta responsable de la comisión de un delito".⁴⁹

Para que pueda dictarse, deberán reunirse los siguientes requisitos: I.-Que exista una denuncia, acusación o querrela; II.-Que la denuncia, acusación o querrela sean sobre un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad; III.-Que existan datos que acrediten el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado; IV.- Que la solicitud la haga el Ministerio Público.

En cuanto a la orden de reaprehensión, esta es una resolución judicial que manda o determina la privación de la libertad de una persona cuando; se evade de la cárcel; gozando de la libertad bajo protesta se ausenta de la población sin el permiso del Juzgado; deja de cumplir con las obligaciones inherentes al disfrute de la libertad bajo fianza, gozando de la garantía mencionada no se presenta a cumplir la sanción.

La orden de comparecencia, Franco Villa la analiza de la siguiente forma: "la orden de comparecencia es el mandato judicial decretado a pedimento del Ministerio Público, en contra de una persona considerada como probable responsable en la comisión de un delito sancionado con pena alternativa o no corporal, para que rinda su preparatoria".⁵⁰

El Código Federal de Procedimientos Penales, al respecto, indica: "en los casos en que el delito, por sancionarse con pena alternativa o no corporal, no dé lugar a detención, a pedimento del fiscal libraré orden de comparecencia en contra del inculcado para que rinda su preparatoria, siempre que existan elementos que permitan presumir la existencia del delito y la responsabilidad del mismo inculcado". (artículo 157).

⁴⁹ GARCIA RAMIREZ, Sergio. Justicia Penal. Edit. Porrúa, S.A., México. 1982

⁵⁰ FRANCO VILLA, José. El Ministerio Público Federal. Edit. Porrúa, S.A. México. 1985

Por otra parte, entre los supuestos de la orden de aprehensión se encuentra el hecho de que el delito de que se trata esté sancionado con pena privativa de libertad, y a falta de este requisito, se obsequiará la de comparecencia, que ordena que una vez, que ha sido debidamente cumplimentada, se procederá de inmediato a poner al indiciado a disposición del órgano jurisdiccional para que se le tome su declaración preparatoria, que: "es el acto a través del cual comparece el procesado ante el órgano jurisdiccional, con el objeto de hacerle conocer el hecho punible por el que el Ministerio Público ejercitó la acción penal en su contra para que pueda llevar a cabo sus actos del término constitucional de setenta y dos horas".⁵¹ Según el maestro Guillermo Colín Sánchez.

Sobre el particular, siguiendo el criterio del Doctor Sergio García Ramírez, quien afirma que: "la declaración preparatoria al lado de la llamada declaración indagatoria, que se rinde ante el órgano persecutorio durante el período de averiguación previa, surge con elevada jerarquía constitucional y procesal la declaración preparatoria, cuya rendición, rodeada de garantías, se ha contemplado desde el plano del artículo 20 fracción III de la Constitución".⁵²

Además, el artículo 20 constitucional, ordena que la declaración preparatoria del inculcado se tome dentro del término de cuarenta y ocho horas, siguientes al momento que aquél quede a disposición del juzgador, en acto que se tramitará como audiencia pública. En la misma circunstancia, por imperio constitucional, se informará al imputado acerca de su acusador, entendido esté, creemos, como el denunciante o querellante merced a cuyo impulso se ha gestado el procedimiento, y sobre la naturaleza y causa de la acusación.

Por lo tanto, a nuestro juicio la declaración preparatoria tiene por finalidad informar al inculcado sobre el procedimiento judicial instaurado en su contra para que conteste los cargos que se le imputan.

El Código de Procedimientos Penales, Federal y para el Distrito Federal, señala en los artículos 154 y 155; 290 y 291 respectivamente, las obligaciones del Juez en relación con el procesado, la declaración preparatoria comenzará por las generales del inculcado, en las que se incluirán también los apodos que tuviere, el grupo étnico indígena al que pertenezca en su caso, y si habla o entiende suficientemente el idioma castellano y sus demás circunstancias personales. Acto seguido se le hará saber el derecho que tiene para defenderse por sí o por persona de su confianza, advirtiéndole, que si no lo hiciere, el Juez le nombrará un defensor de oficio.

⁵¹ COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Edit. Pomúa, S.A.México 1992.

⁵² GARCIA RAMIREZ, Sergio. Justicia Penal. Edit. Pomúa, S.A.México. 1982

Si el inculcado no hubiere solicitado su libertad provisional bajo caución, se le hará nuevamente conocedor de ese derecho en los términos del artículo 20 fracción I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y del artículo 556 y 339 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y del Código Federal adjetivo respectivamente.

Esta etapa procedimental concluye con el auto de término constitucional, resolución judicial que dará lugar al surgimiento de la instrucción, decretando formal prisión que consiste en la resolución jurisdiccional dictada en el término de setenta y dos horas, por estar integrados los elementos materiales constitutivos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculcado, sancionado con pena corporal, y que se adminicula con lo dispuesto por el artículo 19 constitucional y las leyes adjetivas, Federal y del Distrito Federal, en el que se determina que el auto de formal prisión es la resolución pronunciada por el Juez, para resolver la situación jurídica del procesado al vencerse el término constitucional de setenta y dos horas por estar comprobados los elementos integrantes del cuerpo del delito que merezca cuando menos pena privativa de libertad y los datos suficientes para presumir la responsabilidad; siempre y cuando, no esté probada a favor del procesado una causa de excluyente de responsabilidad o que extinga la acción penal, para determinar si el delito o delitos por los que ha de seguirse el proceso.

Habida cuenta de que los elementos de forma están determinados por los artículos 297 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y el artículo 161 del Código Federal de Procedimientos Penales.

Los efectos jurídicos del auto de formal prisión son los siguientes: el sujeto queda sometido a la jurisdicción del Juez, justifica la prisión preventiva, pero no revoca la libertad provisional concedida, excepto cuando así lo determine expresamente en el propio auto, (artículo 166 del Código Federal de Procedimientos Penales), situación ésta que sólo se justifica cuando durante el término de las setenta y dos horas se hayan aportado elementos suficientes para adecuar la conducta o hecho a uno o más tipos penales, distintos de aquellos por los que se llevo a cabo la consignación y que se tomaron en cuenta para conceder el beneficio de la libertad caucional. Dicho auto pone fin a la primera parte de la instrucción e inicia la segunda etapa de ésta; y señala el procedimiento que debe seguirse (sumario u ordinario), según el caso.

Así también, se puede decretar auto de sujeción a proceso que consiste en: la resolución dictada por el Juez, por medio del cual, tratándose de delitos sancionados cuando menos con pena privativa de libertad o alternativa, previa comprobación del cuerpo del delito y de la presunta responsabilidad, se resuelve la situación jurídica del procesado, fijándose la base del proceso que debe seguirse.

Finalmente, el auto de libertad por falta de elementos para procesar, auto que dicta el Juez que conoce de la causa al estimar y considerar que conforme a derecho no están debidamente acreditados los elementos materiales constitutivos del cuerpo del delito o de la probable responsabilidad penal del indiciado; con lo que se concluye en esa etapa, la de preinstrucción del proceso.

D) INSTRUCCION.

El maestro Juan José González Bustamante nos dice que: "en el lenguaje común, instruir significa enseñar, informar de alguna cosa o circunstancia; pero, en el procedimiento judicial la palabra "instrucción" debe tomarse en su significado técnico-jurídico, como la fase preparatoria o juicio que tiene por objeto la reunión de las pruebas y el uso del procedimiento y formalidades para poner un negocio en estado de ser juzgado".⁵³

El maestro José Franco Villa considera que: "la instrucción en el procedimiento federal ordinario abarca dos períodos; el primero, al que va del auto de formal prisión, al que declara agotada la averiguación previa, y el segundo que principia con este último auto y termina con el que declara cerrada la instrucción".⁵⁴

El Doctor Colín Sánchez es más explícito al respecto, pero más repetitivo al expresar que el auto de formal prisión "da lugar al surgimiento de la segunda fase de instrucción".⁵⁵

El Código Federal de procedimientos Penales, objeto de incesantes reformas, establece en la fracción III, del artículo 1°:

⁵³ GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. Derecho Procesal Penal Mexicano. Edit. Porrúa, S.A. México. 1991.

⁵⁴ FRANCO VILLA, José. El Ministerio Público Federal. Edit. Porrúa, S.A. México. 1985

⁵⁵ COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Edit. Porrúa, S.A. México. 1992

El de instrucción, que abarca las diligencias practicadas ante y por los tribunales con el fin de averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que hubiese sido cometido y las peculiaridades del inculpado, así como la responsabilidad o irresponsabilidad penal de éste".

En la actualidad, diversos tratadistas consideran que la instrucción principia con el auto de formal prisión, o sujeción a proceso resoluciones judiciales que abren una primera etapa, misma que termina con la resolución que considera agotada la averiguación previa o instrucción y que da lugar a que "las partes" promuevan las pruebas que estimen pertinentes y que puedan practicarse dentro de los quince días siguientes al que se notifique el auto que recaiga a la solicitud de la prueba. Según las circunstancias que aprecie el Juez en la instancia, podrá ampliar el plazo de desahogo de prueba hasta por diez días más. Y se declara cerrada la instrucción cuando habiéndose resuelto que tal procedimiento quedó agotado, y hubiesen transcurrido los plazos que se citan o las partes hubieran renunciado a ellos.

El auto de formal prisión abre el procedimiento sumario "...cuando no exceda de cinco años de prisión, la pena máxima aplicable al delito que se trate. Cuando fueren varios delitos, se estará a la penalidad máxima del delito mayor, observándose, además, lo previsto en el penúltimo párrafo del artículo 10" (artículo 305 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

En este procedimiento, una vez iniciada su apertura, las partes dispondrán de diez días comunes, contados desde el siguiente a la notificación del auto de formal prisión, para ofrecer pruebas, que se desahogarán en la audiencia principal.

El procedimiento ordinario se distingue del sumario únicamente en cuanto a la mayor amplitud de términos para el despacho de los actos probatorios, ya que: en el auto de formal prisión se ordenará poner el proceso a la vista de las partes para que ofrezcan, dentro del término de quince días contados desde el siguiente a la notificación de dicho auto, las pruebas que estimen pertinentes, las que se desahogarán en los treinta días posteriores término dentro del cual se practicarán igualmente, todas aquellas que el Juez estime necesarias para el esclarecimiento de la verdad y las diligencias relativas.

Cuando el término señalado, al desahogar las pruebas aparezcan, como consecuencia de las mismas, nuevos elementos probatorios, el Juez podrá ampliar el término de diez días más a efecto de recibir las que a su juicio considere necesarias, para el conocimiento de la verdad. Para asegurar el desahogo de las pruebas propuestas, los Jueces harán uso de los medios de apremio y de las medidas necesarias que consideren oportunas, pudiendo disponer la presentación de personas por medio de la fuerza pública.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en su artículo 315, indica: "transcurridos o renunciados los plazos a los que hace referencia el artículo 314, o si no se hubiere promovido prueba, el Juez declarara cerrada la instrucción y mandará poner la causa a la vista del Ministerio Público y de la defensa, para la formulación de conclusiones. Si el expediente excediera de doscientas fojas, por cada cien de exceso o fracción se aumentará un día más, sin que nunca sea mayor de treinta días hábiles, trámite que se sigue en los mismos términos en el procedimiento penal federal".

Una vez que hemos tratado de explicar ésta etapa del procedimiento penal, es pertinente dejar establecido que la instrucción termina con el auto que declara cerrada la misma.

El maestro Sergio García Ramírez, al referirse al mismo indica que: "este auto se dicta de oficio cuando fueron renunciados o transcurridos los plazos concedidos legalmente para promover pruebas, o bien, éstas ya fueron desahogadas. Se le llama también auto de conclusiones. Son efectos suyos los siguientes: pone fin a la instrucción, marca el principio del período de juicio, transforma la acción penal de persecutoria en acusatoria e impide, se reciban más pruebas que las rendidas hasta este punto".⁵⁶

Del contenido de lo antes citado, advertimos que la instrucción es parte del proceso, etapa en la cual se ofrecen, admiten y desahogan las pruebas con sujeción a las normas procesales, se perfecciona la investigación y se prepara el material indispensable para la apertura del juicio, proporcionándole al Juez las pruebas que han de servirle para pronunciar su fallo y el Ministerio Público y a la defensa los elementos necesarios para la fundamentación de sus conclusiones y sostenerlas en el debate. No debe olvidarse que la instrucción, es la etapa para descubrir la verdad, o en otras palabras, que se tengan por desahogados todos los medios probatorios, que nos llevarán de verdad conocida a la que se busca.

