

879309



**UNIVERSIDAD LASALLISTA
BENAVENTE**



FACULTAD DE DERECHO

CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA UNIVERSIDAD
NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
CLAVE: 879309

**“LA VIOLACIÓN A LA LIBERTAD DE TRANSITO DEL
INCULPADO, POR PETICIÓN DE ASEGURAMIENTO
DECRETADO POR EL JUZGADOR, CUANDO EL DELITO
MEREZCA SANCIÓN PECUNIARIA O ALTERNATIVA.”**

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE:
LICENCIADO EN DERECHO

PRESENTA:
IVAN AGUILAR OJEDA

ASESOR:
LIC. JOSE MANUEL GALLEGOS GONZALEZ.

CELAYA, GTO., MARZO DEL 2004



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.

ESTA TESIS NO SALE
DE LA BIBLIOTECA

Autorizo a la Dirección General de Bibliotecas de la UNAM a difundir en formato electrónico e impreso el contenido de mi trabajo recepcional.

NOMBRE: Ivan Aguilar

ojsda

FECHA: 22 abril / 04

FIRMA: P.A. B...

DEDICATORIAS

DEDICATORIAS.

Quiero dedicar este trabajo en primer lugar a mis papás: Roberto y Guadalupe, abogados, por quienes conocí o tuve mis primeros encuentros con la materia del derecho; pero siendo la principal razón para estas líneas todo lo que me han enseñado, todo el cariño que siempre he tenido de ellos y para quienes tengo los mejores sentimientos, los amo papás.

A mis hermanas:

Iaitzi, Tania y Jazmín, a quienes quiero tanto, para quienes les deseo lo mejor a: Iaitzi como licenciada en derecho que tan exitosamente está llevando a cabo, Tania desenvolviéndose dentro de la educación física a punto de salir ya al campo de la práctica, te deseo lo mejor Tania Guadalupe, a Jazmín que no quiere decir que seas la última, quiere decir que aún no estas cursando una carrera pero que se bien que eligieras tan bien como tus papás y tus hermanos hemos hecho.

A mi novia, Paola Guadalupe "Ppity" Rodríguez Salazar, te quiero mucho, significas tanto para mí, te he aprendido a querer muchos días soleados.

A mis familiares:

Que amo por lo que fueron, por lo que enseñaron a mis papás y en algunos casos de manera directa a mi: José Ojeda "papá grande", María

Macías "mamá grande", José Aguilar (abuelito "Pepe") y se que están muy bien cuidándonos.

A toda mi gran familia, compuesta por gente, hombres, mujeres, niños y niñas entrañables, de manera máxima a mi abuelita "Chole" Soledad Carbajal, a mi tía Marie, Güera y todos mis tíos.

A mi padrino Sergio Pallares y a mi madrina María Ojeda Macías.

A todos y cada uno de mis profesores de la carrera, cada una de sus clases fueron muy importantes en mi carrera del estudio del derecho, a mis amigos, a mi Universidad, de donde salí y tengo mucho que agradecer.

A mis amigos, primos, Tinguis, Armando, Jorge Villanueva, José Loreto, Ricardo Ojeda, Nacho Ojeda, Quique Ojeda, Roberto Aguilar, Javier Aguilar, Trini Aguilar, Laura Garza, Ixchel y Yutsil Aguilar Rangel, Lalo García, Martha Elena García, Abraham González, José Luis Guevara, Joselo Ojeda Ortiz, José Lara, Oscar Martín del Campo, María y Gabriela Vázquez, Sergio Rivera y Sergio Uribe.

A la vida, a la libertad y a la revolución.

IVÁN AGUILAR OJEDA.

HASTA LA VICTORIA SIEMPRE.

INDICE

INDICE

| | |
|---------------------|-------------|
| INTRODUCCION | PAG. |
|---------------------|-------------|

CAPITULO PRIMERO REGIMEN CONSTITUCIONAL MEXICANO

| | |
|---|-----------|
| 1.- LA CONSTITUCIÓN. | 1 |
| 1.1.- COMO SE INTEGRA LA CONSTITUCIÓN. | 14 |
| 1.2.- DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES. | 16 |

CAPITULO SEGUNDO EL PROCEDIMIENTO PENAL

| | |
|--|-----------|
| 2.1.- EL MINISTERIO PÚBLICO. | 21 |
| 2.1.1.- SU ACTUACIÓN EN EL PROCESO PENAL. | 27 |
| 2.1.2.- FACULTADES Y ATRIBUCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO. | 40 |
| 2.2.- EL JUEZ PENAL. | 58 |

CAPITULO TERCERO DE LAS SANCIONES

| | |
|---|-----------|
| 3.1.- LAS SANCIONES | 62 |
| 3.1.2. LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD | 70 |

CAPITULO CUARTO DE LAS GARANTIAS DE SEGURIDAD Y LEGALIDAD

| | |
|---|-----------|
| 4.1.- ARTICULO 14 DE NUESTRA CARTA MAGNA | 84 |
| 4.2.- ARTICULO 16 DE NUESTRA CARTA MAGNA | 89 |

CAPITULO QUINTO LA LIBERTAD DE TRANSITO Y SEGURIDAD JURIDICA

| | |
|--|------------|
| 5.1.- LIBERTAD DE TRANSITO | 101 |
| 5.2.- OBSERVANCIA DE LA GARANTIA CONSTITUCIONAL DE TRANSITO | 103 |
| CONCLUSIONES | |

BIBLIOGRAFIA

INTRODUCCION

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo de tesis, fue realizado para cumplimentar el ultimo requisito, para obtener el titulo de Licenciado en Derecho.

Con el objeto de aportar ideas, que de ser posible se llevaran al campo del proceso penal, es un trabajo de tesis, que trata de clarificar el arraigo del inculpado, arraigo que no está bien determinado en el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato.

CAPITULO PRIMERO

CAPITULO PRIMERO

REGIMEN CONSTITUCIONAL MEXICANO

1.- LA CONSTITUCIÓN.

Tal parece que los esfuerzos de la doctrina para desentrañar el significado de Constitución nos alejan del objetivo. Cuando se ha logrado un criterio jurídico se debilitan sus posibilidades comprensivas al mantenerlo desconcentrado de la realidad y al no explicar la validez jurídica de la Constitución. En otros casos, como en Lassalle y Schmitt, se desdeña el examen jurídico del fenómeno para restringirlo a los ámbitos de la sociología o de la ciencia política. El resto de la doctrina ha incrementado los ya excesivos tipos, clases y sentidos de Constitución.

“Para Kelsen toda explicación jurídica debe comprender las normas jurídicas; debemos circunscribirnos en el ámbito del “deber ser”. Sin embargo, consideramos que el estudio del derecho no se reduce a la determinación de las características de las normas, de los órdenes normativos, de la validez y de la positividad, ni de la dinámica de la norma básica y las normas derivadas. Toda norma jurídica tiene un contenido político o ideológico que debe ser estudiado por el derecho como contenido normativo, como la expresión específica que la sociedad hace a través de su orden jurídico”.¹

Considerando un concepto de Constitución que respete las reglas de la ciencia jurídica pero que no conozca el contenido ideológico y político de las normas, porque solamente al tomarlo en cuenta podemos entender la relación existente entre la “normatividad” y la “realidad”. No pretendamos estudiar el mejor

¹ Sánchez Bringas Enrique, Derecho Constitucional, Editorial Porrúa, Tercera Edición, México 1995, Pág. 131.

sistema democrático ni el auténtico concepto de justicia, o algo semejante. Lo que sí es imperativo de la ciencia normativa, es referir las posibilidades del contenido de las normas constitucionales porque de ese contenido depende, en gran medida, la eficacia normativa del sistema. A partir de las premisas establecidas proponemos la siguiente definición:

La Constitución es la norma constituyente, reguladora de la validez del sistema jurídico, y determinante de las bases organizativas del Estado y los fenómenos políticos fundamentales de la sociedad.

LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA JURÍDICA.

Entendemos la norma jurídica como la hipótesis de la conducta humana y de todo hecho o circunstancia relacionada con aquella. Esa hipótesis es un mandato, o sea, la expresión jurídica del poder político que siempre restringe las posibilidades de la conducta del hombre al establecer prescripciones, declaraciones o manifestaciones relativas a su comportamiento. La norma jurídica tiene como característica fundamental la coercitividad; si la voluntad denominada por la norma – a la que se refiere la hipótesis de la conducta – no se comporta en los términos del mandato, podrá ser sancionada, por ejemplo: la expresión contenida en el artículo 40 Constitucional:

“...Es la voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República democrática, representativa y federal...”.

Es norma jurídica porque contempla diversas hipótesis relacionadas con las conductas humanas: la que se refiere a la voluntad del pueblo, al deseo de organizarse jurídica y políticamente como una república; la que atiende al mismo deseo del pueblo de que esa república sea federal y no centralista; y aquella que implica la democracia representativa como forma de

gobierno. Pero no sólo son las hipótesis de conducta las que caracterizan a la norma jurídica, también su naturaleza de mandato. Esto es, el mecanismo de la voluntad que obliga a todas las demás voluntades a respetar la forma de gobierno; de ahí el carácter imperativo de la disposición. Si alguien atentara contra esa norma, se le aplicarían las sanciones establecidas en el Código Penal Federal.

LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA CONSTITUYENTE.

Todas las normas jurídicas presentan las características explicadas en el párrafo que antecede, pero este hecho no significa que todas sean absolutamente iguales. Son idénticas en su naturaleza, esto es, como mandatos pero existen diferencias en cuanto a su finalidad. En la dinámica normativa observamos que los sistemas jurídicos se integran con normas de diferentes rangos y distintos contenidos. Sin embargo, por la finalidad existencial de cada una es viable distinguir dos categorías: la norma constituyente y las normas constituidas.

LA NORMA CONSTITUYENTE.

Es la que inicia el deber ser, es la primera norma y, por lo mismo, no es precedida por otra. En este atributo reside su calidad constituyente porque una vez establecida se inicia y desarrolla el orden normativo, porque crea los órganos de producción normativa y delimita sus competencias. La finalidad de la norma constituyente es su positivización porque no existe para positivizar a ninguna otra.

“Por ello, se afirma – a diferencia del supuesto de validez kelseniano – que la norma constituyente tiene validez jurídica sólo en la medida en que alcanza positividad; su validez depende de la circunstancia de que se

positivice. La consecuencia de este principio es obvia: en el instante en que se expide una norma constituyente no tiene validez jurídica porque carece de positivización. Después, cuando se establecen y funcionan los órganos que crea y se producen las leyes, los reglamentos, los decretos, las sentencias y los laudos, la Constitución adquiere validez jurídica y será más válida en la medida en que se positivice con mayor intensidad. Al no descubrir este principio, Kelsen hizo irresoluble el problema de la validez normativa y, por ello, prefirió suponerla".²

LAS NORMAS CONSTITUIDAS.

Se integran con el resto de los mandatos que forman el sistema jurídico; es norma constituida toda la que no sea constituyente: las leyes, los decretos, los reglamentos, las sentencias y los laudos. Se llaman constituidas porque su creación se debe a la norma constituyente. Su finalidad no es positivarse como sucede con la primera norma; existen para positivizar a ésta, o sea, a la constituyente.

LA CONSTITUCIÓN COMO REGULADORA DE LA VALIDEZ DEL ORDEN NORMATIVO.

Afirmamos que la validez de una norma constituida depende de que sea positivización de la norma superior. La validez de todas las normas constituidas se logran si en conjunto positivizan a la norma constituyente con lo cual ésta alcanza su propia validez jurídica. Así, una Constitución carece de validez cuando no es positivizada por las normas constituidas. Por ejemplo, una sentencia condenatoria dictada en un juicio civil donde se demandó la reivindicación de un bien inmueble en el Estado de Sonora, es una norma jurídica que se ha individualizado al decidir la suerte de dos personas específicas

² Ib. Ídem. Pág. 133.

respecto de un bien inmueble. Como parte del orden normativo, la sentencia existe para positivizar el mandato del Código Civil del Estado de Sonora que preserva los derechos de los propietarios de inmuebles. A su vez, la disposición de ese Código existe para positivizar las reglas de la propiedad privada contempladas por la Constitución del Estado de Sonora y ésta establece tales reglas para positivizar el principio de la propiedad privada contemplado en el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Este ordenamiento, según hemos visto, ya no positiviza a ninguna norma porque es la norma que existe para ser positivizada. Dispongo de un ejemplo muy cercano de Constitución sin validez jurídica: el Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, comúnmente conocido como Constitución de Apatzingán, de 1814, fue expedido por un grupo de patriotas pero no se positivizó porque sus contenidos normativos nunca fueron desarrollados por normas constituidas, o sea, existió la Constitución pero al no desarrollar el orden normativo jamás adquirió validez jurídica.

LA CONSTITUCIÓN COMO DETERMINANTE DE LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO Y DE LOS FENÓMENOS POLÍTICOS FUNDAMENTALES DE LA SOCIEDAD.

De lo expuesto en el capítulo uno de esta obra, debemos tener presentes las siguientes consideraciones:

En cada sociedad el contenido normativo es determinado por los valores sociales y políticos predominantes que son síntesis de la dinámica en que los grupos más vigorosos hacen prevalecer sus intereses e ideologías. A este fenómeno se debe que una sociedad donde resaltan los valores religiosos impulsados por los grupos sociales más vigorosos, políticamente presente una organización teocrática, y el contenido del sistema jurídico, necesariamente, atenderá a esa ideología liberal – individualista, entonces, la estructura política,

jurídica responderá a esas características, y si optan por un sistema en que no se permita la aprobación privada de los medios de producción, la respuesta de la política y del derecho será un estado y un sistema jurídico marxistas.

El examen de los órdenes normativos permite observar que es variable el contenido ideológico de las normas que integran cada uno. En el caso de la constituyente resulta más acentuado el contenido ya que una de las características de esa clase de normas es que establece los principios políticos de la sociedad en que se produce. Las normas constituidas, al cumplir su función de positivizar a la constituyente, participan en menor medida del contenido político de aquélla.

La relación entre la normatividad y la realidad permite explicar las causas de la eficacia o ineficacia de un sistema jurídico. Es eficaz cuando la norma constituyente se positiviza, y este fenómeno se produce cuando las normas constituidas la positivizan, relación que se explica en el ámbito jurídico pero siempre será necesario tomar en cuenta los factores culturales de la población, sobre todo los valores sociales pre-factores culturales de la población, sobre todo los valores sociales predominantes y los nexos que guardan con el contenido normativo del sistema. En los estados donde los valores sociales y políticos predominantes responden a lo que quiere el mayor número de individuos y de grupos, el orden normativo dispondrá de mayor eficacia; por el contrario, cuando esos valores son del querer de un reducido número de personas o de grupos, no habrá eficacia o existirá en menor grado, porque la población no tendrá interés en que se aplique un contenido ideológico con el que no se identifica. No perdamos de vista que, a fin de cuentas, quien produce la norma constituyente y las constituidas, quien logra validez, y quien participa en el proceso de positivización, es la población; seres humanos concretos que formulan juicios de valor sobre las ideas políticas y sobre el contenido de sus normas jurídicas.

LA CONSTITUCIÓN EN LOS SISTEMAS JURÍDICOS.

Al desarrollar el tema del constitucionalismo universal, en el capítulo tres, percibimos que los órdenes normativos actuales pueden corresponder a uno de los dos sistemas jurídicos predominantes: El consuetudinario en el que es determinante la costumbre normativa y el legislado o escrito, en donde prevalece la norma general creada por un órgano específico. Examinaremos las principales características de estos dos tipos de sistemas y, específicamente, las que ofrecen sus constituciones.

“El concepto de “Constitución” presenta diversas acepciones que han sido señaladas por la doctrina. Esta diversidad obedece a diferentes puntos de vista desde los cuales se ha tratado de definirlo. Se habla, en efecto, de “Constitución Social” y de “Constitución Política”, como lo hacen Hauoriou y Trueba Urbina, así como de constitución en sentido absoluto, relativo, positivo e ideal según Carl Schmitt, para no citar a otros tratadistas que, como Héller y Friedrich, aducen otros tipos de Constitución” .³

“Para Jellinek, la constitución abarca los principios jurídicos que designan a los órganos supremos del Estado, los modos de su creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción, y por último, la situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado, idea que, más que expresar un tipo de constitución, describe el contenido político de la misma, procediendo de igual manera el tratadista mexicano Felipe Tena Ramírez”.⁴

“Según Mario de la Cueva, “la Constitución vivida o creada es la fuente formal del derecho, y en verdad la única que posee el carácter de fuente primaria colocada por encima del Estado, porque contiene la esencia del orden

³ Burgoa Ignacio, Derecho Constitucional Mexicano, Editorial Porrúa, Séptima Edición, México 1999, Pág. 316

⁴ Ib. Ídem., Pág. 317.

político y jurídico, por lo tanto, la fuente de la que van a emanar todas las normas de la conducta de los hombres y las que determinan la estructura y actividad”.⁵

Prescindiendo de la múltiple tipología y de la variadísima clasificación de las constituciones a que conduce intrincadamente la doctrina, nos atrevemos a sostener que las numerosas y disímiles ideas que se han expuesto sobre dicho concepto pueden subsumirse en dos tipos genéricos, que son: la constitución real, ontológica, social y deontológico, por una parte, y la jurídico-positiva, por la otra.

El primer tipo se implica en el ser y modo de ser de un pueblo, en su existencia social dentro del devenir histórico, la cual, a su vez, presenta diversos aspectos reales, tales como el económico, el político y el cultural primordialmente (elemento ontológico); así como el desideratum o tendencia para mantener, mejorar o cambiar dichos aspectos (elemento deontológico o “querer ser”). Este tipo de constitución se da en la vida misma de un pueblo como condición sine qua non de su identidad (constitución real), así como en su propia finalidad (constitución teleológica), con abstracción de toda estructura jurídica.

“El término y el concepto de constitución real fueron empleados en el siglo pasado por Fernando Lasalle para designar a la estructura ontológica misma de un pueblo, es decir, su ser y su modo de ser. Una constitución real y efectiva la tienen y la han tenido siempre todos los países, afirmaba, agregando que del mismo modo y por la misma ley de necesidad que todo cuerpo tiene una constitución, su propia constitución, buena o mala, estructurada de un modo o de otro, todo país tiene, necesariamente, una constitución real y efectiva, pues no se

⁵ Ib. Ídem. Pág. 318.

concibe país alguno en que no imperen determinados factores reales de poder, cualesquiera que ellos sean” .⁶

Por lo que concierne a lo que hemos llamado constitución teleológica, ésta no tiene una dimensión óptica como ser de un pueblo, sino que denota el conjunto de aspiraciones o fines que a éste se adscriben en sus diferentes aspectos vitales, implicando su querer ser. Desde este punto de vista, la constitución teleológica responde a lo que el pueblo quiere y debe ser o a lo que se quiere que el pueblo sea o deba ser. Este querer y deber ser no entrañan meras construcciones especulativas o concepciones ideológicas, sino tendencias que desarrollan factores reales de poder, como denomina Lasalle al conjunto de fuerzas de diferente especie que necesariamente actúan en el seno de toda sociedad. De ello se concluye que la constitución teleológica no consiste sino en los objetivos de la constitución real, demarcados, sustantivados y condicionados por dichos factores.

En la constitución real según se habrá observado, se encuentra la vasta problemática de un pueblo como resultante de una múltiple gama de circunstancias y elementos que también, obviamente, se localizan en ella. Por su parte, en la constitución teleológica se comprenden las soluciones que a dicha problemática pretenden dar los factores reales de poder desde distintos puntos de vista, tales como el político, el cultural y el socioeconómico principalmente. Ambas especies de constitución, existen en la dimensión ontológica y teleológica del pueblo mismo como unidad real independientemente de su organización jurídica o incluso sin esta organización. En otras palabras, dichas constituciones no son jurídicas, aunque sean o deban ser el contenido de las jurídicas, a las cuales nos referiremos en seguida.

⁶ Ib. Ídem. Pág. 319.

La constitución jurídico-positiva se traduce en un conjunto de normas de derecho básicas y supremas cuyo contenido puede o no reflejar la constitución real o al teleológica. Es dicha constitución, en su primariedad histórica, la que da origen al Estado, según lo hemos afirmado con antelación. En la primera hipótesis que se acaba de señalar, la vinculación entre la constitución real y la teleológica, por un lado, y la constitución jurídico-positiva, por el otro, es indudable, en cuanto que ésta no es la forma normativa de la materia normada, que es aquélla. En la segunda hipótesis no hay adecuación entre ambas, en el sentido de que la constitución real y teleológica no se convierte en el substratum de la constitución jurídico-positiva, o sea, que una y otra se oponen y difieren, circunstancia que históricamente ha provocado la ruptura del orden social, político y económico establecido normativamente. De esto se infiere que la vinculación de que hemos hablado entraña la legitimidad o autenticidad de una constitución jurídico-positiva y la inadecuación que también mencionamos, su ilegitimidad o su carácter obsoleto, ya que o se impone a la constitución real o no responde a la constitución teleológica de un pueblo.

“Es evidente que el estudio de estos dos tipos de constitución corresponde a diversas disciplinas culturales, tales como la filosofía, la política, la economía, la sociología, la historia, etc., distintas, aunque no apartadas de la investigación jurídica. Por ello, las consideraciones que en el presente párrafo formulare, a la constitución jurídico-positiva, pues como dice García Pelayo, si bien el Derecho Constitucional no puede prescindir del aspecto total de la Constitución, ha de hacerlo sub specie juris, es decir, que los aspectos extrajurídicos le interesan en la medida en que, en virtud de esas condiciones necesarias que hacen de la Constitución una totalidad sean interesantes para el aspecto jurídico de la misma”.⁷

⁷ García Pelayo, Derecho Constitucional Comparado, Edición 1957, Madrid, Pág. 102.

Conforme a la lógica jurídica, toda constitución positiva debe ser el elemento normativo en que trascienden las potestades de autodeterminación y autolimitación de la soberanía popular, mismas que traducen el poder constituyente. En efecto, la autodeterminación del pueblo se manifiesta en la existencia de un orden jurídico, que por sí solo excluye la idea de arbitrariedad. El Derecho, pues en relación con el concepto de poder soberano, se ostenta como el medio de realización normativa de la capacidad autodeterminativa.