⁵⁶ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Derecho Procesal Penal. Edit. Porrúa, S.A. México. 1989

E) PRIMERA INSTANCIA.

Para el maestro Marco Antonio Díaz de León, en su diccionario de Derecho Procesal Penal, dice: "instancia, en su acepción común, significa requerimiento, petitorio, solicitud; entonces afirma que los actos procesales se realizan de oficio o a instancia propia, o a requerimiento de alguno de los interesados".⁵⁷

En una acepción más específica, se denomina instancia al ejercicio de la acción procesal ante el mismo Juez ya que además de requerimiento, instancia es acción, movimiento, impulso procesal; se habla entonces de llevar adelante la instancia, de conclusión de la instancia o, por oposición, de la perención o caducidad de la instancia.

Para el maestro Eduardo Pallares, en su diccionario de Derecho Procesal Civil, instancia significa: "de acuerdo con dos acepciones, una general con la que se expresa cualquier petición, solicitud o demanda que se hace a la autoridad, y otra especial, que quiere decir el ejercicio de la acción judicial desde la demanda hasta la sentencia definitiva. La primera instancia se lleva a cabo ante el Juez inferior, y la segunda ante el tribunal de apelación, antiguamente había tercera instancia".⁵⁸

Empero, lo que interesa en este apartado, es lo que prevee el Código Federal de Procedimientos Penales en el artículo 1º, en su fracción IV, que establece:

"El de primera instancia, durante el cual el Ministerio Público precisa su pretensión y procesado su defensa ante el Tribunal, y éste valora las pruebas y pronuncia sentencia definitiva".

Sobre esta base, cabe afirmar que dicho período se extiende desde el auto que declara cerrada la instrucción y manda poner el proceso a la vista de las partes para conclusiones, hasta que se dicte sentencia en primera instancia.

Con la resolución judicial que declara cerrada la instrucción, surge la tercera etapa del procedimiento penal, llamado juicio por nuestra legislación. Se dice, por otra parte, que el juicio está en el proceso, más no en el proceso mismo.

⁵⁷ DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal. Edit. Porrúa, S.A.

⁵⁸ PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. Edit. Porrúa, S.A. México. 1990

Según el maestro González Bustamante, el período de juicio se inicia con las conclusiones acusatorias del Ministerio Público y concluye con la sentencia. Habla este actor de actos preparatorios del juicio, compuestos por el conocimiento que toman las partes de los elementos instructorios, para formular conclusiones, y la representación de éstas.

El profesor Rivera Silva distingue entre las fases de preparación del juicio o de la sentencia, de discusión o audiencia y de fallo, juicio o sentencia. La primera corre desde el auto que declara cerrada la instrucción y pone el proceso a la vista de las partes para que formulen conclusiones, hasta la citación para la audiencia o hasta el auto que tiene por formuladas las conclusiones de las partes. Estas últimas fijan su posición con base en los elementos existenciales. El segundo período se inicia con el auto que ordena señalar fecha para la celebración de la audiencia de vista y termina cuando la misma ha concluido. Por fin, la tercera fase comprende desde que se declara visto el proceso hasta que se reduce la sentencia.

El maestro Colín Sánchez señala que: "la palabra conclusión procede del verbo concluir, o sea, llegar a determinado resultado o solución, por eso, desde el punto de vista jurídico, las conclusiones son actos procedimentales realizados por el representante social, y después por la defensa, con el objeto, en unos casos, de fijar las bases sobre las que versará el debate en la audiencia final, para que el Ministerio Público fundamente su pedimento y se sobresea el proceso".

Por otra parte, el momento procedimental y tiempo dentro del cual deben formularse, conforme a la legislación mexicana las conclusiones se formularán una vez cerrada la instrucción. Para estos fines habrá que atender al tipo de procedimiento: Sumario u Ordinario. El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal lo establece en su artículo 315, tratándose del procedimiento ordinario y el Código Federal de Procedimientos Penales,⁵⁹ establece en sus artículos 291 y 296, para el mismo procedimiento pero de una manera más ordenada y técnica.

⁵⁹ COLIN SANCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. Edit. Pomúa. S.A. México. 1992.

Por su parte, las conclusiones de la defensa siempre tienen como antecedente necesario las conclusiones del Ministerio Público, pues si éste no ha presentado acusación, no tendría sentido que aquélla solicitará la inculpabilidad de quien no ha sido acusado, o la disminución de una pena no solicitada por el órgano autorizado para ello.

Ahora bien, estas conclusiones de la defensa se clasifican de acuerdo al contenido de los artículos 319 y 325 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en: provisionales y definitivas, y ambas normalmente tienen como denominador común la inculpabilidad.

En el procedimiento ordinario, una vez aceptadas las conclusiones de las partes como definitivas, el acto procesal subsecuente es la celebración de la audiencia final de primera instancia, llamada impropriamente, en el medio mexicano, vista, vista de partes, audiencia o debate. Esta se celebrará dentro del término de cinco días si el procedimiento es ordinario, para ambos fueros ya sea en materia del fuero común o de la materia federal. Tratándose del procedimiento sumario la audiencia se realizará dentro de los diez días siguientes al auto que resuelve sobre la admisión de la prueba, en el que se hará, además fijación de fecha para aquélla.

Es conveniente precisar que la audiencia final de primera instancia, esta sujeto a los lineamientos generales que refieren los Códigos de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su capítulo II, y Federal en su capítulo X.

Finalmente, creemos oportuno indicar que celebrada la "vista", se declarará "visto" el proceso y el Juez dictará sentencia dentro del plazo legal, que consiste en quince días, salvo lo que la ley disponga para casos especiales, (artículo 73 Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal) o dentro de diez días a partir del siguiente a la terminación de la audiencia; pero si el expediente excediere de quinientas fojas, por cada cien de exceso o fracción se aumentará un día más del plazo señalado, sin que nunca sea mayor de treinta días, (artículo 97 del Código Federal de Procedimientos Penales), pudiendo ser: interlocutorias y definitivas, por sus efectos: declarativas, constitutivas y de condena; y por sus resultados: absolutorias y de condena.

F) SEGUNDA INSTANCIA.

El Código Federal de Procedimientos Penales en su artículo 1°, fracción V, dice lo siguiente: "el de segunda instancia ante el tribunal de apelación, en que se efectúan las diligencias y actos tendientes a resolver los recursos", o sea, que dicha etapa del proceso penal será abierta por medio de la impugnación.

De los medios de impugnación ordinarias, el recurso de apelación es el de mayor trascendencia dentro de la dinámica procedimental.

El profesor Colín Sánchez, analizando la palabra apelación, nos explica: "es un medio de impugnación ordinario, a través del cual el Ministerio Público, el procesado, acusado o sentenciado, y el ofendido, manifiestan su inconformidad con la resolución judicial que les ha dado a conocer, originado con ello que un tribunal distinto y de superior jerarquía, previo estudio de los que se consideran agravios, dicte una nueva resolución judicial".⁹⁰

Al respecto, el artículo 414 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece que el recurso de apelación tiene por objeto que el tribunal, revoque o modifique la resolución apelada.

El artículo 415 del mismo Código indica: "que la segunda instancia solamente se abrirá a petición de parte legítima para resolver sobre los agravios que deberá expresar el apelante al interponer el recurso o en la vista, pero el tribunal de alzada podrá suplir la deficiencia de ellos, cuando el recurrente sea el procesado o se advierte que sólo por torpeza el defensor no hizo valer debidamente las violaciones causadas en la resolución".

El Código Federal de Procedimientos Penales, en su artículo 364 párrafo segundo, indica lo siguiente: "las apelaciones interpuestas contra las resoluciones anteriores a la sentencia de primera instancia deben ser resueltas antes que se emita dicha sentencia".

Sin embargo, es importante conocer el fin que persigue la apelación y que es la reparación de las violaciones legales cometidas, y que solamente es posible lograr a través de la modificación o revocación de la resolución impugnada, para lo cual deberá dictarse otra que resuelva lo procedente. Es importante advertir que, si los agravios son procedentes, por violaciones a las formalidades esenciales del procedimiento, el fin perseguido será la reposición de éste a partir del momento de la violación cometida.

⁹⁰ OB CIT

Ahora bien, son apelables las resoluciones judiciales. Aquellas que establece el artículo 418 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y las que señala el Código Federal adjetivo, que dice: son apelables en ambos efectos solamente las sentencias definitivas en que se imponga alguna sanción y que son apelables en el efecto devolutivo, únicamente las que se establecen en el artículo 367 del Código Federal de Procedimientos Penales, y son las siguientes:

I.- Las sentencias definitivas que absuelven al acusado, excepto las que se pronuncien en relación con delitos punibles con no más de seis meses de prisión o con pena no privativa de libertad, en los términos del primer párrafo del artículo 152.

II.- Lo autos en el que se decrete el sobreseimiento en los casos de las fracciones III a la VI del artículo 298 y aquéllos en que se niegue el sobreseimiento.

III.- Los autos en que se niegue o conceda la suspensión del procedimiento judicial; los que concedan o nieguen la acumulación de autos; los que decreten o nieguen la separación de autos; los que concedan o nieguen la recusación;

IV.- Los autos de formal prisión; los de sujeción a proceso; los de falta de elementos para procesar; y aquellos que resuelvan situaciones concernientes a la prueba.

V.- Los autos en que se conceda o niegue la libertad provisional bajo caución; los que concedan o nieguen la libertad por desvanecimientos de datos, y los que resuelvan algún incidente no especificado;

VI.- Los autos en los que se niegue la orden de aprehensión o se niegue la citación para preparatoria. Estos autos sólo son apelables por el Ministerio Público.

VII.- Los autos que niegan el cateo, las medidas precautorias de carácter patrimonial, el arraigo del indiciado o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica.

VIII.- Los autos en que un tribunal se niega a declarar su incompetencia por declinatoria o a librar el oficio inhibitorio a que se refiere el artículo 436.

IX.- Las demás resoluciones que señala la ley".

Por otra parte, tienen derecho a apelar en el procedimiento del fuero común (artículo 417); el Ministerio Público, el procesado, acusado o sentenciado, el defensor y el ofendido o su legítimo representante. En cambio, la legislación federal establece que tienen derecho a apelar, el Ministerio Público, el inculpado, y su defensor así como el ofendido o sus legítimos representantes (artículo 365).

El recurso de apelación será el acto de la notificación o por escrito o comparecencia dentro de los cinco días siguientes si se tratare de sentencia, o de tres días si se interpusiere contra un auto, o bien de acuerdo con la legislación del Distrito Federal, es dentro de tres días de hecha la notificación, si se tratare de un auto; de cinco si se tratare de otra resolución, excepto en los casos en que este Código disponga expresamente otra cosa (artículo 416).

En cuanto a al substanciación de la apelación, es necesario que el recurso interpuesto en tiempo y forma, y admitido, que sean formulados los agravios, que pueda ser impugnada en términos de ley, la admisión del efecto con el que fue admitido el recurso, que ofrezcan pruebas, que se lleve a cabo la vista como está previsto en la ley, después se firma que, presentes los Magistrados integrantes de la Sala, se declaró abierta la audiencia y sin asistencia de las partes la secretaría hizo relación de las constancias procesales y dio lectura al escrito de agravios presentado por el defensor, así como el pedimento del Ministerio Público, mismos que se glosan al toca correspondiente. A continuación se agrega: "la presidencia declaró visto el recurso, y, en consecuencia, cerrada la audiencia".

En la sentencia de apelación de un auto, normalmente se dan cualquiera de las situaciones jurídicas que constituyen el fin de los recursos: confirmación, revocación o modificación de lo impugnado.

G) EJECUCION.

El profesor Díaz de León, en su diccionario de Derecho Procesal Penal, considera que: "la ejecución de la sentencia es la acción o resultado de poner en práctica el fallo definitivo del Juez o tribunal competente. Aunque en la materia para la ejecución de la sentencia firme corresponde al Poder Ejecutivo, no es una tarea puramente administrativa, sino que constituye la última fase de la actividad jurisdiccional o del proceso, pero tampoco el único modo o acto de concluirlo".⁶¹

⁶¹ DIAZ DE LEON, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal. Edit. Porrúa, S.A.