Pues bien es la Constitución la que directa y primordialmente objetiva y actualiza las facultades de autodeterminación y autolimitación de la soberanía popular, por lo que recibe también el nombre de Ley Fundamental, en vista de que finca las bases de calificación, organización y funcionamiento del gobierno del Estado o del pueblo (autodeterminación) y establece las normas que encauzan el poder soberano (autolimitación), consignando en primer término, derechos públicos subjetivos que el gobernado puede oponer al poder público estatal, y en segundo lugar, competencias expresas y determinadas, como condición sine qua non de la actuación de los órganos de gobierno.

En efecto refiriéndonos a nuestra Constitución, a ésta, en su Art. 124, establece el principio de facultades expresas o limitadas para las autoridades federales y, no obstante que dispone que las facultades o atribuciones que no dadas expresamente a la Federación se entienden reservadas a los Estados, también para la actuación pública de éstos consignan un principio de delimitación de competencias para sus órganos correspondientes en el Art. 43, cuya parte conducente dice: "El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, y en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados...", mandamiento que encierra un evidente principio de régimen de legalidad por lo que toca a las competencias federal y local.

El orden constitucional, es decir, aquel que se establece por las normas fundamentales del Estado, puede manifestarse, desde el punto de vista formal, en dos tipos de constituciones: las escritas y las consuetudinarias, cuyos caracteres no se presentan con absoluta independencia y aislamiento en los regímenes en los cuales respectivamente existen, pues en éstos suelen combinarse las notas características de ambos sistemas constitucionales, siendo la preeminencia de unas u otras lo que engendra la calificación constitucional de un determinado régimen de derecho.

Las constituciones escritas, generalmente adoptadas según los modelos americano y principalmente francés, son aquellas cuyas disposiciones se encuentran plasmadas en un texto normativo más o menos unitario, en forma de articulado, en el cual las materias que componen la regulación constitucional están normadas con cierta precisión. El carácter escrito de una Constitución es una garantía para la soberanía popular y para la actuación jurídica de los órganos y autoridades estatales, quienes de esa manera encuentran bien delimitados sus deberes, obligaciones y facultades, siendo, por ende, fácil de advertir cuando surja una extralimitación o transgresión en su actividad pública.

La Constitución de tipo consuetudinario implica un conjunto de normas basadas en prácticas jurídicas y sociales de constante realización, cuyo escenario o protagonista es el pueblo o la comunidad misma. La constitución consuetudinaria, a diferencia de la escrita, no se plasma en un todo normativo, sino que la regulación que establece radica en la conciencia popular formada a través de la costumbre y en el espíritu de los jueces. Sin embargo, en los países en los que se haya adoptado o, mejor dicho, en los que exista un orden constitucional consuetudinario, no se excluye totalmente la existencia de leyes o normas escritas, que componen una mínima parte del orden jurídico estatal respectivo. Así, en Inglaterra, donde hay una constitución consuetudinaria,

coexisten con ésta varios cuerpos legales que, en unión del Common Law o derecho común inglés, forman el status jurídico que se caracteriza por su hibridismo.

“Independientemente de la anterior clasificación, Emilio Rabasa ha elaborado una división de constituciones, ya no desde el aspecto de su contenido formal, sin en consideración al medio o manera de establecer su vigencia en un Estado determinado. Alude dicho autor a diversos regímenes jurídicos históricamente dados, afirmando que la constitución espontánea, o sea, aquella que emana naturalmente del pueblo por medio de prácticas sociales reiteradas y continuas, y que es de índole consuetudinaria, es la que tiene Inglaterra; que por lo que concierne a los Estados Unidos, hay una constitución ratificada, es decir, sometida a convenciones locales en cada entidad federativa de dicho país; y por lo que atañe a México, y en general, a las naciones latinoamericanas, existen y han existido constituciones impuestas, esto es, cuerpos normativos elaborados en un gabinete, por así decirlo, cuya observancia se impone al pueblo, prescindiendo de que respondan o no a su idiosincrasia, o sea, a su constitución real y teleológica”.⁸

Desde este punto de vista de su reformabilidad, las constituciones jurídico-positivas de carácter formal escrito pueden ser rígidas o flexibles, tema éste que abordare con posterioridad.

Un criterio muy importante para clasificar las constituciones se funda en el contenido ideológico de las mismas. Ya he aseverado que la constitución teleológica como conjunto de objetivos que persiguen los factores reales de poder, proclaman diferentes principios que tienden a convertirse en declaraciones fundamentales de la constitución jurídico-positiva. Ahora bien, según tales principios y las declaraciones que los expresan, las constituciones de

⁸ Ib. Ídem., Pág. 323.

este último tipo suelen clasificarse como “burguesas”, “socialistas”, “individualistas”, “colectivas” y en otras varias subespecies, cuya índole ideológica deriva de las tendencias de los factores del poder que en el acto constituyente o de producción constitucional hayan tenido hegemonía.

Prescindiendo de su contenido ideológico, la constitución jurídico-positiva ha tenido en el desarrollo del constitucionalismo diversa extensión normativa. Con esta afirmación queremos dar a entender que las materias suprema y fundamentalmente normadas por la Constitución han variado en el decurso de la historia. Primeramente se pensó que la constitución jurídico-positiva debía ser exclusivamente política, en el sentido de que sólo debía ocuparse de la organización del Estado, o sea, de establecer sus órganos primarios, de demarcar su respectiva competencia, de señalar los lineamientos básicos de su funcionamiento y de proclamar la forma estatal y la forma gubernativa. Además, independientemente de la dimensión de dicho ámbito, cualquier constitución, en cualesquiera de las etapas evolutivas que se ha señalado, no deja de tener naturaleza de tal. Sin embargo, tomando como punto de referencia la ley suprema vigente de nuestro país, podemos aventurar una idea de constitución jurídico-positiva de índole político-social, mediante la conjunción de las materias que forman su esfera de normatividad. Así, nos es dable afirmar que dicha Constitución es el ordenamiento fundamental y supremo del Estado que: a) establece su forma y la de su gobierno; b) crea y estructura sus órganos primarios; c) proclama los principios políticos y socioeconómicos sobre los que se basan la organización y teleología estatales, y d) regula sustantivamente y controla adjetivamente el poder público del Estado en beneficio de los gobernados.

1.1.- COMO SE INTEGRA LA CONSTITUCIÓN.

La Constitución posee ciertos atributos que le son propios y exclusivos; estos la distinguen de otro tipo de normas. Si bien es propio de toda ley mandar, disponer y regular la, Constitución, como toda ley, lo hace, pero, por su naturaleza intrínseca, va más allá, constituye y funda. Este ir más allá que las restantes leyes hace que ese conjunto de normas agrupadas en un texto se le dé el calificativo de ley suprema. Se trata, ciertamente, de una forma de ley; no obstante, goza de notas que la distinguen y sitúan en una posición diferente y elevada.

Su definición, sus características y elementos principales, de acuerdo con el sistema jurídico mexicano, son los que se verán a continuación.

Una Constitución es un complejo normativo. Es un conjunto de normas dispuestas sistemáticamente con el propósito de organizar, en nuestro caso, al estado mexicano. Dichas normas son de jerarquía superior, permanentes, escritas, generales y reformables.

La Constitución se ha dividido en diversas partes: la de derechos humanos; algunos autores, utilizando la terminología teológica, la denominan dogmática (Art. 129 y 130).

La parte orgánica, relativa a la estructura, el funcionamiento y las facultades de los poderes centrales y locales (Art. 49 a 122).

Una tercera parte es la programática, la que define la naturaleza y las características del estado mexicano (Art. 39 a 41).

También se habla de una cuarta parte denominada de derechos sociales (Art. 27 y 123).

La quinta parte, a la que, a falta de un título más apropiado, se ha llamado prevenciones generales, comprende un cúmulo extenso de materias de diferente índole, como ciudadanía, extranjería, supremacía, reformas y permanencia constitucional.

La normatividad de naturaleza transitoria –que hizo operante la entrada en vigor de la Constitución de 1917, dispuso la derogación de las normas de 1857 que se le opusieran y reguló la transición entre una y otra- conforme a una sexta parte; en esta sección deben ubicarse los artículos transitorios que acompañan a las reformas que se hacen a la Carta Magna. De un tiempo a la fecha esa clase de normas ha adquirido una particular importancia; por medio de éstas se inhibe y se excluye.

1.2.- DE LAS GARANTIAS INDIVIDUALES.

El diccionario de la real academia española define así el vocablo garantía: acción o efecto de afianzar lo estipulado. El empleo del sinónimo afianzar hace confusa u oscura la definición, pero sí resalta que la noción de garantía implica un acto principal, o sea, lo estipulado, y un acto accesorio, es decir, el afianzamiento del acto principal, implícitamente con el propósito de que sea cumplido.

“En lenguaje vulgar, usual, garantía es todo aquello que se entrega o se promete, para asegurar el cumplimiento de una oferta, que puede ser lisa y llana o supeditada a la satisfacción de algún requisito. Esa connotación expresa también el carácter accesorio de la garantía respecto de un acto principal e incluye los dos aspectos de la garantía, uno en interés de quien ofrece, y otro en interés de quien acepta”.⁹

⁹ Bazdresch Luis, Garantías Constitucionales, Editorial Trillas, México 2000, Pág. 11.

En el ámbito jurídico existe primero la noción de la garantía en el derecho privado, que es el pacto accesorio mediante el cual se asigna determinada cosa al cumplimiento de alguna obligación, como la prenda, que pone en manos del acreedor una cosa, para que se pague con su precio la cantidad que el deudor no pagó oportunamente, la hipoteca, que afecta un inmueble al cumplimiento de una deuda, y el fideicomiso que, con igual finalidad que la hipoteca, pasa la titularidad del inmueble a un tercero, encargado de realizar la efectividad del compromiso; existe también en el derecho privado la garantía de fianza, por la cual un tercero se obliga directamente con un acreedor a pagar por su deudor, si éste no lo hace. En derecho público la noción de la garantía es totalmente diferente de las anteriores y comprende básicamente una relación subjetiva, pero directa, entre la autoridad y la persona, no entre persona y persona. Esa relación se origina, por un lado, en la facultad sobre añade imponer el orden y regir la actividad social y, por el otro, en la necesidad de que las personas no sean atropelladas en sus derechos humanos por la actuación de la autoridad.

El Art.1º. de nuestra Constitución de 1917 dice: "En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que esta Constitución otorga; esas garantías están especificadas en los siguientes artículos, hasta el 28, preceptos que de manera expresa, y a veces con múltiples detalles, determinan los hechos y los derechos que teóricamente se designan como derechos del hombre, o derechos humanos, y que nuestra Constitución admite; pero no debemos entender que los individuos tienen tales derechos meramente porque la propia Constitución se los otorga, pues véase que el precepto dice expresa y claramente que otorga garantías, no derechos; las garantías son realmente una creación de la Constitución, en tanto que los derechos protegidos por esas garantías son los derechos del hombre, que no provienen de ley alguna, sino directamente de la calidad y de los atributos naturales del ser humano; esto es, hay que distinguir entre derechos humanos, que en términos generales son

facultades de actuar o disfrutar, y garantías, que son los compromisos del Estado de respetar la existencia y el ejercicio de esos derechos. Sin embargo, debemos reconocer que si la ley constitutiva no garantiza ningún derecho del hombre, tales derechos resultan meras concepciones teóricas, sin aplicación práctica. Primero es ser y luego el modo de ser, por ende, antes que la realidad positiva de los derechos del hombre, hay que considerar su naturaleza intrínseca, independientemente de si son o no efectivos, con la advertencia de que, si la ley constitutiva de determinado Estado no menciona ni garantiza ningún derecho del hombre, tal omisión no significa que los humanos afectados no los tengan, sino que simplemente les son desconocidos por el Estado; aunque parece claro que si los tienen, deben serles reconocidos, bajo la forma de otorgamiento, de declaración o de cualquiera otra.

Por su naturaleza, el hombre es un ser consciente, autónomo y racional, dotado de voluntad, de criterio y de libre albedrío, que vive y actúa en un clima social y político, animado de la constante tendencia de lograr su subsistencia y la de quienes dependen de él, así como de la de procurar el mejoramiento de su situación personal y familiar. La misma naturaleza le ha dotado de las aptitudes corporales y mentales adecuadas para la realización de esas finalidades, tales como las manos para trabajar, las piernas para trasladarse de un lugar a otro, el habla, la inteligencia en sus distintas manifestaciones, la decisión, el esfuerzo, etc., y como sería absurdo que tales aptitudes permanecieran ociosas, debemos de entender que también por su propia naturaleza el hombre está facultado para ejercerlas con el objeto de utilizar los medios que naturalmente tiene a su alcance par su desenvolvimiento y progreso; en términos generales, esos medios consisten en su propia vida, la libertad, la igualdad, la propiedad, la posesión, la educación, la habitación o domicilio, el trabajo en diversos aspectos, como el comercio, la industria y el arte, la expresión de sus ideas y su publicación, la asociación y la reunión, la traslación y los viajes, las creencias religiosas, pues sin el disfrute de esos medios el hombre quedaría

equiparado a los demás animales, que subsisten a merced de los elementos naturales y sin más actividad que procurar diariamente su alimentación; por consiguiente, la mera existencia humana conduce a reconocer que los hombres tienen de por sí, de acuerdo con su organización físico psicológica, derecho a la vida, a la libertad, en sus múltiples aspectos, a la igualdad, a la propiedad, al trabajo, etc., mediante cuyo ejercicio alcanzan su progreso y su destino; y para el debido logro de esas finalidades, particularmente tienen especial derecho a que su dignidad personal, o sea, su existencia, su integridad mental y corporal, sus derechos adquiridos y su libertad de acción sean respetados por aplicación de las reglas que constituyen la seguridad jurídica.

En el ámbito social en que el hombre se desenvuelve, esas facultades deben ser reconocidas y respetadas mutua y recíprocamente por todos y cada uno de los individuos que componen la humanidad, puesto que cada quien debe tratar a los demás del mismo modo que él quiere que los demás le traten, y la pretensión de cada quien de tener y disfrutar de esas facultades, le obliga a admitir que todos los demás también las tienen y deben disfrutarlas.

Antiguamente se decía que los derechos del hombre eran meras instituciones del derecho natural, y muchos juristas filósofos postulaban que precisamente por esa razón debían ser respetados, aun cuando las leyes escritas nada dispusieran sobre el particular; en la evolución del derecho positivo, que no reconoce más derechos que los concretamente especificados en la ley, casi siempre los derechos humanos fueron desconocidos; pero desde finales del siglo XVIII, por el triunfo de las ideas liberales en las instituciones políticas, los ordenamientos fundamentales gubernativos generalmente admiten y reconocen la existencia y el carácter obligatorio de esos derechos y establecen las garantías de su ejercicio.

Lo que va expuesto autoriza a concluir que: por su calidad de seres dotados de razón, los hombres son dignos de respeto para sus personas y para sus actividades honestas, que sean adecuadas para la satisfacción de sus necesidades naturales y la realización de su destino, por tanto, tienen derechos inmanentes a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la propiedad, a la actividad, a la traslación, etc., que son los derechos básicos indispensables para el desenvolvimiento o desarrollo, la prosperidad y la felicidad de los humanos dentro del ambiente en que les toque vivir; pero esos derechos del hombre cobran importancia sólo cuando los hombres viven y desarrollan su actividad en un medio social, y el ejercicio de dichos derechos alcanza protección contra los abusos o los errores de las autoridades gubernativas únicamente cuando las instituciones políticas y el sistema legal establecido los tienen reconocidos y garantizados.

Como quiera que fuere y cualquiera que sea la teoría que se adopta acerca del origen, natural, social o meramente legal, de los derechos del hombre, lo positivo es que nuestra Constitución no los crea, pero sí concede u otorga las garantías adecuadas para su efectividad en el terreno de los hechos, y en su conjunto tales garantías son las instituciones de Derecho Público que forman el cuadro dentro del cual tenemos el derecho positivo de desarrollar nuestra actividad en el medio social en que vivimos.

CAPITULO SEGUNDO

CAPITULO SEGUNDO

EL PROCEDIMIENTO PENAL.

2.1.- EL MINISTERIO PÚBLICO.

El Ministerio Público, refiere el autor Guillermo Colín Sánchez, es una de las instituciones más discutidas desde su nacimiento e instalación en el campo del Derecho de Procedimientos Penales, debido por una parte a su naturaleza singular, y por la otra, a la multiplicidad en su funcionamiento. La determinación de la naturaleza jurídica del Ministerio Público ha producido discusiones interminables dentro del campo doctrinario, nosotros hemos adoptado, tomando como fuente principal de información, lo que se ha dicho en torno a esta institución, los aforismos, que son de acuerdo con el diccionario Océano, que a la letra dice: aforismo, sinónimo, precepto, axioma, sentencia, proverbio, máxima, regla, símbolo, apotegma, refrán, dicho.¹⁰

Estos aforismos constituyen la exposición original de una filosofía, sino un trabajo de compilación llevada a cabo por nuestros autores de derecho penal, derecho procesal penal y en si un derecho en general. Todos los libros de derecho, nuestra Carta Magna, así como los códigos penales y de procedimientos penales, contienen un mensaje y exponen en forma concreta y definitiva las reglas que constituyen los aforismos.

Nuestra Constitución establece en su artículo 21 la atribución específica del Ministerio Público que es el de proseguir los delitos, "la imposición

¹⁰ Diccionario Océano Sinónimos y Antónimos, Pág. 18.

de las pena es propia y exclusiva de la autoridad judicial, la investigación y la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliara con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato”.

Nuestra Carta Magna establece al Ministerio Público y le señala su atribución principal que es la persecución de los delitos, a él y a la policía judicial lo cual es obvio que estará bajo la autoridad y mando de aquél; las leyes orgánicas lo estructuran y organizan, y le señalan las funciones que debe realizar. Las leyes orgánicas son un conjunto de preceptos que se refieren a la organización de una institución establecida por la ley, precisamente el Plan Nacional de Desarrollo 1995-2000 se propuso como uno de sus objetivos consolidar un régimen de convivencia social regida plenamente por el derecho, donde la ley sea aplicable a todos por igual y que la justicia sea la vía para la solución de los conflictos, señalando como estrategia crear a través de la adecuación normativa las condiciones legales, institucionales y administrativas para asegurar a toda persona la protección efectiva de sus derechos, y la aplicación oportuna e imparcial de la ley y el acceso a la justicia. Es de hacerse notar que recientemente en nuestra Carta Magna como en el Código Penal para el Distrito Federal para el fuero común y para toda la República en materia federal y el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal han sido reforzados para fortalecer las acciones de procuración de justicia. Tenemos como línea específica un sistema de procuración de justicia para el Estado de Guanajuato, señalando la necesidad de adecuar al marco jurídico en el ámbito de la competencia de la procuraduría para lograr la simplificación de justicia en los procedimientos, mejorando los servicios que se prestan y promover los trámites ágiles que eviten la corrupción y desvío de poder.

Esta ley tiene por objeto organizar la Procuraduría General De Justicia para el despacho de los asuntos del Ministerio Público, atribuyen la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Esto lo establece el

artículo 1º. De la Procuraduría General de Justicia., en su “Capítulo I, De las Atribuciones”.

Voy a plasmar las atribuciones que incumben al Ministerio Público, podemos establecer que existen los Ministerios Públicos que a continuación se mencionan:

A).- El Ministerio Público del Distrito Federal se organizan de acuerdo con los lineamientos de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal., última publicación en el Diario Oficial de la Federación el 30 de abril de 1996.

B).- El Ministerio Público Federal, la Ley Orgánica del Ministerio Público Federal vigente en su artículo 1º. no hace más que una repetición del texto constitucional, al señalar las obligaciones del Procurador General de la República.

C).- El Ministerio Público Militar; se rige en su organización y funciones por el Código Mexicano de Justicia Militar estableciendo que estará integrado por un Procurador General de Justicia Militar, General de Brigada del Servicio Auxiliar, quien será el jefe de la institución y el Consultor Jurídico de la Secretaría de la Defensa Nacional.

D).- El Ministerio Público para cada uno de los Estados que integran la República Mexicana. Se rige por el artículo 21 de la Constitución General de la República, por el precepto o preceptos de las Constituciones locales correspondientes y además por la Ley Orgánica y circulares, que al respecto dictan los procuradores locales.

Siguiendo ese orden de ideas, determinar la naturaleza jurídica del Ministerio Público a creado discusiones interminables dentro del campo doctrinario, de tal manera que se le ha considerado como:

1.- Un representante social en el ejercicio de las acciones penales. Se toma como punto de partida el hecho de que el Estado, al instituir la autoridad, le otorga el derecho para ejercer la tutela jurídica general, "para que de esta manera, - nos refiere el autor Colín Sánchez – persiga judicialmente a quien atenté contra la seguridad y el normal desenvolvimiento de la sociedad. El mismo Chiovenda enfatiza que el Ministerio Público personifica el interés público en el ejercicio de la jurisdicción". Concretamente diremos que el interés originalmente corresponde a la sociedad, al instituirse el Estado, queda delegado en el para precisar todo lo necesario para el mantenimiento de la legalidad del orden.

2.- Como un órgano administrativo. Algunos autores lo consideran como un órgano administrativo y otros que es un órgano judicial. Manifiesta Guarneri que el Ministerio Público no decide controversias judiciales, no es posible considerarle como un órgano jurisdiccional, sino más bien administrativo, derivándose de esto su carácter de parte. Los actos que realiza el Ministerio Público son de naturaleza administrativa y es obvio que se apliquen a esta los actos que regula el Derecho Administrativo, la propia naturaleza administrativa del Ministerio Público reside en la discrecionalmente de sus actos, puesto que tiene facultades para determinar si debe proceder o no en contra de una persona, situación en la que no podría intervenir el órgano jurisdiccional oficiosamente para abrogarse el proceso, por otra parte es de manifestarse que el Ministerio Público actúa como parte haciendo valer la pretensión punitiva y con ello ejerce los poderes de carácter indagatorio, preparatorio y coercitivo.

3.- Como órgano jurisdiccional, o de órgano perteneciente a la judicatura. Giuseppe Sabatini y Franco Sodi opinan sobre el Ministerio Público el carácter de otorgarle el de órgano perteneciente a la judicatura. Y Raúl Alberto Frosali expresa que dentro del orden judicial, siguiendo la etimología de la palabra, debe entenderse todo lo que se refiere al juicio, en consecuencia al por ese motivo jurisdiccional. En suma, por su naturaleza y sus fines carece de funciones jurisdiccionales y por ende esas funciones son exclusivas del juez. El Ministerio Público debe concretarse a la aplicación del derecho, más no al declararlo, este no está facultado para aplicar la ley, ésta es una atribución específica del juez.