Es decir, que la función de ejecución consiste, técnicamente en una manifestación de voluntad jurídica que los Juzgados de Distrito en una actuación, en la que se aplica las circunstancias previstas por la ley general al caso concreto con decisión propia, esto es así, ya que en el caso de ser la sentencia condenatoria dicha voluntad afectará a él inculpado, como principal en su persona, en términos de la sentencia revocable, por lo que en éstos términos se pronuncia el profesor Díaz de León.

La ejecución de sentencias pronunciadas por los tribunales penales, es uno de los aspectos más delicados en la prevención especial de la delincuencia. El fallo judicial, que constituye el fin del proceso, no termina la relación jurídica entre el Estado y el delincuente. Se abre una nueva fase que tiene por objeto el estudio científico más apropiado en el tratamiento de los penados para llegar, hasta donde sea posible, a la individualización de las sanciones.

Por su parte, Franco Villa afirma que: "la ejecución es la última etapa del procedimiento que después de la instrucción y del juicio hace efectiva la aplicación de la ley penal".⁶²

A su vez, las bases del procedimiento de ejecución de las penas privativas de libertad, es de carácter administrativo, se establecen en el artículo 18 de nuestra Carta Fundamental, que reza: ".....Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema pena, en sus respectivas jurisdicciones, sobre las bases del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compugnarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

Los gobernadores de los Estados, sujetándose a lo que establezcan las leyes locales respectivas, podrán celebrar con la Federación convenios de carácter general, para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos del Ejecutivo Federal....."

⁶² FRANCO VILLA, José. El Ministerio Público Federal. Edit. Pomúa, S.A.

Las fuentes del procedimiento de ejecución, son las siguientes:

- a) El Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero Federal (Título cuarto del libro primero).
- b) El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (Título sexto).
- c) El Código Federal de Procedimientos Penales (Título décimo tercero).
- d) La ley general de aplicación de normas y penas mínimas.

CAPITULO QUINTO.

5.-COMO LA COMISION DE DERECHOS HUMANOS DETERMINA SI SE APLICARON DE MANERA CORRECTA LOS BENEFICIOS CONSTITUCIONALES PARA LA BUENA INTEGRACION DEL PROCEDIMIENTO PENAL.

A) BREVE ANALISIS HISTORICO DE LAS COMISIONES DE DERECHOS HUMANOS.

En el año de 1809 se crea en Suecia una moderna figura del defensor del pueblo (Justitie Ombudsman), quien tiene la facultad de vigilar la forma en que los Jueces, los funcionarios de gobierno y otros servidores públicos que observan las leyes cumplan con sus funciones, además de acusar a quienes actúen ilegalmente u olviden sus deberes.

La figura del Ombudsman la podemos ubicar en importantes personajes de la historia mexicana, tal es el caso de Miguel Hidalgo, quien era considerado protector de los indígenas, además, de decretar el primer bando de abolición de la esclavitud, en 1810. En el mismo año, José María Morelos y Pavón se pronunció por la igualdad de todos los individuos y por la abolición de las castas.

Actualmente, contamos con nuestros propios Ombudsman, quienes tienen la misión de proteger derechos generales e individuales del pueblo, y los derechos civiles tanto en el ámbito judicial como en el administrativo.

En 1990 por Decreto presidencial se creó la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH), con el propósito de canalizar las quejas y denuncias de la población contra actos de autoridades o servidores públicos que presuntamente cometen violaciones a los Derechos Humanos.

Debido a la buena acogida que tuvo esta Comisión entre la población, el Ejecutivo Federal emitió una iniciativa de adición al artículo 102 Constitucional. Así, a principios de 1992, a dicho artículo se le agregó el apartado "B", y con ello se estableció la creación de organismos protectores de los Derechos Humanos en todo el país.

Hoy contamos con la CNDH, de fuero federal, la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF), creada en junio de 1993, de fuero local, y las Comisiones Estatales de Derechos Humanos (CEDH) en toda la República.

Las funciones que tienen las Comisiones de Derechos Humanos en México, son: que sirven para proteger, defender, vigilar, promover, estudiar y difundir los derechos humanos entre la población. Además, reciben quejas y denuncias de los ciudadanos que creen violados sus derechos humanos por parte de cualquier autoridad o servidor público que trabaje en la administración pública.

Se debe acudir a la Comisión Nacional de Derechos Humanos cuando la queja sea en contra de una autoridad o servidor público que preste sus servicios en una Institución gubernamental que tenga competencia en toda la República Mexicana. Mientras, que la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal sólo se acudirá cuando se trate de quejas contra autoridades o servidores públicos que laboren en Instituciones locales, es decir, en el Distrito Federal.

La Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal esta formada por un Ombudsman o Presidente, un Consejo integrado por diez profesionales que destaquen por su defensa de los Derechos Humanos; una Secretaría Técnica y las Visitadurías, que vienen siendo nuestros abogados defensores.

B) PASOS PARA PRESENTAR UNA QUEJA ANTE LA COMISION DE DERECHOS HUMANOS.

1.-La queja se presenta por escrito, dirigida a la Comisión de Derechos Humanos de que se trate, firmada o si no sabe firmar con la huella digital del quejoso.

2.-Señalar los datos de identificación.

- Nombre completo y si es el caso, el de las demás cuyos derechos humanos fueron presuntamente violados.
- Domicilio: Señalando colonia, delegación y código postal.
- Teléfono, en caso de no tener, anotar el número telefónico de un familiar o amistad que pueda tomar el recado.

3.-Hacer una breve descripción sobre cómo sucedieron los hechos que en su opinión constituyan la presunta violación de derechos humanos.

4.-Precisar la fecha en que sucedieron los hechos. Las quejas podrán presentarse dentro del término de un año, contado a partir de la fecha en que las violaciones hayan ocurrido o se hayan conocido.

5.-Si lo conoce, anote el nombre y cargo de la autoridad o servidor público responsable de la presunta violación de derechos humanos.

6.-Anexar fotocopia legible de todos los documentos o antecedentes en los que funde la queja, si los tiene.

7.-La Comisión no podrá conocer de:

- Actos y resoluciones de organismos y autoridades electorales.
- Resoluciones de carácter jurisdiccional.
- Conflictos de carácter laboral.
- Consultas formuladas por autoridades, particulares u otras autoridades respecto a la interpretación de disposiciones constitucionales y de otros ordenamientos jurídicos.

8.-No es necesario contar con un abogado o representante profesional ajeno a esta Comisión para presentar quejas.

C) EFICACIA DEL DERECHO PENAL FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS.

El derecho penal es la más drástica reacción del Estado, sobre todo en lo que se refiere a la pena privativa de libertad, la cual, además de afectar uno de los bienes más preciados del hombre, suele dejar secuelas imborrables. Por ende, es un imperativo de racionalidad que su empleo se rija por pautas rigurosas.

Hay una orientación deformada del derecho penal; existen figuras delictivas injustificables y penas exageradas o no idóneas, lo que se traduce en insufribles reproducciones de la desigualdad social y en sobrepoblación carcelaria proveniente en una abrumadora mayoría, de las clases sociales desfavorecidas. Esa sobre población en la República es, de acuerdo con datos de la Dirección General de Prevención y Readaptación Social de la Secretaría de Gobernación, del 52%. De ahí, se despenalizarán varias conductas que jamás debieron considerarse delictivas.

En virtud de las figuras de vagancia y malvivencia se sancionaba a desempleados y mendigos. Se convierte así, en delincuentes a quienes en realidad son víctimas de una situación social indeseable. De acuerdo con una postura que la doctrina denomina "derecho penal de autor" se castiga, no por lo que se hace, sino por lo que se es, lo que resulta violatorio del principio de legalidad.

La transgresión de los reglamentos de tránsito, por sí misma, sólo causa daño a la seguridad de la circulación de los peatones y vehículos, y por ello es correcto que se considere falta administrativa, pero no hay razón alguna para que se considere un delito. Tampoco la oposición a una obra o a un trabajo público debe ser objeto de conminación penal, salvo que se realice colectivamente y de común acuerdo.

El disparo de arma de fuego y el ataque peligroso se subsumen necesariamente, como en forma unánime señala la doctrina, en los delitos de homicidio y lesiones, o en sus tentativas. Sancionar el disparo y el ataque adicionalmente es violatorio del principio *nom bis in idem*.

La norma que sanciona la acción de proferir ultrajes contra símbolos e instituciones públicas se revela a todas luces inaplicable.

Es importante que no se criminalice injustificadamente.

Si bien hay delitos para los que el afán comunitario de justicia exige que, en todo caso, se aplique la pena correspondiente, existen muchos otros en los que, si el ofendido se da por satisfecho con la reparación del daño, la colectividad acepta que no haya punición. Los supuestos de los delitos perseguibles por querrela necesaria que están incluidos en el Código Penal eran notoriamente insuficientes.

Ampliar su ámbito significa el reconocimiento de que los hombres pueden llegar, tratándose de dichos bienes, a razonables formulas de solución particular, que logren el doble objetivo de que se repare el daño causado y de que no tenga que acudir a la retribución punitiva. Se parte del supuesto de que los seres humanos somos capaces de dialogar y entendernos.

De ahí que se adicionarán varios artículos del Código Penal para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la República en materia del fuero federal, para que proceda el perdón del ofendido en los casos de los delitos de violación de correspondencia, abandono de atropellado, lesiones leves, robo de uso, abuso de confianza, amenazas, fraude, despojo, salvo el realizado por un grupo de más de cinco personas y el reiterado; y daño en propiedad ajena.

Sin duda no hay prisión más injusta que la preventiva, pues se sufre sin previa condena judicial.

La reforma del Código Federal de Procedimientos Penales y del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, agregó nuevas modalidades de garantías para el otorgamiento de libertad provisional, que facilitan su otorgamiento a inculcados con pocos recursos. Además amplió las posibilidades de libertad bajo protesta, lo que permite combatir una injusticia de clase, a saber que: inculcados por el mismo delito, permanezcan en prisión quienes no puedan pagar la garantía económica, y fuera de ella los que puedan hacerlo.

Es también razonable que el Juzgador no esté constreñido a imponer una sanción privativa de libertad cuando dicta sentencia condenatoria en aquellos delitos que no son los de gravedad mayor y que pueda optar, tomando en cuenta las circunstancias del caso y las características del delincuente para imponer sus sanciones alternativas.

D) PRESERVACION DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD.

Las Constituciones de los diversos Estados han modificado viejas instituciones, instrumento innovador renovado y creado otras, como opción innovadora de solución a la problemática y demandas sociales, creando nuevos mecanismos de control del poder político para lograr un verdadero equilibrio entre la autoridad y la libertad, buscando obtener como resultado un orden responsable, es decir, un orden con libertad. En las democracias actuales, los tradicionales controles del poder pierden eficacia ante el surgimiento de nuevas competencias o bien porque han surgido nuevas manifestaciones de poder, en estos casos la institución del Ombudsman con la fuerza de su argumentación de la autoridad moral y de la publicidad de sus resoluciones, ha probado ser un instrumento de control en defensa de los particulares, contra los actos ilegítimos de las autoridades, funcionarios y servidores públicos. La institución del Ombudsman realmente cumple con su finalidad de preservar el respeto de los derechos humanos, cuando las autoridades, por convicción propia y actuando de buena fe, comparte con los gobernados en interés de enmendar los errores y evitar los abusos, corrigiendo aquellos y proscribiendo éstos.

La sociedad contemporánea clama por el estricto apego al Principio de Legalidad; la exigencia generalizada del respeto total a los derechos fundamentales hace recordar al Estado su obligación del preservar el orden, la paz y la estabilidad social; salvaguardando el ejercicio pleno de las garantías individuales mediante un sometimiento voluntario a la norma jurídica, respecto al que hacer cotidiano de quienes en su calidad de servidores públicos, tienen el deber de observar el mandamiento legal de cada una de sus actuaciones.

Es conveniente señalar que el Principio de Legalidad no se refiere únicamente a la exacta relación entre los actos de la autoridades del Estado y la norma jurídica, sino también alude a la regularidad de la norma inferior con la norma superior; es decir, a la relación entre el reglamento y la ley, así como de la ley y la Constitución.

En todo Estado de derecho, las autoridades no pueden invocar la falta expresa de restricción como pretexto para eludir el acatamiento a la norma jurídica o para extralimitarse en sus funciones y competencias; todo exceso o defecto en la aplicación de la ley puede, en casos concretos, derivar en violación a los derechos humanos; sin embargo, se observa con regular frecuencia que la transgresión de la ley, motivo evidente de impunidad, se realiza por quienes tienen el compromiso de originarlo, no sólo aplicarla y acatarla, sino de pugnar por su observancia total y permanente. No se concibe ni se justificará jamás que al exigir el acatamiento de la ley, se viole la ley misma, es decir, el cumplimiento del deber exige también el cumplimiento del mandamiento legal.

La administración pública descansa sobre el principio de que las autoridades no tienen más facultades de las que explícitamente les conceden las leyes, sin que se entiendan permitidas otras por falta de expresa restricción. En consecuencia todas las autoridades políticas, fundarán en ley expresa cualquier resolución que dicten.

A este principio responde en Título Cuarto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que se refiere a las responsabilidades de los servidores públicos, cuya actuación se presume legal y de buena fe, empero en caso contrario, serán sujetos de lo dispuesto por los artículos que conforman este Título, así como de las disposiciones contenidas en la ley reglamentaria.

La propia Constitución señala, que son servidores públicos los representantes de elección popular, los miembros de los Poderes Judicial, Federal y Judicial del Distrito Federal, los funcionarios y empleados, y, en general, toda persona que desempeñe un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza en la Administración Pública Federal o en el Distrito Federal, quienes serán responsables por los actos u omisiones en que incurran en el desempeño de la función gubernativa y ante todo, la voluntad política de mejorar el servicio público.

En la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos se establece el marco normativo de actuación de los mismos, constituyendo un Código de conducta de los servidores públicos, mediante el cual el Estado, en uso de la facultad disciplinaria aplica al personal que no cumpla con sus obligaciones o deberes administrativos, la sanción que corresponda a la gravedad de las faltas u omisiones en que incurran.

En México, las leyes imponen a los gobiernos Federal y de los Estados la obligación de velar por el respeto a las garantías individuales, o más ampliamente por los derechos humanos; obligación que ha motivado, a la luz del artículo 102 apartado b de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el establecimiento de organismos de protección de los derechos humanos, quienes conocen de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa que violen estos derechos.

La Constitución Mexicana establece que: "todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de todos".

Con absoluto respeto del marco de actuación de las autoridades y servidores públicos, la intervención de las Comisiones de Derechos Humanos debe ser contemplada, no con el carácter de supervisión de la actuación en la función pública, sino como una Institución que tiene por objeto el de proponer los mecanismos de perfeccionamiento del servicio público; constituyéndose de esta forma en un colaborador eficiente de la administración pública toda vez que su función no se constriñe a señalar las faltas u omisiones administrativas, sino que además sugiere las alternativas que propugnan la excelencia del servicio público.

Debemos reconocer que en materia de responsabilidades y derechos humanos hay un significativo avance, se ha recorrido sin duda, un camino muy largo, pero más largo es aún el que falta por recorrer.

Las Comisiones de Derechos Humanos, en ejercicio de sus atribuciones, pugnan por la eficacia del Principio de Legalidad, como única vía para refrendar, en la práctica, la existencia real de un genuino Estado de Derecho.

E) LUCHA FRONTAL CONTRA LA IMPUNIDAD.

Nuestro sistema de derecho encuentra uno de sus principios torales en la afirmación de que nadie esta por encima de la ley, y que ésta debe ser aplicada indefectiblemente a los transgresores de la norma, sin que tengan valor como causas excluyentes, aquellas que se sustentan en el poderío económico o político del sujeto activo.

La Constitución de la República reprueba la impunidad y la sociedad condena los execrables de corrupción que la provocan. En efecto, nada causa en el ciudadano común mayor desaliento y frustración, que observar cómo en algunos casos se retuerce el espíritu de la ley para evitar la estricta aplicación de la misma y propiciar la evasión de la justa sanción, a quienes medrando a la sombra del gobierno, se aprovechan de la función pública para satisfacer sus intereses personales, muchas veces realizando verdaderos atentados a las más sagradas libertades y derechos humanos.

Es por ello que una de las principales causas de las Comisiones de Derechos Humanos, se ubica en el combate a la impunidad de aquellas autoridades y servidores públicos que han cometido actos u omisiones públicos sancionados por la ley, exigiendo en cada caso la incoación del procedimiento respectivo; así como a la estricta aplicación de las sanciones derivadas del mismo.

En la práctica cualquier servidor público de una Comisión de Derechos Humanos puede avalar la dificultad que entrañaba el cumplimiento cabal de las recomendaciones, sobre todo en aquellas situaciones en que dicho cumplimiento afectan intereses particulares de quienes detentan el poder económico o político, ya que en esos momentos es cuando se aprecian en toda su dimensión, los obstáculos sobre todo de tipo humano que el Ombudsman encuentra para su ejercicio. Estas y otras reflexiones, son en teoría y experiencia de todo aquello que sin duda, ya forma parte de la doctrina mexicana del Ombudsman, que inducen al razonamiento pero no al desaliento ni a la claudicación en el cotidiano oficio de procurar, por todo y ante todo, el respeto irrestricto a los Derechos Fundamentales de los individuos en nuestro país.

F) SEGURIDAD PUBLICA.

El Estado a través de las instituciones de seguridad pública, tiene constitucionalmente el uso exclusivo de la fuerza para mantener el orden público y dar cumplimiento a las leyes y reglamentos. La Constitución prohíbe que los habitantes se hagan justicia por sí mismos, que ejerzan violencia para hacer valer sus derechos, el Estado no puede delegar o concesionar a los particulares el uso de la fuerza, ni la coerción para que se cumplan las leyes. Por lo tanto, el Estado asume las responsabilidades de que esta función se realice con pleno respeto a los Derechos Humanos.

En las relaciones entre gobernantes y gobernados se realizan múltiples actos por parte de los primeros que en ocasiones afectan la esfera jurídica de las personas, es decir, que el Estado en ejercicio de las atribuciones que las leyes le confieren, desempeña sus funciones frente a los gobernados por conducto de sus autoridades. Todo acto de autoridad tiene un emisor y un destinatario; en ocasiones afecta a alguna persona física o moral en sus derechos como: la vida la propiedad, la libertad, la seguridad, etc.

g) ASPECTOS NEGATIVOS DE LA COMISION DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL EN LA INTEGRACION DEL PROCEDIMIENTO PENAL.

La Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, desde su creación ha tenido una participación directa en la integración o seguimiento del procedimiento penal, puesto que esta Comisión al recibir una queja en cualquiera de las formas que establece su Reglamento, tiene la obligación de canalizar a sus diversos abogados dicha queja, analizarla y determinar si reúne los requisitos para que pueda ser atendida la queja citada.

Una vez canalizada esta queja la Comisión de Derechos Humanos tiene la obligación de darle el seguimiento respectivo ante las autoridades correspondientes, ya sea desde el momento que una persona es detenida como probable responsable de la comisión de un delito y halla hecho una llamada telefónica a la Comisión de Derechos Humanos porque cree que ha sido víctima de una detención arbitraria, desde ese momento la Comisión de Derechos Humanos interviene se puede decir investigación la situación jurídica del quejoso, desde su presentación ante el Agente del Ministerio Público, esto es, desde el principio de la integración de la averiguación previa o principio del procedimiento penal.

Ya interviniendo la Comisión de Derechos Humanos en la queja iniciada por el probable responsable, misma queja que inicio vía telefónica, la Comisión de Derechos Humanos se encarga de analizar desde el momento de la detención del presunto, hasta la integración de la Averiguación previa, o consignación de la misma, para dar paso a todo el proceso penal; si para la Comisión de Derechos Humanos cree que en algún momento la autoridad no esta actuando conforma a derecho, desde ese momento puede la Comisión de Derechos Humanos, puede intervenir haciendo una recomendación a la autoridad que corresponda, ya sea por una detención arbitraria, una mala integración de la averiguación previa, una mala consignación, o una mal proceso penal para el indiciado; si a consideración de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal ha existido violación a los derechos individuales o humanos de esa persona, como ya se señalo, interviene haciendo la respectiva recomendación ante la autoridad que la Comisión cree que violo las garantías individuales de los quejosos.

Cabe aclarar que las recomendaciones que hace la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, no son órdenes dictadas para que sean obedecidas por la autoridad a la que se le hizo dicha recomendación, pues como lo señala el propio significado únicamente es una recomendación, la cual analizará y determinará la autoridad a la que se le haya hecho, si es recomendación tiene razón o no; pero actualmente se le está dando demasiada autoridad a la Comisión de Derechos Humanos, no sólo en el Distrito Federal, sino a nivel nacional, puesto que se están tomando las recomendaciones hechas por las Comisiones de Derechos Humanos como órdenes que deben acatar las autoridades responsables, sin ni siquiera saber, analizar si esas recomendaciones tienen razón en su dicho o no, sino que sólo al llegar la recomendación hecha por la Comisión de Derechos Humanos, la autoridad la acata, sin determinar si la persona que está detenida, es responsable o no del delito que se le imputa y que por un error en la integración de la averiguación previa, están dejando libre a un presunto delincuente por la intervención o recomendación que hizo la Comisión de Derechos Humanos, por considerar esta que se están violando los derechos humanos de un individuo que si es un real delincuente y por un error que a lo mejor puede considerarse menor están dejando libre a una persona que si puede ser un peligro para la sociedad por una mala intervención de la Comisión de Derechos Humanos.

h) EJEMPLOS DE LOS ASPECTOS NEGATIVOS DE LA COMISION DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL..

A continuación se mencionan algunos casos o situaciones reales en los cuales la Comisión de Derechos Humanos ha intervenido directamente con una recomendación y ha perjudicado las investigaciones o criticado las actuaciones de determinada autoridad y con ello entorpecido el procedimiento penal

El 24 de abril del año en curso, recibimos queja de una persona cuyo nombre, con el fundamento señalado en el caso anterior, se mantiene en reserva. En ella refirió que:

El 23 de abril del año en curso su hijo de 15 años de edad, fue remitido a la 57a. Agencia Especializada en Asuntos de Menores e Incapaces, acusado de robo. Por esos hechos se inició la averiguación previa correspondiente, en la que su hijo declaró aproximadamente a las 23.00 horas de ese día. A pesar de lo anterior, su hijo no ha sido trasladado al Consejo de Menores, con el argumento de que no hay vehículos. Personal de dicha agencia le indico que sería trasladado hasta el 24 de abril por la noche o el 25 de abril por la mañana.

El mismo 24 de abril a las 17:50 horas, el licenciado Octavio Flores Chamorro, Agente del Ministerio Público del primer turno de la 57a. Agencia Investigadora informó a personal de esta Comisión que:

El menor fue puesto a disposición a las 21:38 horas del 23 de abril de 1998, por el robo de artículos a una empresa de autoservicio; el monto de lo robado ascendía a \$24.00, pero no podía otorgarle al menor la libertad bajo caución, ya que el artículo 46, párrafo primero, de la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia del fuero común y para toda la república en materia federal, lo obligaba a remitirlo al Consejo de Menores.

Mediante el oficio 8036, del 24 de abril de 1998, solicitamos al encargado del Despacho de la Supervisión General de Derechos Humanos de esa Procuraduría que se tomaran las medidas adecuadas y suficientes para que, de conformidad con el artículo 20, fracción Y, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se otorgara al menor su libertad provisional bajo caución.

Ese mismo día, recibimos por fax copia del oficio 208/170/98-04, de la Licenciada María del Carmen Calvo León, Directora General de Asuntos de Menores e Incapaces, en el que se indicó que: A las 21:00 horas del día de la fecha 24 de abril de 1997, el menor había sido puesto a disposición del Comisionado en turno de la Dirección General de Prevención y tratamiento de menores.