4.- Como un auxiliar o colaborador de la función jurisdiccional. Esto es debido a la secuela que realiza en el procedimiento, ya que todos sus actos van encaminados a un fin último: la aplicación de la ley al caso concreto. El Estado en síntesis le encomienda deberes específicos, para que mantengan el orden y la legalidad, así como es persecutor de los delitos, así como el hacer cesar toda lesión jurídica de los particulares es como uno de sus postulados auxiliar de la función jurisdiccional para que los jueces hagan actuar la ley y es obvio los procedimientos legales.

De acuerdo con la doctrina y la ley se establecen los principios esenciales que caracterizan al Ministerio Público: "Es jerárquico, indivisible, independiente e irrecusable".

El Ministerio Público de acuerdo con la Ley Orgánica de la Procuraduría de Justicia del Distrito Federal, publicada en el Diario Oficial el 30 de abril de 1996, establece que el Ministerio Público está organizado jerárquicamente para el despacho de los asuntos que al Ministerio Público atribuyen la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el estatuto de gobierno del Distrito Federal, este ordenamiento y las demás disposiciones

aplicables; refiere en su artículo 2º. que la institución del Ministerio Público estará a cargo del Procurador General de Justicia del Distrito Federal, y que tendrá las siguientes atribuciones que ejercerá por conducto de su titular o de sus agentes auxiliares, conforme lo ha establecido en esta ley y demás disposiciones aplicables. Queremos aclarar que las personas que lo integran son una prolongación del propio Procurador motivo por el cual reciben y acatan las ordenes de este. Las funciones de indivisibilidad consiste en que las funciones que realiza el Ministerio Público no lo hace a nombre propio sino representándolo como institución.

La división de poderes existe en nuestro medio jurídico y la independencia que atribuimos al Ministerio Público radica en que representa al poder judicial y no a los órganos jurisdiccionales con los que interviene en la procuración de justicia, digámoslo llanamente el Ministerio Público aunque recibe ordenes de su superior jerárquico, esta en equilibrio con los demás poderes, es el caso del poder judicial.

La irrecusabilidad del Ministerio Público establece que cuando existe alguna de las causas de impedimentos que la ley señala para las excusas de los Magistrados, deberán excusarse del conocimiento de los negocios en que intervengan.

El Ministerio Público en suma, del fuero común en el Distrito Federal, del fuero federal y el de local en las entidades federativas se organiza de acuerdo con los lineamientos de la Ley Orgánica respectiva.

2.1.1.- SU ACTUACIÓN EN EL PROCESO PENAL.

El primer problema que se nos plantea en el estudio del papel del Ministerio Público dentro del proceso penal, es el de dilucidar si es parte o no en el proceso.

El punto no es tan sólo especulativo, como pudiera creerse, ya que la antigua jurisprudencia de la Corte se había apoyado en el argumento de que, como el Ministerio Público al desistirse de la acción penal, obrará como parte y no con el carácter de autoridad, el amparo no resultaba procedente contra actos de éste. De manera que es esencial hacer un estudio cuidadoso de la doble personalidad del Ministerio Público como parte y como autoridad.

El problema es más difícil de resolver de lo que a primera vista parece, y ha dado lugar a que los autores elaboren sutilísimas teorías, de la más variada naturaleza, sin llegar en la mayoría de las veces a conclusiones definitivas.

“Evidentemente – y en esto se han llegado a unificar los criterios-, el concepto de parte no debe ser tomado del Derecho Procesal Privado, ya que en él las partes defienden intereses de carácter particular y casi siempre son antagónicos entre sí, mientras que en el proceso penal en ocasiones los intereses son de carácter público y las partes pueden no estar en antagonismo, como en el caso de que el Ministerio Público formule conclusiones absolutorias”.¹¹

Florian después de establecer que el Ministerio Público es uno de los sujetos principales del proceso, elabora la siguiente definición de lo que es parte en el Derecho Procesal Penal: “es parte aquel que deduce en el proceso

¹¹ Eugenio Florian, Tratado de Derecho Penal, Editorial Milano, 1934, Pág. 91.

penal o contra el que es deducida una relación de derecho sustantivo, en cuanto está investido de las facultades procesales necesarias para hacerla valer o, respectivamente, para oponerse (contradecir)".¹²

Con este concepto de parte, dice él, caen por su base las objeciones que se han hecho contra la adopción de tal institución. Se excluyen así las teorías como la de Tolomei, que afirma que en el proceso penal no hay partes.

Sin embargo, más adelante el mismo Florian, se ve obligado a reconocer que la calidad de parte no puede atribuírsele al Ministerio Público en todas sus múltiples actividades, ya que no está interesado personalmente en la suerte de sus peticiones, sino que tan sólo es parte cuando su actividad se dirija a llevar al proceso a la relación que constituya su objeto fundamental. Y concluye diciendo: "Por tanto el Ministerio Público es parte en un sentido especial y sui generis; y – se puede decir – parte pública".¹³

Ahora bien, nos queda el problema de saber cuál es ese sentido especial, ese sentido sui generis de parte, que tiene el Ministerio Público, y al que se refiere Florian.

"Niceto Alcalá-Zamora Castillo sintetiza las tres posiciones que el encuentra en otros tantos tratadistas así: Beling, que cree que el Ministerio Público es parte, si bien ha de ser su actuación por completo objetiva y en modo alguno parcial en perjuicio del acusado; Manzini, que dice que tan sólo es sujeto, pues su función es desinteresada, objetiva e informada tan sólo en los principios de la verdad y la justicia; y Florian cuya acabamos de examinar".¹⁴ Alcalá Zamora saca en conclusión de las tres opiniones señaladas, una nota común: la

¹² Ib. Ídem. Págs. 91 y 92.

¹³ Ib. Ídem. Pág. 93.

¹⁴ Alcalá Zamora y Catillo, Niceto, Estudios de Derecho Procesal, Madrid. 1934. Págs. 16 y 17.

objetividad que en su actuación debe conservar el Ministerio Público; y una divergencia: la valuación del interés, ya que Manzini cree que no tiene interés, que es desinteresado, y Florian profundiza más al mostrar que lo que no tiene es un interés personal, en el proceso, sino un interés social, obrando por deber.

“Participamos de la opinión citada por Massari, de que el Ministerio Público - importante sujeto procesal -, no es parte en sentido sustancial, ya que como hemos visto no defiende derechos propios, personales, sino que es parte en sentido formal o funcional, o sea, que ejercita un derecho ajeno: el derecho de castigar que corresponde al Estado, en representación de la sociedad, y en consecuencia no es dueño de la acción”.¹⁵

El Ministerio Público es una autoridad que va a un proceso no porque tenga interés personal en él, sino por que la ley lo instituye para ello con una especial función.

Pero el Ministerio Público jamás deja de ser autoridad, ya que no puede pensarse en el absurdo de que en algún momento del proceso abandone el interés social para defender el interés particular, personal. Medellín Ostos establece el siguiente paralelo: en el juicio de amparo la ley dice que es parte la autoridad responsable, y no por ello se puede concluir que la ley quiera que dicha autoridad responsable pierda su carácter de tal y se convierta en un particular. Por lo tanto concluye: parte en juicio y autoridad no son incompatibles parte en juicio y particular no son sinónimos.

De tal manera que si bien el Ministerio Público en el proceso penal es una parte meramente formal o funcional, su carácter de autoridad no le abandona jamás en ningún momento del proceso.

¹⁵ Ib. Ídem., Segunda Parte, Núm. III.

Saquemos las conclusiones con las propias palabras de Medellín Ostos: “Las actividades del Ministerio Público tienen dos aspectos: actos que por sí no son definitivos para crear o decidir una situación de derecho -y aquí se acerca a la actividad particular -, y que necesitan la decisión del juez para que la situación de derecho se cree; y actos que por sí solos crean una situación jurídica (tal como el desistimiento de la acción penal que estamos estudiando), y éste es el caso típico de actos de autoridad. Que contra los primeros no se acepte el amparo no importa, porque ni beneficia ni perjudica a los particulares, puesto que requieren la intervención del juez para crear o extinguir una situación de derecho. Pero contra los segundos (desistimientos) el amparo es indiscutiblemente procedente”.

Y es que al Ministerio Público no le corresponde la función decisoria en el proceso, sino única y exclusivamente al juez, quien es el sujeto procesal más alto e importante porque tiene la facultad de decidir como un acto de soberanía de la Nación que le está encomendado y nunca concedido al Ministerio Público.

Todos estos conceptos que, como se observa, están referidos al proceso penal, sería muy importante que manejaran igualmente tratándose del proceso de amparo. Cuando en la fracción IV del artículo 5º. de la Ley de Amparo se dice que los agentes del Ministerio Público Federal “podrán abstenerse de intervenir en dichos juicios (los de amparo) cuando el caso de que se trate carezca, a su juicio de interés público”, y desde febrero de 1994 que “tratándose de amparos indirectos en materias civil y mercantil, en que sólo afecten intereses de particulares”, dicho Ministerio no podrá interponer recursos, a pesar de reconocérsele como parte en el juicio, se contempla una total confusión sobre la naturaleza jurídica del Ministerio Público, que debe preocuparnos.

Es necesario hacer una total reconsideración sobre lo que es una parte en juicio, y después afinar el concepto de partes privadas, o particularmente interesadas – con específicas garantías individuales que las protegen -, y partes públicas o partes funcionales, que no obedecen a la protección de los derechos subjetivos particulares, sino a la estricta vigilancia en la aplicación del derecho objetivo y los intereses sociales que le resultan prioritarios, y que no están protegidos por garantías constitucionales precisamente por ser partes funcionales públicas.

La función importantísima del Ministerio Público dentro del proceso, es la que lleva a cabo como aportador de pruebas a la autoridad judicial.

El Ministerio Público – que al consignar ha comprobado los extremos que exige el artículo 16 constitucional -, va ahora a aportar las pruebas necesarias al juez, para que la responsabilidad presunta se convierta en una responsabilidad plena que permita la juez aplicar la pena correspondiente, buscando – hasta donde sea posible – una estricta individualización de ella.

Cierto es que el proceso penal lo que busca es el establecimiento de la verdad histórica, real o material (principio que más adelante examinaremos), y que para ello el juez tiene la facultad de practicar de oficio todas las diligencias que crea necesarias para normar su criterio y dar un fallo correcto. Sin embargo, el Ministerio Público es el verdadero animador del proceso en su fase instructora, ya que es el órgano oficial de acusación que debe pugnar por agotar las pruebas que comprueban la culpabilidad o -eventualmente- la inocencia del procesado.

Esta función peculiar y distintiva del Ministerio Público, es abandonada frecuentemente, sin embargo, en la práctica de nuestro medio, por dicho funcionario, que ve con indiferencia cómo el juez erige con solo el

pedimento inicial todas las pruebas que tienden a la demostración de la responsabilidad o irresponsabilidad del procesado, permaneciendo como un espectador impasible.