Personal de este organismo obtuvo copia certificada de la averiguación previa 57a./181/98-04. De ella destaca lo siguiente:

a) La razón del licenciado Juan García Quintero, agente del ministerio público del tercer turno de la 57a. Agencia Investigadora, de que,

A las 21:38 horas del 23 de abril de 1998, un agente de la policía judicial puso a disposición a un menor, por la probable comisión del delito de robo;

b) La declaración de los Agentes de la Policía Judicial, Joel Tapia Cervantes y Enrique Cruz Hernández, quienes coincidieron en manifestar que:

El 23 de abril de 1998, cuando circuiaban a bordo de la patrulla 0427 sobre la Calzada Chabacano, se percataron de que de la Comercial Mexicana, sucursal Asturias, salían varias personas de seguridad, quienes les indicaron que un sujeto había sacado diversa mercancía sin haberla pagado. Aseguraron al referido sujeto, quien en su mano izquierda tenía diversos comestibles, los cuales el jefe de seguridad interna de la Comercial reconoció como la mercancía que minutos antes dicha persona había sustraído de la tienda. El asegurado aceptó haber sacado la mercancía sin haberla pagado.,

c) La fe de estado sicofísico, edad clínica y certificado médico del menor detenido, a quien se encontró con aliento normal, sin huellas de lesiones y con una edad clínica probable mayor de 14 y menor de 16 años;

d) La fe de objetos, en la que se estableció que se tuvieron a la vista los comestibles presuntamente robados:

e) El dictamen de valuación de los comestibles, que les asignó un valor intrínseco total de \$24.00

f) La razón del personal actuante de que se hizo del conocimiento del menor detenido el contenido de los artículos 20 fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 269 y 556 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, a fin de que supiera su derecho a solicitar la libertad provisional;

g) La comparecencia de la madre del menor detenido, quien aceptó el nombramiento que éste le confirió como persona de su confianza, y a quien el agente del ministerio público también hizo saber el derecho que tenía su hijo de solicitar su libertad provisional;

h) La declaración del menor, quien refirió ser de 15 años de edad, y dijo que:

El 23 de abril de 1998, aproximadamente a las 19:00 horas, acudió a la Comercial Mexicana, sucursal Asturias, en compañía de tres amigos. Tomó algunos comestibles y decidió salir de la tienda sin pagarlos. Fuera de la tienda se acercaron unos señores quienes le preguntaron sobre el comprobante de pago de los comestibles, y enseguida lo aseguraron unos agentes de la policía judicial. Tomó los comestibles porque se le antojaron y no tenía dinero para pagarlos.

i) El acuerdo dictado a las 7:38 horas del 24 de abril, por que el agente del ministerio público actuante determinó:

Segundo. Déjese la indagatoria como continuada al titular del turno entrante.

Tercero. Déjese a disposición del titular del turno entrante el detenido, así como los objetos descritos y fedatados en actuaciones:

j)El acuerdo dictado a las 8:30 horas del 24 de abril, por el que el licenciado Octaviano Flores Chamorro, agente del ministerio público del primer turno de la 57a. Agencia Investigadora, dispuso que:

Primero. Ábranse las actuaciones como continuadas que son y practíquense las diligencias pertinentes.

Segundo. Por lo que hace al menor, queda en el área de seguridad de esta oficina, en calidad de probable infractor y a la disposición del titular del turno actuante, pendiente de ser resuelta su situación jurídica.

K)La declaración de Héctor Méndez Ramírez, apoderado de la Empresa Comercial Mexicana, S.A. de C.V., quién refirió que:

Es su deseo no formular denuncia contra el menor, por así convenir a los intereses de su representada, debido a la cuantía y por tratarse de robo familiar, y

l)El acuerdo dictado a las 19:53 horas del 24 de abril, por el que el agente del Ministerio Público actuante determinó:

Segundo. Originales de las presentes actuaciones remítanse al Comisionado en turno de la Dirección General de Prevención y Tratamiento de Menores de la Secretaría de Gobernación, así como al menor a su disposición.....

Mediante el oficio 8848, del 6 de mayo de 1998, solicitamos al encargado del despacho de la supervisión general de derechos humanos de esa Procuraduría un informe sobre los hechos motivo de la queja.

El 11 de mayo último recibimos el oficio 501/3786/98 del encargado del despacho de la supervisión general de derechos humanos, con el cual nos envió copia del oficio 208/183/98-05 de la Licenciada María del Carmen Clavo León, Directora General de Asuntos de Menores e Incapaces de esa Procuraduría, en el que ésta informó que:

El 23 de abril de 1998, un menor fue puesto a disposición de la agencia 57a. Adscrita a esta Dirección, por su probable participación en la comisión del delito de robo, por lo que se inició la averiguación previa correspondiente; en virtud de que la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores para el Distrito Federal en materia común y para toda la República en materia federal, en su artículo 46 establece la obligación del Ministerio Público de remitir de inmediato la averiguación previa al Comisionado en turno de la Dirección General de Prevención y Tratamiento de Menores y asimismo faculta al Ministerio Público para entregar al menor a sus representantes legales o encargados, previa garantía correspondiente para el pago de la reparación del daño, únicamente en el caso de conductas culposas o cuya infracción merezca sanción alternativa o pena no privativa de libertad; con fecha 24 de abril de 1998, el citado menor se puso a disposición del Comisionado en turno; por lo que en esas circunstancias no fue posible que garantizara su libertad provisional ante la Representación Social; al respecto no omito informarle que el menor de referencia fue puesto en libertad con las reservas de ley al día siguiente de haberlo remitido a la Unidad Administrativa de Prevención y Tratamiento de Menores.

Por otra parte, la evasión de presuntos responsables sujetos a proceso penal suspende y, en ocasiones, imposibilita la aplicación de la justicia; por la mala intervención de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, este hecho se traduce en impunidad y genera una irritada y justificada irritación de la sociedad mexicana y el cuestionamiento de la eficiencia y credibilidad de las instituciones encargadas de procurar e impartir justicia.

En efecto, actualmente resulta conveniente para el inculpado sustraerse de la acción de la justicia, ya que no afronta, por ello, consecuencia procesal que afecte sus intereses; por el contrario, el resultado de la evasión le beneficia, ya que suspende el proceso hasta en tanto se logra nuevamente su captura. Además, a la víctima del delito también se le suspende su derecho al resarcimiento del daño que le fue causado, soportando injustamente el agravio ocasionado por el ilícito y las consecuencias de la indebida sustracción del presunto responsable.

Otro ejemplo de una situación real en la cual la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en la cual interviene directamente con una recomendación en la cual pide a la Secretaría de Seguridad Pública investigar a los policías que se abstuvieron de intervenir en los actos ilícitos cometidos durante una marcha estudiantil, pero como ha sucedido últimamente en otras marchas estudiantiles los policías adscritos a la Secretaría de Seguridad Pública han intervenido en los actos cometidos durante esas marchas y con ello se han ganado que la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal les solicite a su Secretaría a través de recomendaciones que se investigue a dichos elementos por la violación de los derechos humanos de los estudiantes marchistas; por lo que deberían las autoridades de la Comisión de Derechos Humanos ya citada ponerse de acuerdo en una forma de actuar ante las conocidas marchas de los estudiantes, puesto que si no actúan los elementos de la Secretaría de Seguridad Pública es una violación de Derechos Humanos y si actúan ante estas marchas también es una violación de Derechos Humanos.

A continuación narramos los hechos esta recomendación para que quede claro que esta marcha en la que la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal solicita se investigue a dichos elementos de la Secretaría de Seguridad Pública, no es diferente a las demás marchas de estudiantes.

Ante los actos vandálicos cometidos por supuestos alumnos del Instituto Politécnico Nacional, y ante la indolencia de policías preventivos que se limitaron a custodiarlos y protegerlos sin impedir sus desmanes, el doctor Luis de la Barrera Solórzano, Presidente de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, solicitó al Secretario de Seguridad Pública iniciar los procedimientos administrativos correspondientes contra los agentes policiacos que se abstuvieron de cumplir con uno de sus deberes fundamentales: prevenir la comisión de los delitos.

A continuación se mencionan la correspondencia intercambiada al respecto por dichos funcionarios.

Presidencia.

Oficio 23/99

Doctor Alejandro Gertz Manero
Secretario de Seguridad Pública
Del Distrito Federal.

Distinguido señor Secretario:

"El 29 de abril del año en curso (1999) aparecieron diversas notas y reportajes en los que se menciona que jóvenes estudiantes del Politécnico se dedicaron a secuestrar autobuses del servicio público algunos de los cuales resultaron con cristales rotos y averías para asistir al VIII Congreso Ordinario del Comité Juvenil Politécnico. Durante el trayecto los pseudoestudiantes saquearon comercios y robaron trausentes ante la mirada complaciente de los policías.

Al parecer, elementos de esa corporación a su digno cargo no sólo se abstuvieron de intervenir para impedir los abusos que se presenciaron sino que brindaron protección a los ocupantes de los camiones.

La Policía Preventiva cuyo fin primordial es garantizar la seguridad pública, esta obligada a detener a cualquier persona que sea sorprendida en flagrante delito.

Por ello, conociendo su sensibilidad y su preocupación por los problemas que aquejan a esta Ciudad, le ruego que, de ser verídica la noticia aludida, se inicien los procedimientos administrativos correspondientes contra los responsables de las conductas aquí señaladas y se tomen las medidas conducentes para que hechos tan lamentables como el que nos ocupa no se repitan.

Le envío un cordial saludo.

Atentamente.

El Presidente de la Comisión.

Dr. Luis de la Barreda Solórzano.

Gobierno del Distrito Federal.

Secretaría de Seguridad Pública.

México, D.F., a 4 de mayo de 1999

Doctor Luis de la Barreda Solórzano

Presidente de la Comisión de Derechos

Humanos del Distrito Federal.

En atención a su oficio número 23/99 del año en curso, relacionado con las notas y reportajes aparecidos el 29 del mismo mes y año, me permito informar a Usted lo siguiente:

En los casos de referencia, el Jefe del sector correspondiente me ha informado que no existió en el momento de los hechos ninguna petición ni denuncia de los operadores de los vehículos ni del concesionario, en el sentido de que se estuviera cometiendo algún delito en su contra, ni tampoco hemos tenido hasta el momento denuncia alguna sobre asaltos a comercios, robos a transeúntes o cualquier otro presunto ilícito.

Le manifiesto a Usted que con toda puntualidad seguiremos investigando el asunto y si esa Comisión a su muy digno cargo cuenta con algún elemento, alguna denuncia o acusación sobre el particular, le rogamos enviámosla para actuar de inmediato.

Aprovecho la oportunidad para.....

Atentamente.

El Secretario de Seguridad Pública.

Dr Alejandro Gertz Manero.

Asimismo me permito mencionar las notas periodísticas sobre la solicitud para investigar a policías preventivos que vigilaron una marcha de estudiante, en la cual se baso la solicitud de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, de acuerdo como lo señala el Presidente de esta Comisión Dr. Luis de la Barrera Solórzano.

a) Excélsior.- Jóvenes de varias vocacionales se dedicaron a secuestrar autobuses de la extinta ruta 100, algunas unidades resultaron con cristales rotos o averías en sus carrocerías y durante el trayecto los vándalos saquearon comercios y robaron a transeúntes, ante la mirada complaciente de la Policía.

b) El Economista.- Grupos de estudiantes de la vocacional 6 del Instituto Politécnico Nacional, tomaron por asalto cerca de 50 unidades del transporte público de pasajeros..... Los jóvenes causaron destrozos en su trayecto a Zacatenco..... A su paso agredieron automovilistas y peatones, además de que saquearon comercios;

c) Novedades.- Los "porros" de la Organización Democrática de Estudiantes Técnicos y de la Federación de Estudiantes Politécnicos causaron destrozos durante el trayecto... A su paso por calles y avenidas, los presuntos estudiantes de las vocacionales 4,5 y 6 incitados por los "porros", agredieron a automovilistas y peatones, también saquearon comercios..... Debido a la congestión vehicular, en segunda cerrada de jardín y circuito interior, lanzaron una serie de objetos para abrirse paso entre los otros vehículos,

d) La crónica.- Grupo de estudiantes del Politécnico de varias vocacionales y del Colegio de Bachilleres secuestraron 30 camiones del transporte público y se dedicaron durante toda la mañana a asaltar comercios, agredir transeúntes y automovilistas Durante su paso por avenidas como Insurgentes y Circuito Interior, arrojaron proyectiles contra los automovilistas para que estos les abrieran paso.

Y así otro tanto de periódicos como El Financiero, El Diario de México, México Hoy, Ovaciones, La Prensa, Reforma, El Universal, publicaron sus notas en el mismo sentido que las anteriores.

Si bien es cierto que, la Policía Preventiva tiene como misión fundamental conservar el orden público, entendido como orden material y exterior, como estado de hecho contrario al desorden, para proteger la seguridad y la tranquilidad pública; también es cierto que en las marchas de estudiantes que se han suscitado en épocas pasadas, así como han ocurrido actualmente, cuando la Policía Preventiva interviene para evitar que haya desmanes y conservar así el orden público protegiendo o tratando de proteger dicha seguridad y tranquilidad pública la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal se

lanza contra los elementos de seguridad pública, porque según ellos hubo violación a los Derechos Humanos de los estudiantes, es por ello, que esta la Comisión precitada por el Dr. Luis de la Barrera Solórzano debe de poner en claro su actitud en contra de la Policía; puesto que realmente en la mayoría de estas manifestaciones o marchas de los estudiantes hay actos vandálicos cometidos, desde el momento en que toman los autobuses del servicio público ya están cometiendo ilícitos; por lo que me pregunto ¿qué actitud deben tomar los elementos de la Secretaría de Seguridad Pública?, si intervienen los sancionan y si no intervienen también los sancionan, debido a las recomendaciones que hace la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, por las supuestas irregularidades en las que incurrieron.

Es por ello que al analizar los actos de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, se tiene como resultado que, si bien tiene aspectos negativos, también es cierto que hay puntos a su favor por sus buenas actuaciones, a continuación se hace mención de ambos cuestionamientos en lo que se refiere a las actividades de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

La Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en algunas ocasiones tiene un papel de fiscalizador del Ministerio Público que en preservar los derechos de los ciudadanos; se esta convirtiendo en un órgano fiscalizador y no en vigilante del respeto a las garantías individuales; puede inhibir la actuación del Ministerio Público y proteger a gente implicada en los hechos; le preocupa a la Procuraduría..... que haya gente involucrada con los hechos y que ahora trate de aprovechar la buena fe de una Institución como la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal para eludir posibles responsabilidades e inhibir la actuación del Ministerio Público.

Desde otro punto de vista, Si por fiscalizar se entiende alguno de los siguientes sinónimos: inspeccionar, comprobar o examinar; efectivamente la Comisión inspecciona, comprueba y examina la actuación de no solamente el Ministerio Público sino también de todos los servidores de la administración pública del Distrito Federal, tal como lo establece el artículo 3 de su Ley. Esa atribución de fiscalización, así entendida, la ejercen todos los Ombudsman del planeta.

También en ocasiones se señala que la Comisión puede inhibir la actuación del Ministerio Público y proteger a los implicados en diferentes delitos; obstaculizar el buen desempeño de los servidores públicos; la defensa de delincuentes; actos de defensa legal en favor de presuntos delincuentes o en sentencias condenatorias para el Ministerio Público.

A lo que se señala, en sus casi seis años de actuación la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, afortunadamente ha inhibido en múltiples ocasiones la indebida actuación, negligencia, el abuso y la corrupción de los malos servidores públicos, tanto de la Procuraduría como de otras dependencias.

Otro de los tantos comentarios que se hacen contra la Comisión de Derechos Humanos son: la mayoría de quienes se quejan en la Comisión son probables responsables de ilícitos denunciados ante la Procuraduría o son probables responsables de delitos.

En este caso se manifiesta que aproximadamente el 75% de las quejas que recibe la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal en materia de procuración de justicia proceden de las víctimas de los delitos y no de los presuntos delincuentes. Sólo alrededor del 25% de las quejas provienen de los inculpados

Con la creación de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, se han suscitado opiniones o comentarios encontradas, en el sentido de crítica hacia la Comisión por no desempeñar adecuadamente las funciones para las que fue creada, tomar atribuciones que no le corresponde, asumir posiciones de otras dependencias, etc. Pero hay que señalar también que existen opiniones que apoyan el funcionamiento de la Comisión y quienes luchan por combatir los actos de corrupción de los servidores públicos; a lo que creó que depende a cada uno el juzgar si dicha Comisiones de Derechos Humanos funciona para el fin que fue creado, aunque desde mi punto de vista hay ocasiones en que si interrumpe o retrasa un procedimiento penal con recomendaciones que no van al caso, ni tienen que ver con el ilícito de la persona que se quejo.

CAPITULO SEXTO

6.-ANALISIS Y CONTENIDO JURIDICO DEL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL CON LAS REFORMAS DE 1998

ANALISIS DE LA INICIATIVA DEL PROYECTO DE DECRETO QUE REFORMA Y ADICIONA EL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL DE 1998.

En el año de 1994, se reformo la Constitución para reestructurar y fortalecer al Poder Judicial de la Federación. Si bien se han presentado avances significativos en materia de impartición de justicia, la procuración no se ha desarrollado en la misma porción. Nuestro sistema d justicia penal se sustenta en el binomio indisoluble de ambas materias. Corresponde a las Procuradurías la investigación y persecución de los delitos y a los tribunales aplicar oportunamente la ley.

Para generar el justo equilibrio entre ambas instituciones y la sociedad y lograr el mejoramiento integral del sistema de justicia, se considera necesario revisar el marco constitucional de actuación de las autoridades responsables de procurar justicia a fin de promover modificaciones que permitan atender el legítimo reclamo de la sociedad. Los mexicanos tenemos derecho a acceder a mejores condiciones de vida, a convivir en armonía y seguridad así como a confiar que nuestras instituciones gubernamentales son capaces de restablecer oportunamente el orden jurídico, cuando este es quebrantado.

La delincuencia ha venido aumentando a índices alarmantes. Las causas del fenómeno delictivo son diversas el desempleo o subempleo derivado del periodo de crisis y austeridad económicas, el crecimiento de la población, la corrupción de los elementos que integran los cuerpos de seguridad pública, la impunidad de quienes delinquen y el rezago de un marco jurídico que no ha evolucionado en la misma proporción que la delincuencia, entre otras.

A la luz de la legislación actual, las instancias procuradoras de justicia encuentran serios obstáculos para hacer frente a éste fenómeno. Ciertos requisitos de la ley, pensados en su momento para enfrentar una delincuencia carente de la sofisticación que hoy despliega, limitan la actuación de la autoridad. Esta situación se ha interpretado erróneamente como ineficiencia y promoción de la impunidad.

Nada agravia tanto a la sociedad como la impunidad y nada demerita tanto a la autoridad como señalarla de ineficiente. Por ello, es necesario revisar profundamente nuestras normas jurídicas y eliminar los obstáculos que hasta ahora han impedido que se actúe con la oportunidad y severidad requeridas. Es urgente generar las condiciones legales idóneas para facilitar la acción de la justicia en beneficio de la sociedad. Debe revertirse la gran frustración de la población ante la creciente delincuencia y la poca efectividad para detener, procesar y castigar a los responsables.

Desde la expedición de la Constitución de 1917, el artículo 16 no había sufrido modificación alguna. En 1993, se transformó sustantivamente, imponiéndose a las autoridades encargadas de la procuración de justicia, mayores requisitos para obtener de la autoridad judicial, el libramiento de órdenes de aprehensión.

Dicha reforma considero posiciones y teorías de escuelas que han tenido éxito en otras naciones. Sin embargo, hoy queda claro que no correspondían plenamente al desarrollo del derecho penal mexicano.

Antes de 1993, para que la autoridad judicial librara una orden de aprehensión se requería que el Ministerio Público acreditara la probable responsabilidad del indiciado. Con la reforma, se impulso el requisito de acreditar los elementos del tipo penal -objetivos, subjetivos y normativos-, así como la probable responsabilidad del indiciado.

El grado excesivo de exigencia probatoria impuesta al ministerio público desde la averiguación previa, evita el enjuiciamiento de presuntos responsables, provocando consecuentemente, mayor delincuencia e impunidad.

La iniciativa que se sometió a la consideración de esta Soberanía, propone flexibilizar los requisitos que establece el artículo 16 constitucional para obtener una orden de aprehensión. Se sugiere sea suficiente para la acreditación de la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal, así como la probable responsabilidad del indiciado. Esta medida conserva plenamente el equilibrio entre la acción persecutoria de un delito y los derechos de los gobernados tutelados en las garantías individuales, y permitirá hacer más eficiente la actuación de los órganos de procuración de justicia.

La reforma a los artículos 16 y 19 propuestas, pretende evitar que la actividad del ministerio público y del juez, durante la fase de preinstrucción, -antes del proceso legal-, sea una verdadera etapa de instrucción, es decir, un juicio sumario. El proceso penal no debe estar limitado únicamente a la acreditación de la plena responsabilidad del inculpado, pues como se señaló anteriormente, es durante la averiguación previa y la consignación cuando se acreditan todos y cada uno de los elementos del tipo penal.

La iniciativa respeta los principios consagrados en la reforma de 1993, pero la desarrolla y perfecciona para hacer más eficiente la actuación de los órganos de procuración de justicia, conservando plenamente el equilibrio entre la acción persecutoria de un delito y los derechos de los gobernados tutelados en las garantías individuales.

b)CONTENIDO JURIDICO DEL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL CON LAS REFORMAS DE 1998.

La solución de los problemas de seguridad pública, de procuración y administración de justicia no pueden esperar más. La sociedad exige y demanda respuestas eficaces. Pues a pesar de los esfuerzos recientes, la delincuencia ha crecido desmesuradamente.

La lucha contra el crimen es una batalla que parece perderse. Con justa razón la sociedad ve en el crecimiento desmesurado de la criminalidad la mayor amenaza, no sólo contra personas y patrimonios, sino contra la nación misma.

La violencia y la inseguridad no son fortuitas, existen factores sociales perfectamente identificables que las alientan: la impunidad la corrupción y la ineficiencia.

La impunidad generada por las fallas en nuestros sistemas de procuración y administración de justicia, que no castiga a la mayoría de las acciones delictivas. El resultado de ello es que los delincuentes prosiguen su actividad criminal, confiados y alentados porque sus actos antisociales difícilmente serán castigados.

La corrupción, que tiene sus raíces más profundas en el resquebrajamiento de la cultura de la legalidad y en la falta de incentivos institucionales, financieros y honoríficos para quienes dedican su vida a hacer cumplir la ley.

Por si esto fuera poco, el abandono que por décadas se dejó en nuestros cuerpos de seguridad, no permitió su profesionalización, por ello, para la gran mayoría de sus miembros, las técnicas de investigación y prevención del delito son algo ajeno a su practica cotidiana. Aunado a esto encontramos la falta de recursos materiales, los coloca en una desmarcada desventaja frente a los recursos y técnicas que utilizan las cada vez más modernizadas organizaciones criminales, lo que genera una marcada ineficacia en sus acciones en contra de la delincuencia.

Existe coincidencia en que se requiere, de una vez sentar las bases de un nuevo y eficaz sistema de justicia, que contribuya definitivamente a consolidar nuestro estado de derecho.

En este orden de ideas, es importante dar pasos decisivos en la lucha por alcanzar los niveles de seguridad pública que todos los mexicanos demandan. Es el momento de que el pueblo y gobierno emprendan la batalla principal por la defensa de las familias, de sus bienes y patrimonio. Debe ponerse un alto definitivo a la violencia que amenaza con apoderarse de vidas y personas.

El estado mexicano necesita recuperar la capacidad de ejercer con eficacia la más elemental de sus funciones: brindar seguridad a la ciudadanía, someter al transgresor al imperio de la ley y evitar que la violencia se encumbre como factor predominante de la vida social.

La realidad de la procuración y la administración de justicia.

La conclusión es evidente: En México predomina la impunidad. De los delitos denunciados, únicamente un número muy pequeño se persigue y se sanciona; el resto, los delitos conocidos que son muchos y los delitos desconocidos que son más, se quedan sin investigar y por ende, sin sanción.

Con la propuestas de la iniciativa en estudio, se busca atender la urgente necesidad de modificar la averiguación previa, con medios que hagan eficientes las tareas del ministerio público y de la policía investigadora.

Dentro de los temas que deberán retomarse en un futuro próximo, ésta el analizar a fondo la naturaleza y el papel de la institución del ministerio público, que vive en la indefinición de funciones, porque no es precisamente policía, ni investiga, ni es instructor de causas. También es necesario equilibrar en el futuro el papel del acusado y la víctima en un proceso penal, ya que ésta última prácticamente no tiene una protección jurídica, mientras que el presunto violador de la ley cuenta con un sin fin de derechos y recursos procesales de los que pueda echar mano para impedir la acción de la justicia.

Se debe dar un lugar de privilegio a las tareas de prevención del delito, para que en lugar de reprimir conductas antisociales, el Estado dedique sus mayores esfuerzos a promover valores positivos. Siempre será más barato construir una escuela que ampliar diez prisiones.

Reforzar las facultades de la autoridad para combatir la delincuencia, también es esencial asegurar que el ejercicio indebido de tales facultades no vayan a crear condiciones que lesionen las garantías individuales. De otra manera dicho, conseguir el sabio equilibrio entre el interés público y los derechos subjetivos, en una cuestión vital como es la libertad de los mexicanos.

En la lucha contra el crimen y por una legislación adecuada y eficaz es posible tener divergencias y sin embargo, llegar a acuerdos.

Las garantías individuales frente al interés de la convivencia social.

Sin embargo, como es sabido, no fue sino hasta la expedición de la Constitución de 1857, cuando se introdujo por primera vez en nuestra historia constitucional, un catálogo de derechos individuales o como después se les denominó en nuestra tradición constitucional de "garantías individuales".