He examinado ya, cómo hay casos en que el Ministerio Público invade la esfera de la propia autoridad judicial; ahora estamos en el caso contrario: el Ministerio Público, por inercia, abandona la función que le corresponde, no asume atribuciones que le son vitales, y para las que ha sido instituido, dejando que el juez exclusivamente casi de oficio el proceso, aportando las pruebas necesarias, dentro de la facultad que tiene de cerciorarse de la verdad real, material o histórica del proceso iniciado.

Es necesario que se llegue a comprender que es inútil que se establezca una legislación todo lo avanzada que se quiera, si el elemento humano falla tan lamentablemente en la aplicación de ella.

La alta función llamada a desempeñar por el Ministerio Público – de la que ya antes habíamos hablado -, no va ser llenada ciertamente por funcionarios abúlicos y comodinos que no ven sino a la seguridad de un empleo, más o menos bien remunerado, en que hay que cumplir con un mínimo de esfuerzo, sino con funcionarios de carrera que sepan compenetrarse de los altos intereses que manejan, y a fuerza de estudio y dedicación sepan siempre colocará a la institución en el lugar que le corresponde. Se requiere de Ministerios Públicos de carrera.

La importante función de aportador de pruebas a la autoridad judicial dentro del proceso, debe ser rescatada por el Ministerio Público, ya que, como lo habíamos expresado, es un función vital e histórica de dicho órgano estatal, y a través de la cual se muestra como algo más que un mero delatador

oficial, sino como verdadero acusador público, de acuerdo con el artículo 21 de la Constitución Federal.

Terminado el período instructorio, el Ministerio Público y el procesado, o su defensor, formulan sus conclusiones, pudiendo ser las del Ministerio Público acusatorias o absolutorias.

Pina y Palacios define las conclusiones como el “acto mediante el cual las partes analizan los elementos instructorios, y sirviéndose de ellos fijan sus respectivas situaciones con relación al debate que va a plantearse”.

Se ha establecido que cuando el Ministerio Público formula conclusiones acusatorias, obligan éstas al juez que sentencia, que no puede ir más allá de lo que el Ministerio Público pide. Si el juez pudiera señalar una penalidad mayor, se argumenta, invadiría funciones propias de la acusación ya que impondría una pena que el órgano oficial no ha pedido.

El argumento no nos parece concluido, y la posibilidad de que el juez no esté constreñido por las conclusiones del Ministerio Público nos parece examinable a la luz de la doctrina, y muy especialmente de acuerdo con el artículo 21 constitucional. Y así, se tendrá que afirmar que si el Ministerio Público formula conclusiones no acusatorias, y el juez encuentra que son infundadas, puede y debe condenar al reo, a pesar de las conclusiones del Ministerio Público.

En el proceso penal no rige, como en el proceso civil, el principio dispositivo de las partes, según el cual el juez no se ve limitado a sus decisiones por la voluntad de ellas. Podría no haber razón para que el juez penal, que persigue el establecimiento de la verdad real si ve que en las constancias procesales se encuentra demostrado, por ejemplo, el homicidio calificado, se vea constreñido en su propia función decisoria a condenar como homicidio simple,

tan solo porque así lo pidió en las conclusiones el Ministerio Público. Es interesante considerar que la facultad de imponer las penas por parte de la autoridad judicial se encuentre supeditada a las conclusiones del Ministerio Público, y tal deducción no puede inferirse del clarísimo artículo 21 Constitucional.

“José M. Ortiz Tirado, Ministro de la Suprema Corte razonaba así: Ya he citado en esta sala algunos tratadistas italianos, especialmente Calamandrei, quien afirma la necesidad de que la función jurisdiccionales salve, no maniatándola a los lazos ni al cuadro que se establezca en las conclusiones acusatorias; fue en este punto en el que di mi conformidad para hacer un estudio investigando la posibilidad de llegar a la armonización de esas dos funciones. Al efecto, Calamandrei opina que una vez que se inicia la función represiva, por el impulso de la acusación del Ministerio Público, el juez ya no queda constreñido a los pedimentos del Ministerio Público, pues siendo su función aplicar la ley al caso comprobado puede, pasando por sobre las conclusiones acusatorias, imponer la pena correctamente señalada por la ley en cuanto no es función del Ministerio Público fijar el quantum de las sanciones”.¹⁶

Por lo que respecta a las conclusiones no acusatorias, los artículos 320, 323 y 324 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establecen que cuando sean las conclusiones no acusatorias se remitirán al Procurador de Justicia para que las modifique o confirme, y si a pesar de ello no son acusatorias el juez sobreseerá el asunto, poniendo en libertad al procesado, estableciéndose que el sobreseimiento producirá los mismos efectos de una sentencia absolutoria. En el mismo sentido están redactados los artículos 294, 298 fracción I y 304 del Código Federal de Procedimientos Penales.

¹⁶ Ortiz Tirado José, *Criminalia*, año VII, Pág. 9.

En pocas palabras: lo que se establece es que si el Ministerio Público llega a convencerse de que no hay datos suficientes para condenar a un procesado, simple y sencillamente dicta sentencia absolviéndolo, pues a tal equivalen sus conclusiones no acusatorias.

La crítica que se impone a tales disposiciones legales por manifiesta se calla; mayor incompreensión sobre el campo de las funciones acusatoria y jurisdiccional no puede darse. La inconstitucionalidad de tales preceptos es evidente.

En resumen: la facultad constitucional de la autoridad judicial establecida con carácter de propia y exclusiva, de imponer las penas, no debe estar limitada por las conclusiones – acusatorias o no -, del Ministerio Público, porque hemos dicho este carece de la función decisoria que corresponde a la autoridad judicial.

“A este respecto Enrique Redenti se expresa así: por otra parte, si la demanda o la petición del Ministerio Público al juez, es en muchos casos (no siempre), condición legalmente necesaria para que el juez pueda investigar y proveer, aquella petición no constituye un límite a los poderes del juez. Éste puede proceder si el Ministerio Público abandona la acusación; puede condenar aun si el Ministerio Público formula conclusiones de no acusación; puede condenar por una figura diversa de delito y con una pena más grave”.¹⁷

Si el Ministerio Público decide sobre la culpabilidad o inocencia del procesado, y siendo culpable va a señalar el quantum de la sanción que le corresponde, ¿qué papel está desempeñado el juez en el proceso, al que le asigna la doctrina la más eminente, la más alta, la más importante función en la

¹⁷ Castro Juventino V., *El Ministerio Público en México*, Décimo Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 2002, Pág. 93.

relación procesal? El papel de la autoridad judicial dentro del proceso es así ridículo, envilecido hasta la categoría de marioneta del Ministerio Público, que después de excitar su facultad decisoria para un asunto, caprichosamente se lo retira, contradiciendo su propia consignación, y le obliga a dictar un auto de libertad, o bien – como si se tratara de un lego -, le obliga a condenar en el grado y la medida que lo estime conveniente.

Si el juez, investido de su alta jerarquía, puede decidir sobre la culpabilidad o inocencia de un procesado, lógicamente debe también valorar sobre el grado de responsabilidad que se deduce, después de una personal evaluación de las constancias procesales.

El Ministerio Público, en todos los casos, debe motivar y provocar una resolución de la jurisdicción: resolución que por provenir de un juez, es apelable, recurrible y responsable, por ser fundada. De otro modo, si al Ministerio Público se le concede la facultad decisoria, será un juez inapelable, en forma alguna recurrible, y por tanto irresponsable.

Enfocado ya al estudio del Ministerio Público como el sujeto del proceso, o más concretamente como parte activa de la relación procesal, se suscitan dudas al plantear la naturaleza jurídica. De aquí que previamente a precisar la naturaleza jurídica del Ministerio Público, se impone definir si éste tiene o no la calidad de parte en el proceso penal y de donde surge su legitimación.

En cuanto a si es no parte en el proceso, las ideas se diversifican en la doctrina, pero pueden reducirse a tres posiciones:

Tesis Negativa.- El Ministerio Público no es parte, ni formal, ni material, ideas sostenidas por quienes afirman que el proceso penal es proceso de parte única. Entre ellos destacan Jiménez Asenjo, Stoppato y Otto Mayer.

Tesis positiva.- El ministerio Público sí es parte. Aunque la casi totalidad de este grupo lo considera parte formal, ha habido quien con argumentos poco convincentes, llegó a afirmar que es parte en el sentido material.

Tesis Mixta.- Sostiene que en cierta fase del proceso el Ministerio Público no es parte, pero en otra fase sí tiene la calidad. Es la idea sostenida por Alcalá-Zamora.

Examinemos un poco más las ideas enunciadas.

“Son básicamente los que sostienen que el proceso penal es de parte única quienes le niegan la calidad de parte al Ministerio Público. Stoppato, por ejemplo, explica que en el Ministerio Público no existe interés propio, personal, extraño a la justicia, egoísta y contradictorio, sino que representa el interés del derecho, la seguridad social y la justicia. Si a caso se pensare que este interés es el de parte, entonces también el juez sería parte”.¹⁸

“Otto Mayer afirma que no es parte porque es un órgano del Estado, y éste no puede ser considerado parte”.¹⁹

“Jiménez Asenjo también le niega la calidad de parte, porque dice el Ministerio Público puede ser obligado hasta a defender a un sujeto injustamente acusado”.²⁰

¹⁸ Percy Mac Lean Estenós, El Proceso Penal en el Derecho Comparado, Págs. 43 y 44.

¹⁹ Colín Sánchez Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, t. I, Pág. 92.

²⁰ Sergio García Ramírez, Curso de Derecho Procesal Penal, Págs. 204 y 205.

“En fin, los problemas que aquejan a los negadores de la idea de que el Ministerio Público es parte, en algunos surge de la idea de confundir a la parte material con la formal. Al exponer su crítica al respecto, Guarneri apunta que “la opinión que niega al Ministerio Público la calidad, no consigue explicar luego las razones que impulsaron al legislador a constituir con él un autónomo y separado del juez. Verdaderamente, si el Ministerio Público no fuera más que una duplicación del juez, tanto valdría concentrar en este último todas las funciones que comparten actualmente los dos órganos”.²¹

En posición diametralmente opuesta encontramos las tesis que afirman la calidad de parte formal en el Ministerio Público. No obstante, puestos ya en el sendero de esta idea, las tesis o ideas se diversifican.

Así, por ejemplo, aunque se afirma la calidad de parte, la casi totalidad sostiene que es parte pero sin ser autoridad (parte carente de imperium), aunque Juventino Castro sostiene que siendo parte, conserva su autoridad (por eso puede ser demandado en amparo). “Su carácter de autoridad –dice– no le abandona jamás en ningún momento del proceso”.²²

Igualmente, afirmando la calidad de parte, hay quienes sostienen que es parte imparcial o parte parcial.

“Es parte imparcial, a la que también suele llamársele de buena fe, porque existen casos – explica García Ramírez – en que el Ministerio Público puede pedir la libertad del detenido (cuando existe alguna excluyente) o inclusive

²¹ Guarneri José, *Las Partes en el Proceso Penal*, Pág. 159.

²² Castro Juventino, *El Ministerio Público, Funciones y Disfunciones*, Págs., 34 y 35.

desistirse. Esta idea, que sostiene en México, García Ramírez también es afirmada en Italia por Manzini”.²³

“Como parte parcial, es catalogado el Ministerio Público por la generalidad de la doctrina. En este sentido se pronuncia Carnelutti, James Goldsmidt y Guarneri, quien en un verdadero tratado sobre las partes en el proceso penal llegó a la conclusión de que la parcialidad, lejos de ser un defecto, es su característica saliente, su más íntima esencia”.²⁴

Todavía la vertiente de que, el Ministerio Público es parte parcial, las ideas aún se subdividen a grado tal que llegados a la práctica, hay casos a extremos patológicos, donde procuradores (de algunas de nuestras entidades federativas) han dado orden a agentes subalternos de que apelen contra todo aquello que no les sea favorable.

La idea de parte imparcial resulta en sí misma una contradicción. Ya hemos dicho que parte es una porción del todo; por tanto, o se es parte o no se es.

“En la tesis mixta encontramos a Alcalá-Zamora, quien comienza por recordar la estructura del proceso actual: instrucción y juicio; es decir, proceso preliminar y proceso principal. En el proceso preliminar, el Ministerio Público no es parte, en tanto que el principal o juicio sí tiene la calidad de parte”.²⁵

“En fin, aceptando la idea de que el Ministerio Público sí es parte procesal, solo resta recordar con Briseño Sierra, que el Ministerio Público no es titular de la pretensión punitiva en cuanto no puede castigar fuera del proceso, ni

²³ García Ramírez Sergio, Curso de Derecho Procesal Penal, Págs. 206 y 207.

²⁴ Ob. Cit., Guarneri José, Págs. 211 y 212.

²⁵ Alcalá Zamora y Castillo Niceto, Síntesis de Derecho Procesal, Pág. 548 y nota 699.

el Estado se encuentra representado sólo por el Ministerio; ni el Ejecutivo es el titular de tal pretensión sino aplicador de la pena. Aquí, la legitimación es totalmente por ley, sin importar la víctima ni su aptitud o capacidad. El llamado por la ley para pretender procesalmente es un sujeto independiente de la relación sustantiva constituida por el delito”.²⁶

“Igualmente Alcalá-Zamora apunta que la legitimación del Ministerio Público, no proviene de su interés directo en un litigio...sino de mandato de la ley”.²⁷ Esto significa que el Ministerio Público no requiere estar legitimado en la causa, y que su legitimación en el proceso deriva exclusivamente del dictado

2.1.2.- FACULTADES Y ATRIBUCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO.

ATRIBUCIONES DEL MINISTERIO PÚBLICO RESPECTO DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA. PERSECUCIÓN DEL DELITO POR DENUNCIA O QUERRELLA.

Las atribuciones a que se refiere la fracción primera del artículo 2º. de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal respecto a la averiguación previa comprenden en primer término recibir denuncias o querellas sobre acciones u omisiones que puedan constituir delito. En el Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal publicado en el Diario Oficial de la Federación, el 25 de agosto de 1931 no se contempla norma idéntica al Código Federal de Procedimientos Penales publicada en el Diario Oficial de la Federación del día 30 de agosto de 1934, en el sentido que las fases del procedimiento son: La averiguación previa, instrucción y ejecución.

²⁶ Briseño Sierra Humberto, Derecho Procesal, Tomo IV, Pág. 85.

²⁷ Alcalá-Zamora y Castillo Niceto, La Protección Procesal Internacional de los Derechos Humanos, Pág. 324.

Debemos con sentido práctico establecer en esta fase preparatoria de la averiguación previa las diferencias entre denuncia, acusación y querrela.

En el Código punitivo del D. F. se marcan nuevos procedimientos para los efectos de los beneficios de la condena adicional, se ésta especificando que no pueden gozar de este beneficio aquéllos que hayan sido condenados por alguno de los delitos a que se refiere la fracción I del Art. 85.

En relación a los delitos en materia de telecomunicaciones, se reformaron las fracciones II y IV del Art. 167 y adicionándose un tipo penal contemplado en el Art. 168 Bis, atendiendo a que las telecomunicaciones constituyen un medio idóneo para fortalecer la unión entre los mexicanos y facilitar su contacto con el resto del mundo. Permiten llevar a la población servicios de educación salud, cultura y entretenimiento y aumentar la productividad de la industria y del comercio por lo que es conveniente proteger a estos sectores de la comunicación que dependen en buena parte de la creatividad, las inversiones y el trabajo de quienes en el participan.

En atención a la creación de este bien jurídico tutelado, nacieron nuevas figuras delictivas, como son las comprendidas en los Arts. 211 Bis 1 al 211 Bis 7.

A estas nuevas conductas criminales contempladas por nuestro Código, se les conoce como delitos informáticos.

La ley de información estadística y geográfica, define en su Art. 3º. a la informática como la tecnología para el tratamiento sistemático y racional de información, mediante el procedimiento electrónico de datos. El avance

logrado en los últimos años en este sector, ha permitido que en un creciente número de personas tengan acceso a esta tecnología y utilicen cotidianamente para realizar actividades de muy diversa índole, como las educativas, culturales, comerciales, industriales, financieras, de comunicación entre muchas otras.

Hoy en día tiene tal importancia, que muchas de esas actividades no podrían realizarse sin el uso de equipos y sistemas informáticos.

Paralelamente al avance tecnológico han surgido nuevas formas de conducta antisocial que han hecho que los equipos y sistemas informáticos, instrumentos para delinquir. Adicionalmente se presentan conductas en las que dichos equipos o sistemas constituyen el objeto o fin en sí mismos de la infracción.

Dentro de las conductas ilícitas más comunes que constituyen los llamados por la doctrina jurídica como delitos informáticos, se encuentran: El acceso no autorizado a computadoras o sistemas electrónicos, la destrucción o alteración de la información, el sabotaje por computadora, la interceptación de correo electrónico, el fraude electrónico y la transferencia ilícita de fondos.

En el contexto internacional, la organización de las naciones unidas ha reconocido que los delitos por computadora constituyen un grave problema, ya que las leyes, los sistemas de impartición de justicia y las cooperaciones internacionales no se han adecuado a los cambios tecnológicos. la propia organización instó a los Estados miembros a intensificar sus esfuerzos para combatir este tipo de conductas, entre otras medidas, mediante la creación de nuevos tipos penales y procedimientos de investigación, para hacer frente a estas nuevas y sofisticadas normas de actividad criminal.

Los países miembros de la Unión Europea, tienen una regulación muy completa en el campo cibernético, que incluye seguridad de datos, creaciones intelectuales relacionadas con la informática, defraudaciones cibernéticas, contratos realizados a través de los medios binarios, clonéo electrónico y robo de información.

Francia y otros países europeos establecen como condición para proporcionar informes de los archivos de sus cuerpos policíacos, que el país que la solicite cuente con la legislación protectora de la privacidad informática.

Países como Alemania, Austria y Francia han adoptado por crear una ley específica para combatir a los delito informáticos, en tanto que otros países como Argentina, España y Estados Unidos de América, han optado por incluirlos en sus Códigos Penales.

El Estado mexicano está obligado a proteger los bienes jurídicos de los sectores que utilizan la informática como instrumento de desarrollo, por ello, requiere de un marco jurídico acorde al avance tecnológico.

Algunos Estados de la República, conscientes de la necesidad de legislar en esta materia, han adoptado en sus ordenamientos penales, normas tendientes a la protección de la información; tal es el caso de Sinaloa, que tipifica al delito informático o Morelos y Tabasco, que protegen la información mediante la tipificación de la violación a la intimidad personal.

La inexistencia a nivel federal de tipos penales exactamente aplicables a esas conductas ha dado lugar a que sus autores queden impunes, por lo que es imperativo prever en la ley estas nuevas formas de delincuencia.

Es necesario proteger la privacidad e integridad de la información contenida en los sistemas y equipos de cómputo, de almacenamiento o procesamiento de información por ello debe sancionarse a las personas que sin derecho, acceden a los equipos y sistemas de terceras personas para vulnerar la privacidad de la información, o dañarla, alterarla o probar su pérdida.

La magnitud de los daños ocasionados por estas conductas depende de la información que se vulnere, al grado que pueden tener un fuerte impacto en el desarrollo de la economía, en la seguridad nacional o en las relaciones comerciales.

También encontramos penas agravadas como podrá verse en los preceptos jurídicos que contienen los tipos penales de estos delitos informáticos.

Una nueva figura que crea el legislador, es la contemplada en el Art. 222 Bis que contiene el tipo de cohecho a servidores públicos extranjeros.

Este delito tiene sus orígenes en el fenómeno del cohecho a servidores públicos involucrados en la toma de decisiones relacionadas con transacciones económicas o comerciales internacionales.

En relación al combate a este comportamiento antijurídico, México celebró la Convención Interamericana Contra la Corrupción, adoptada en la conferencia especializada sobre corrupción de la Organización de los Estados Americanos, en la ciudad de Caracas, Venezuela, el 29 de marzo de 1996, misma que fue aprobada por la cámara de Senadores del Honorable Congreso de la Unión, el 30 de octubre de 1996, y promulgada por el decreto ejecutivo publicado en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 1998.

El instrumento internacional citado, dispone en su artículo VIII, que los Estados miembros con sujeción a su Constitución y a los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, deberán prohibir y sancionar el cohecho a un funcionario público de otro Estado, relacionado con una transacción económica o comercial.

Por otra parte, el Consejo de la Organización de Desarrollo y Cooperación Económica, en su recomendación revisada sobre el combate al cohecho en transacciones internacionales del 23 de mayo de 1997, decidió iniciar las negociaciones, a fin de redactar una Convención Internacional para tipificar el cohecho en transacciones comerciales internacionales.

El 17 de diciembre de 1997, el gobierno de los Estados Unidos Mexicanos, celebró la Convención sobre Cohecho a Servidores Públicos Extranjeros en Transacciones Comerciales Internacionales, en París, Francia, auspiciada por la Organización de Cooperación y Desarrollo Económico, con la que adoptó el compromiso de tomar las medidas necesarias para tipificar el delito de cohecho a servidores públicos extranjeros en transacciones comerciales internacionales.

Con tales antecedentes y para cumplir con los compromisos adoptados por México, se crea este tipo penal al que también se le denomina "cohecho activo", consistente en el ofrecimiento de una dádiva o ventaja a un servidor público, con la particularidad de que dicho servidor público no sea un empleado del Estado que tipifica el ilícito, sino de un Estado distinto, por lo que se le califica como servidor público extranjero.

Por todo lo anterior se llevó a cabo de un nuevo capítulo XI denominado "cohecho a servidores públicos extranjeros", dentro de un título Décimo del Código Penal y que contiene el Art. 222 Bis.

El Art. 225 del Código Penal se refiere a los delitos cometidos por servidores públicos, mismo precepto que fue motivo de reforma para los efectos de corregir la puntuación de las fracciones XXV, XXVI y XVII, tipificar el delito de revelación de documentos, constancias o información de una averiguación previa o proceso penal que por disposición de la ley o resolución de la autoridad sean confidenciales y señalar las penas correspondientes, las cuales son adecuadas según lo estimó el legislador en las modificaciones al precepto jurídico referido.

Encontramos que se adicionó con un inciso "j" a la fracción I del Art. 253, para trasladara este artículo la interrupción o interferencia dolosa de la producción o los servicios de almacenamiento y distribución de gas natural, artificial o licuado de petróleo, antes contenidos en el Art. 167 fracción VI, que es objeto de la reforma que se analiza.