Se discutido si la Constitución vigente ha operado un cambio de tesis en cuanto a la relación entre derechos y garantías. La duda surge debido a que en los documentos constitucionales de 1842 y de 1857 se hacía referencia expresa, por un lado, a los "derechos del hombre", y por el otro, a las "garantías", mientras que el aludido artículo 1 de la Constitución vigente omite mención expresa a los primeros, limitándose a referirse a las segundas.

Sin embargo, la doctrina ha sostenido que el constituyente de 1917, no desconoció la existencia de los derechos del hombre. En los debates mismos es posible darse cuenta de que los diputados constituyentes tenían muy claro que el origen o la fuente de las garantías individuales, eran los derechos del hombre. Pero ello no quiere decir que unas y otros sean equivalentes.

Entre ellos, existe una relación entre "lo garantizado" y "la garantía". Los derechos del hombre, como conceptos generales y abstractos, son lo garantizado. "Las garantías individuales" son, la salvaguarda, no abstracta, sino concreta e individualizada, de aquéllos derechos que todo hombre tiene, independientemente de su reconocimiento o no por el Estado. Las garantías individuales son relativas; y su relatividad depende de las circunstancias de lugar y tiempo, de la situación histórica de una nación y de los problemas que ha de enfrentar como comunidad política.

En otras palabras, las "garantías individuales" representan la medida en que el orden jurídico concreto garantiza los derechos del hombre, en un momento histórico determinado.

El hecho de que solamente haga referencia a las "garantías" no significa que los derechos del hombre se desconozcan. Al contrario, y por las razones expuestas dicho artículo ha de entenderse en los mismos términos trazados por el constitucionalismo mexicano desde 1842, es decir, vinculando íntimamente la idea de garantías con el concepto de derechos del hombre pero, aún así, haciendo la diferenciación entre ellos, en razón de que cumplen una función distinta; unos son "la garantía" proporcionada por el orden jurídico e históricamente determinada.

Por ello es que el texto mismo del artículo 1° de la Constitución vigente prevé la posibilidad de que las garantías sean más amplias o más restringidas, o incluso suspendidas. Debemos concluir, por lo tanto, que los derechos del hombre, como conceptos abstractos y genéricos, no pueden restringirse ni suspenderse, pero si las "garantías individuales".

Se considero a los derechos del hombre como de importancia suprema para la vida personal de todos los individuos que forman parte de la sociedad, también es cierto que estos derechos del hombre, tal y como lo definió y desarrolló el Constituyente de 1857, pueden limitarse y restringirse.

Es importante hacer notar, para los efectos del presente dictamen, que detrás de cada una de las limitaciones a las garantías de los gobernados, siempre habremos de encontrar algún interés superior de la sociedad. El orden público, la moral, la paz social y la seguridad de los demás ciudadanos, la justa distribución de la riqueza, son los valores supremos que, para el Constituyente, han justificado restricciones superiores de la sociedad puede justificar la relativización de garantías que, como individuos, quisiéramos todos fueran lo más amplia posible, pero que como miembros de una sociedad que aspira a la seguridad, al orden y a la paz social, debemos convenir en limitar, para asegurar una mejor convivencia.

Este es precisamente el dilema que se plantea la sociedad mexicana en los tiempos que corren, en un momento de la historia nacional en que la delincuencia amenaza con ampliar su radio de acción hacia ámbitos antes insospechados. Un momento en el cual la delincuencia ha tomado como rehén a la sociedad mexicana, que no cuenta con todos los instrumentos indispensables para hacer frente a esta inusitada situación. Un momento en el que la sociedad reclama al Estado, acciones prontas, decididas y expeditas para poner un alto a la creciente inseguridad pública y a su principal promotora, la impunidad.

Nos recuerda la responsabilidad de las procuradurías como las encargadas de la persecución de los delitos y la captura de los delincuentes; sin embargo, sus tareas se dificultan ante lo desfasado de los preceptos normativos, las difíciles circunstancias socioeconómicas en las que se encuentra el país, así como la presencia y recursos de la "delincuencia organizada"

Insiste en como las instituciones encargadas de la procuración de justicia encuentran en la legislación actual serios obstáculos para hacer frente a la delincuencia, que no se actúa con la severidad y requerida, al grado de que se vive un sentimiento social de que las autoridades no actúan para combatir esta realidad y cómo todo ello genera una franca desconfianza pública.

Por todo esto, recalca la exposición de motivos, hay la urgente necesidad de inducir las condiciones legales idóneas para facilitar la acción de la justicia en beneficio de la sociedad.

Se reconoce que este precepto desde su consagración en el texto de Querétaro de 1917, no había sufrido reforma alguna, sino hasta 1993, cuando a las autoridades encargadas de la procuración de justicia se le exigieron mayores requisitos para obtener una orden de aprehensión.

El balance de los cuatro años de aplicación del precepto en comentario, se dice, es que no se ha logrado el equilibrio entre la acción persecutoria del delito y el derecho a la libertad de los gobernados. Por el contrario, por tecnicismos formales, presuntos delincuentes han logrado evadir la acción de la justicia; vale recordar aquí las cifras asentadas, porque en 1997, tampoco se observó mejoría pues de todas las averiguaciones previas consignadas ante la autoridad judicial, se obsequiaron órdenes de aprehensión en menos del 20 %; esto sin tomar en cuenta las magras cifras de consignación que hacen las procuradurías como se ha explicitado antes y cuya tendencia se mantuvo en 1997.

Ello demuestra, a decir de la iniciativa presidencial, que el grado excesivo de exigencia probatoria impuesta al ministerio público en la averiguación previa evita el enjuiciamiento debido de muchos presuntos responsables, provocando en consecuencia mayor delincuencia e impunidad.

De ahí que la iniciativa proponga flexibilizar los requisitos establecidos en este precepto para obtener una orden de aprehensión. Solicita que sea suficiente la acreditación de la probable existencia de los elementos objetivos del tipo penal, así como de la probable responsabilidad del indiciado. Finalmente insiste en que esta medida conserva plenamente el equilibrio entre la acción persecutoria del delito y los derechos de los gobernados tutelados en las garantías individuales, pero además permitirá hacer más eficiente la actuación de los órganos de procuración de justicia.

COMPARACION DEL ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL ANTES Y DESPUES DE LAS REFORMAS DE 1998.

La sociedad toda ha advertido en el pasado reciente serias deficiencias en el funcionamiento de nuestros sistemas de procuración y administración de justicia, ha derivado en una relación poco colaborativa entre estas dos instituciones públicas que recurrentemente se imputan mutuas fallas e ineficiencias, mientras que los delincuentes se benefician de esta situación

Uno de los puntos de mayor conflicto entre estas dos instituciones ha sido precisamente el tema de los requisitos para obsequiar una orden de aprehensión , sobre todo a raíz de la reforma que sufrió el artículo 16 constitucional de 1993.

Siguiendo una doctrina finalista, la reforma de 1993, modificó el contenido de los artículos 16 y 19 de la Constitución, e impulso al ministerio público nuevos requisitos para obtener de la autoridad judicial el libramiento de órdenes de aprehensión y al expedición de autos de formal prisión, contra los probables responsables del delito.

Se suprimió el concepto "cuerpo del delito" y se introdujo el concepto de "elementos el tipo penal", y se equipararon los requisitos del libramiento de la orden de aprehensión y la expedición del auto de formal prisión. De ese modo se hizo necesario acreditar, en ambos casos, los elementos del tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

Así, a partir de las reformas de 1993, fue necesario acreditar todos los elementos del tipo penal, es decir, los elementos objetivos, los subjetivos, así como los normativos para obtener una orden de aprehensión o un auto de formal prisión. Acreditar los elementos subjetivos – tales como, "tener conocimiento" de cierta circunstancia, el "propósito de delinquir" u otros aspectos subjetivos, según el delito de que se trate- así como los elementos normativos – tales como comprobar de que se trata de "cosa ajena", el "mandato legítimo de la autoridad". u otros aspectos normativos, según el delito de que se trate- es correcto para una sentencia condenatoria, pero resulta excesivo para una orden de aprehensión o un auto de formal de prisión.

De esta manera, la reforma de 1993, propició que la legislación secundaria desarrollara los requisitos que debe demostrar el ministerio público para que la autoridad judicial pueda considerar íntegros los elementos del tipo pena. Se establecieron formalidades y tecnicismos excesivos que obligan al ministerio público a integrar un expediente prácticamente similar al requerido para dictar sentencia, con lo cual se convirtió a la averiguación previa en un deficiente juicio previo a cargo del ministerio público.

El texto constitucional no debe seguir ninguna corriente doctrinal. En 1993, se adoptó una doctrina en materia penal que ha tenido éxito en otras naciones pero que no ha contribuido a mejorar la procuración de justicia en nuestro país.

Estas comisiones unidas consideran que en los requisitos que deben exigirse para una orden de aprehensión y un auto de formal prisión debe buscarse un equilibrio entre los derechos de los ciudadanos (sociedad), por un lado y las facultades de la autoridad para perseguir y castigar delitos, por el otro.

Así, rescatar el concepto de "cuerpo del delito" anterior a la reforma de 1993 permitiría, por una parte, que las autoridades tengan instrumentos para cumplir sus responsabilidades y, por la otra, que los gobernados tengan garantizados sus derechos y cuenten con posibilidad de defenderse de cualquier abuso de las autoridades.

Se restablece el concepto de "cuerpo del delito" e incorporarlo a las reformas de 1993, permitiría el equilibrio adecuado de los intereses de la sociedad de que se procure justicia, las facultades de las autoridades, los derechos de los indiciados y de las víctimas.

El "cuerpo del delito" no es un concepto nuevo en nuestro derecho. Ha sido ampliamente estudiado y, si bien se le ha interpretado de diferentes maneras antes de las reformas de 1993 la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció jurisprudencia conforme a la cual por "cuerpo del delito" se entendía el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad de la figura delictiva descrita concretamente por la ley penal.

Este es el concepto que hay que rescatar e incorporarlo al régimen aprobado en 1993. Así habrá señalarse en la legislación secundaria el concepto citado.

De esta manera, será en el proceso penal donde se encuentre la amplitud probatoria, por lo que es necesario modificar los requisitos impuestos al ministerio público para la obtención de la orden de aprehensión y la expedición del auto de formal prisión. Debe dejarse para el proceso penal y la sentencia definitiva la acreditación plena del hecho delictivo y la responsabilidad del acusado.

Además de estas consideraciones, estas comisiones unidas han juzgado pertinente hacer algunas precisiones al texto propuesto por la iniciativa.

Primero, que se considera insuficiente acreditar la mera "probabilidad" de los elementos del tipo para justificar un acto de molestia en contra de la libertad de las personas. Esto daría lugar a excesos y llenaría las prisiones sólo por sospechas o suposiciones de los agentes del ministerio público.

Como se ha razonado, resulta mas apropiado adoptar el "cuerpo del delito", en lugar de referir los elementos objetivos del tipo penal, así se propone en el texto constitucional la adopción de esta referencia.

Bajo el nuevo régimen propuesto, para librar una orden de aprehensión se requerirá y así debe decirlo la legislación secundaria, que existan datos que acrediten el cuerpo del delito, entendiéndose este como el conjunto de elementos objetivos o externos que constituyen en la materialidad del hecho previsto como delito por la ley, así como la probable responsabilidad del indiciado, es decir, que de los medios probatorios existentes se deduzca fundamentalmente la participación del indiciado en el hecho delictuoso.

Como se trata de las fases iniciales del proceso penal, se ha considerado conveniente que el grado de convicción del juzgador, en esta etapa, no tiene que ser pleno, por lo que bastara para que se libere una orden de aprehensión, el apoyo de datos que hagan probable la responsabilidad.

Por lo tanto, la relación que se propone para la reforma del artículo 16 constitucional es la siguiente:

Artículo 16.

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

CONCLUSIONES.

El Derecho, de manera general, como conjunto de normas jurídicas creadas para regular la conducta del hombre en sociedad y hacer posible la convivencia, debe ser dinámico, flexible, modificado de acuerdo al tiempo y circunstancias en que viven, pero esas modificaciones no deben incluir en un menoscabo en las garantías individuales de los gobernados aumentando el poder del estado en perjuicio de aquéllos.

Las reformas al artículo 16 constitucional le otorga un excesivo poder al Ministerio Público, pudiendo así actuar impunemente dentro de un marco de legalidad especialmente creado para él.