Las razones de la modificación, son, por una parte, mejorar la técnica de la fracción VI del Art. 167 para dejar en ella únicamente la materia relativa a las comunicaciones, y por la otra ubicar en el lugar adecuado la tipificación de las conductas cuyo objeto material es el gas natural, artificial o licuado de petróleo que es esencialmente un delito contra el consumo y la riqueza nacionales.

Se llevaron reformas a la fracción II del Art. 368, para equiparar al delito de robo, el uso o aprovechamiento de energía eléctrica, magnética, electromagnética o de cualquier fluido, o de cualquier medio de transmisión, sin derecho y sin consentimiento de la persona que legalmente puede disponer de los mismos.

Mediante la reforma mencionada podrán sancionarse los casos en que los avances tecnológicos hacen posible el aprovechamiento ilícito de

energía o de cualquier medio de transmisión con lo que se sancionaran conductas como la instalación ilegal de dispositivos que permiten el acceso a señales asociadas a cualquier medio de transmisión, circuito o canal de comunicación.

Con estas reformas se busca proteger a los usuarios, concesionarios y permisionarios de redes y servicios de telecomunicaciones, para evitar que sufran menoscabo patrimonial, por la proliferación de conductas contrarias a la ley.

Para estar acorde con esta reforma se deroga la fracción III del Art. 368.

Se crea el tipo penal contemplado en el Art. 368 Quáter, el que podemos denominar de sustracción o aprovechamiento de hidrocarburos o sus derivados.

Este nuevo tipo penal tiene como finalidad, inhibir las conductas que perjudican las instalaciones petroleras del país, y que afectan de manera grave el suministro de hidrocarburos y ponen en peligro la vida y la seguridad de núcleos de población ubicados cerca de instalaciones petroleras, por lo que el ejecutivo de la unión para evidenciar la problemática, señala que en la última década la incidencia de la sustracción de hidrocarburos en ductos, pasó del período 88-91, en el que se registraron únicamente 5 tomas clandestinas, a 206 sustracciones en el transcurso del presente año, es decir que se incrementó en un 20%. En los últimos 10 años se han detectado un total de 1,290 sustracciones ilícitas que han causado un daño patrimonial significativo.

Tales sustracciones ponen en peligro la integridad de otras personas, ajenas a la comisión del delito.

Así las cosas, la sustracción ilegal de hidrocarburos y sus derivados no solamente representa un daño patrimonial como el robo, sino que pone en peligro a grupos poblacionales, ecosistemas, la prestación de un servicio público y en los que se causa un daño en la economía y riqueza nacionales.

Cabe recordar que nuestro Código Penal esta comprendido en dos libros, el primero, habla sobre aspectos generales, y en el segundo, se atienden los delitos en particular, estos contienen distintos bienes jurídicos que se tutelan, por lo que en las reformas que se analizan, se aumenta la existencia de ilícitos en el Código Penal, los cuales tutelan bienes jurídicos que anteriormente no se protegían, y esto debido a los últimos inventos en materia informática, la globalización y demás aspectos que rodean a este México creciente.

Toda vez que uno de los delitos más frecuentes y que agravian a la sociedad de manera sobresaliente, consiste en el robo de automotores, y que actualmente el Código Penal sanciona esta conducta con la penas previstas para el tipo penal, de acuerdo con el monto de lo robado y en atención a la violencia empleada en su comisión, se crea en consecuencia una figura delictiva que queda descrita en un tipo penal autónomo sancionado con mayor severidad, sin considerar el importe de lo robado, y así tenemos que con la reforma se agrega el Art. 376 Bis.

El 2 de junio de 1998, es publicada en el Diario Oficial de la Federación la Ley del Registro Nacional de Vehículos, la que constituye en nuevo control vehicular que permite conocer la situación legal de los vehículos y con el que se pretende coadyuvar para frenar las acciones relacionadas con el tráfico de vehículos de procedencia ilícita.

De esta manera se crea el tipo penal contemplado en el Art. 378, el cual tiene por objeto contar con un instrumento jurídico para prevenir y sancionar con eficacia el incremento de los delitos cuyo instrumento, objeto o producto son vehículos automotores, y así se lleva la reforma para tipificar las conductas relacionadas con la falsificación, comercio ilícito y utilización indebida de placas, engomados, tarjetas de circulación y otros documentos oficiales que se expidan para identificar vehículos automotores o remolques.

A mayor abundamiento, se ha observado que se ha incrementado la práctica de alterar o modificar los distintivos vehiculares mencionados, así como utilizarlos para amparar la circulación de los vehículos de procedencia extranjera cuya internación al país se realiza en forma irregular, o bien, para encubrir los datos de identificación de vehículos que son utilizados para delinquir.

Tales conductas dañan a la industria y al comercio automotriz, asimismo constituyen un grave peligro para la sociedad, toda vez que las placas y documentos de identificación vehicular robados o falsificados pueden ser utilizados para cometer otros delitos.

En relación al Art. 381 Bis, se adicionan hipótesis consistentes en que se verifique en lugares o establecimientos destinados a actividades comerciales.

En virtud de la creciente proyección de las ventas de la industria mexicana en mercados nacionales e internacionales, se requiere de un marco jurídico que le brinde una protección adecuada en los distintos campos, incluidos los derechos de propiedad industrial y ante los reclamos de asociaciones de titulares de derechos de autor y derechos conexos, así como de las cámaras comerciales e industriales, de que el gobierno incremente el nivel de protección y la acciones de combate frontal y eficaz contra las violaciones a los derechos de

autor y de propiedad industrial, y además que se procure mantener y fomentar las inversiones nacionales y extranjeras; y tomando en cuenta la producción y comercialización ilícita de productos apócrifos que se van incrementando desmesuradamente en detrimento de la industria nacional, es necesario que dichas conductas sean castigadas.

Efectivamente, diariamente observamos en el comercio informal, en la vía pública, que se expenden productos alterados que atacan estos derechos de autor y de propiedad industrial y que la misma sociedad consume en grandes cantidades.

En este orden de ideas, en materia de derechos de autor se realizan reformas a la fracción III del Art. 424, y se deroga la fracción IV de dicho precepto.

Anteriormente en materia de derechos de autor en los tipos penales se hacía mención al concepto “escala comercial”, y como no se define en nuestro sistema jurídico, las autoridades judiciales negaban las órdenes de aprehensión argumentando que dicho elemento no se acreditaba en la averiguación previa, por tal motivo dicho concepto ha desaparecido y en su lugar contamos con el término “especulación comercial”, pues éste involucra la realización habitual de una actividad comercial con el propósito de obtener un lucro.

RECIBIR DENUNCIAS, QUERELLAS, E INVESTIGAR LOS DELITOS DEL ORDEN COMUN (O FEDERAL EN SU CASO).

Se encuentra configurado en el Art. 3º. fracción II de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, manifestando que investigar los delitos del orden común con la ayuda de los

auxiliares a que se refiere el Art. 23 de esta ley, que dice que son auxiliares directos del Ministerio Público del Distrito Federal:

La policía ministerial y los servidores periciales. Igualmente auxiliaran al Ministerio Público en los términos de las normas aplicables, la policía del Distrito Federal, el servicio médico forense del Distrito Federal, los servicios médicos del Distrito Federal y en general las demás autoridades que fueren competentes, tanto federales como de las entidades federativas en los términos de convenios de colaboración, como lo establece el Art. 15 de esta misma ley a efecto de establecer líneas de acción para la debida procuración de justicia, podrá celebrar convenios, bases y otros instrumentos de coordinación con la Procuraduría General de la República, con las Procuradurías Generales de Justicia de otras Entidades Federativas, y con otras dependencias y entidades de la administración pública federal, del Distrito Federal, de los estados y municipios de la República, así como de las personas físicas o morales de los sectores social y privado, también con la debida intervención de las autoridades competentes podrá concertar programas de cooperación con instituciones y entidades del extranjero así como con organismos internacionales con el objeto de obtener como fines la recta y sana administración de justicia.

ATRIBUCIONES RESPECTO DE LA CONSIGNACIÓN Y EL PROCESO. ACERCA DEL ARTÍCULO 4 DE LA NUEVA LEY ORGANICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL.

Las atribuciones a que se refiere la fracción I del Art. 2º. de esta ley respecto de la consignación y durante el proceso según el Art. 4º. del ordenamiento citado, comprenden:

- 1) Ejercer la acción penal ante el órgano jurisdiccional competente por los delitos del orden común, cuando exista denuncia o querrela,

estén acreditados los elementos del tipo penal del delito de que se trate y la probable responsabilidad de quien o quienes hubieren intervenido, solicitando las ordenes de aprehensión, de comparecencia o de presentación, en su caso.

2) Solicitar al órgano jurisdiccional las ordenes de cateo, las medidas precautorias de arraigo.

3) Poner a disposición de la autoridad judicial, a las personas detenidas y aprehendidas, dentro de los plazos establecidos por la ley.

4) Solicitar el aseguramiento precautorio de bienes o la constitución de bienes o la constitución de garantías para los efectos de la reparación de los daños y perjuicios .

5) Aportar las pruebas pertinentes y promover las diligencias conducentes para la debida acreditación de los elementos del tipo penal del delito de que se trate, de la responsabilidad penal, de la existencia de los daños y perjuicios y para la fijación del monto de su reparación.

6) Formular las conclusiones en los términos señalados por la ley. Solicitar dos cosas: uno la imposición de penas y medidas de seguridad que correspondan y segundo la formulación de conclusiones no acusatorias o de cualquier acto cuya consecuencia sea el sobreseimiento del proceso o la libertad absoluta del inculpado antes de que se pronuncie sentencia.

7) Impugnar en los términos previstos por la ley las resoluciones judiciales que a su juicio causen agravio a las personas representadas por el Ministerio Público.

8) Promover lo conducente al desarrollo de los procesos y realizar las demás atribuciones que le señalen las normas aplicables.

ATRIBUCIONES DE DERECHOS HUMANOS. COMENTARIOS:
(REFERENCIA AL ARTÍCULO 6 DE LA LEY ORGANICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL).

Las atribuciones en materia de derechos humanos comprenden según el Art. 6 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal comprenden:

1.- Promover entre los servidores públicos de la Procuraduría una cultura de respeto a los derechos humanos.

2.- Atender las visitas, quejas, propuestas de conciliación y recomendaciones de la Comisión Nacional de Derechos Humanos y de la comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal conforme a las reglas aplicables.

3.- Coordinarse, en el ámbito de su competencia con la Comisión Nacional de Derechos Humanos y con la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, para procurar el respeto a los Derechos Humanos.

4.- Recibir las quejas que formulen directamente los particulares en materia de Derechos Humanos y darles la debida atención.

ATRIBUCIONES EN ASUNTOS DEL ORDEN FAMILIAR, CIVIL, MERCANTIL Y CONCURSAL. (REFERENCIA LA ARTÍCULO 7 DE LA NUEVA LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL).

Esas atribuciones comprenden:

1) Intervenir en su carácter de representante social, ante los órganos jurisprudenciales para la protección de los intereses individuales y sociales en general.

2) Iniciar el trámite de los incidentes penales ante los órganos jurisprudenciales no penales competentes, de conformidad con lo establecido en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

3) Promover la conciliación en los asuntos del orden familiar, como instancia previa al órgano jurisdiccional