También se le ha otorgado un excesivo poder a la Comisión de Derechos Humanos, tanto a nivel nacional como en el Distrito Federal, puesto que interviene en todo momento en el procedimiento penal, es decir, desde la integración de la averiguación previa, y si no es por una mala integración de la averiguación previa o de un mal procedimiento penal, es por una queja que le da intervención a la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal para que un sujeto que realmente debe estar recluido se le deja en libertad por cualquiera de las situaciones anteriores. También hay que dejar en claro que la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal también ha tenido un sin número de intervenciones a favor de la sociedad, mismas que ha hecho conforme a derecho.

Por lo tanto, las reformas al artículo 16 constitucional, en conclusión:

- 1.-Se ocupa de decirnos cuando puede privarse de la libertad a una persona, lo cual representa el meollo del proceso penal. Quizás es el artículo 16 donde más fuerte se ve reflejado el problema de la libertad. No estando en juego la vida del hombre, la libertad es lo más importante para este último.
- 2.-No actualiza la exigencia de que la autoridad judicial que libre la orden de aprehensión, deba ser competente. Aún cuando podría estimarse de sentido común que ésta deba ser competente, la ley no debe dejar lugar a que se refugie alguna injusticia, menos aún tratándose de la libertad del hombre.
- 3.-Por otra parte, para el libramiento de una orden de aprehensión, que consiste en el mandamiento fundado y por escrito emanado de autoridad judicial competente, con el objeto de privar de libertad a quien se estime presunto responsable de un delito sancionado con pena privativa de libertad a petición del Ministerio Público y en ejercicio de la acción penal, el precepto legal no requiere la previa comprobación del cuerpo del delito.
- 4.-Así pues, dado un tipo cuyo cumplimiento se conmina con prisión; un hecho que aparentemente cumple ese tipo y una responsabilidad también aparente, es procedente el libramiento de la orden de aprehensión en contra del sospechoso. ¿Responsabilidad probable de un hecho probable también? ¿Probabilidad de otra probabilidad en materia tan grave como la libertad?. Debe protegerse la libertad del individuo antes de ser atropellada, no después, no cuando se sufran los rigores de la privación de la misma. El cuerpo del delito, debe quedar comprobado antes de procederse al libramiento de la orden de aprehensión.

5.-Señala la ley, que la denuncia o querrela (que deben preceder al libramiento de una orden de aprehensión), estén apoyadas por un hecho que la ley señale como delito (o por "otros datos") que hagan probable la responsabilidad del indiciado....." El empleo de estos dos términos se presta a abusos constantes, ya que se trata de apreciaciones subjetivas dependientes de la valoración que al efecto realice el Ministerio Público.

6.-El principio de que sólo la autoridad judicial podrá decretar la detención o aprehensión de una persona, sufre dos importantes excepciones: la primera de ellas concierne al caso de delito flagrante y, la segunda, a los casos urgentes, según el propio precepto legal.

7.-Flagrante, implica que el delito se puede percibir por los sentidos, principalmente el de la vista. Un delito no siempre se puede ver y hay situaciones que podemos ver como delitos y no lo son y viceversa. Por lo tanto, precisar un concepto de delito flagrante, resulta sumamente difícil.

8.-La ley es omisa al señalar el lapso que debe cubrir el término "sin dilación alguna", en forma tal, que bien podría configurarse una privación ilegal de la libertad. Tampoco señala el artículo cual es la "autoridad inmediata" a que se refiere; debiendo ser, en todo caso, el Ministerio Público.

9.-Dejar la calificación de urgencia a la propia autoridad ejecutora, puede dar lugar a frecuentes abusos.

10.-Si es una disminución real y efectiva a las garantías individuales del gobernado.

11.-Si bien es cierto que después de cuatro meses, la ley ya especifica que se debe entender por los delitos para considerarse en casos urgentes, también lo es que no se aclara lo que debe entenderse por razón de la hora, lugar o circunstancia.

12.-Al no quedar regulado lo que se debe entender legalmente por hora, lugar o circunstancia, estas se determinarán por el único juicio subjetivo a veces arbitrario del Ministerio Público.

13.-El término "inmediatamente" anula la etapa de averiguación previa. pues, en primer lugar el Ministerio Público, en caso urgente, esta obligado a entregar al detenido con el Juez; el Ministerio Público, en consecuencia, esta obligado a ejercer acción penal contra el detenido, pues no tiene otra forma de ponerlo a disposición del Juez. En tercer lugar, para consignarlo, el Ministerio Público debe tener pruebas de la existencia del delito (cuerpo del delito) y de la presunta responsabilidad.

Entre la detención y la consignación no hay tiempo alguno, pues la ley ordena que inmediatamente lo ponga a disposición del Juez.

14.-Ante esta situación, el Ministerio Público tiene dos opciones:

a) Cumplir con la Constitución y consignarlo inmediatamente. En este caso, al no existir un plazo para agotar la averiguación previa, no existirán pruebas y, por lo defectuoso de la consignación, lo mas probable es que proceda la libertad, pudiendo provocarse una impunidad.

b) No cumplir con la Constitución y agotar la averiguación previa, satisfaciendo así los derechos sociales, violando los derechos individuales.

15.-Los resultados de las reformas comienzan a verse, cuando ya algunos jueces no ratifican la detención ordenada por el Ministerio Público y al no concurrir los requisitos legales los jueces dictan un auto de libertad con las reservas de ley.

16.-El Ministerio Público deberá responder fehacientemente por sus actos, al ordenar una detención y no sea ratificado por el Juez, incurriendo el Ministerio Público en responsabilidad penal y administrativa.

17.-El Ministerio Público tiene por función llevar a cabo la averiguación previa, tendiente a comprobar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del indiciado para poder ejercer la acción penal, NO ANTES.

18.-No pretendo que se pueda detener a nadie, sino que para satisfacer los intereses sociales y los derechos del detenido, debemos atender a lo siguiente:

a) No ser privado de la libertad, sino sólo en los casos que establezca la ley;

b) Durante la privación de la libertad, el detenido debe gozar de garantías y debe protegerse.

19.-El Estado, en los casos de detenciones erróneas deberá indemnizar al sujeto que haya sufrido en su esfera jurídica de garantías, no se debe eludir más esta responsabilidad.

20.-Es necesario que los abogados postulantes o no luchen para que se haga efectiva la indemnización ya señalada, si bien es cierto que existe el Pacto de San José de Costa Rica, del cual México es parte y según el artículo 133 Constitucional también como tratado internacional es ley suprema de nuestro país en su artículo 10 señala. "Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforma a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial". También es cierto que no existen los mecanismos adecuados para haber efectivo dicho artículo del Pacto de San José de Costa Rica, correspondiendo a todos los abogados luchar por la creación de mecanismos para obligar al Estado a indemnizar en caso de detenciones erróneas.

BIBLIOGRAFIA

- 1.-BURGOA ORIHUELA, Ignacio. "Las Garantías Individuales". Editorial Porrúa 8ª Edición. México. 1973.
- 2.-BURGOA ORIHUELA, Ignacio. "El Juicio de Amparo". Editorial Porrúa 11ª Edición México. 1977.
- 3.-CASASOLA, Gustavo. "México a través de los siglos" Editorial Casasola Tomo IV 6ª Edición. México 1971.
- 4.-CASTILLO LARRAÑAGA, José y DE PINA VARA RAFAEL. "Instituciones de Derecho Procesal Civil". Editorial Porrúa. México. 1974.
- 5.-COLIN SANCHEZ, Guillermo. "Derecho Mexicano de Procedimientos Penales". Editorial Porrúa S.A. México. 1992.
- 6.-FRANCO SODI, Carlos. "El Procedimiento Penal Mexicano". Editorial Porrúa Hnos. y Compañía México 1939.
- 7.-FRANCO VILLA, José "El Ministerio Público Federal" Editorial Porrúa S.A México. 1985.
- 8.-GARCIA GONZALEZ, Vicente. "El Hombre y el Derecho". Editorial Trillas. México 1961.
- 9.-GARCIA MAYNES, Eduardo. "Derecho materia en la época de Sócrates" Editorial Universidad Veracruzana de Jalapa. México. 1961.
- 10.-GARCIA MAYNES, EDUARDO. "Introducción al Estudio del Derecho". Editorial Porrúa México. 1968.
- 11.-GARCIA RAMIREZ Sergio. "Derecho Procesal Penal". Editorial Porrúa S.A. México 1989.

- 12.-GARCIA RAMIREZ, Sergio. "Justicia Penal". Editorial Porrúa S.A. México. 1982.
- 13.-GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José. "Derecho Procesal Penal Mexicano". Editorial Porrúa S.A. México. 1991.
- 14.-HANS-KELSEN , GARCIA MAYNES, Eduardo. "Traducción-Teoría General del Derecho y del Estado". Editorial UNAM. México. 1960.
- 15.-LANZ DURET, Miguel. "Derecho Constitucional" Editorial Cecs. México 1959.
- 16.-LOPEZ ROSADO, Felipe. "El Hombre y el Derecho". Editorial Limusa. México. 1960.
- 17.-MARGADANT S. Guillermo. "Derecho Romano". Editorial Esfinge S.A. México.
- 18.-MIRANDA BASURTO, Angel. "Evolución de México". Editorial Esdinge México. 1974. 3° Edición.
- 19.-MONTIEL Y DUARTE, Isidro. "Estudio sobre Garantías Individuales". Editorial Porrúa. México. 1959.
- 20.-PALLARES, Eduardo. "Diccionario de Derecho Procesal Civil". Editorial Porrúa S.A. México. 1965.
- 21.-PLANIOL, Marcel. "Tratado Elemental de Derecho Civil", Traducción cajica, José María. Editorial Cajica. Vol. III. México.
- 22.-PETIT, Eugene. "Tratado Elemental de Derecho Romano". Editorial EPOCA S.A. 9° Edición. México 1977.
- 23.-RABASA, Emilio. "El artículo 14 y el juicio constitucional". Editorial Porrúa. México. 1973.

24.-ROJINA VILLEGAS, Rafael. "Compendio de Derecho Civil". Editorial Porrúa. México. 1972. Tomo I.

25.-SOLIES LUNA, Benito. "El hombre y el Derecho". Editorial Limusa. México. 1964.

26.-TENA RAMIREZ, Felipe. "Leyes Fundamentales de México". Editorial Porrúa. México. 1975.

27.-ZARCO, Francisco. "Historia del Congreso Constituyente". Editorial Colegio de México. 1952.

OTRAS FUENTES

- 1.-EL CONGRESO DE ANAHUAC. CAMARA DE SENADORES DEL CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.
- 2.-CURSO DE TEORIA GENERAL DEL DERECHO DEL MAESTRO CASO, ALFONSO.
- 3.-CURSO DE TEORIA GENERAL DEL ESTADO IMPARTIDO POR LOPEZ PORTILLO JOSE.
- 4.-INICIATIVA DEL PROYECTO DE DECRETO DE LOS ARTICULOS 16, 19 Y 119 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE LA CAMARA DE SENADORES DE 1993.
- 5.-DIARIO DE LOS DEBATES DE LA CAMARA DE SENADORES DEL CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1993.
- 6.-INICIATIVA DEL PROYECTO DE DECRETO QUE REFORMA LOS ARTICULOS 16, 21, 22 Y 73 FRACCION XXI DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE LA CAMARA DE SENADORES DE 1996.
- 7.-DIARIO DE LOS DEBATES DE LA CMARA DE SENADORES DEL CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1996.
- 8.-INICIATIVA DEL PROYECTO DE DECRETO QUE REFORMA LOS ARTICULOS 16, 19, 20, 22 Y 123 DE LA CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE LA CAMARA DE SENADORES DE 1998.
- 9.-DIARIO DE LOS DEBATES DE LA CAMARA DE SENADORES DEL CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DE 1998.

10.-"GACETA". PUBLICACION MENSUAL DE LA COMISION DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO FEDERAL NO. 12 diciembre 1997.

11.-OB CIT. No. 7 JUNIO 1998.

12.-OB CIT No. 9 SEPTIEMBRE 1998.

LEGISLACION.

-CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

-CODIGO PENAL ANOTADO.
RAUL CARANCA Y TRUJILLO. RAUL CARRANCA Y RIVAS.

-PENAL PRACTICA.
EDITORIAL EDICIONES ANDRADE, S.A. DE C.V. MEXICO. 1998.

-LEY ORGANICA DE LA COMISION DE DERECHOS HUMANOS DEL
DISTRITO FEDERAL.

-REGLAMENTO DE LA COMISION DE DERECHOS HUMANOS DEL DISTRITO
FEDERAL.

-CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL.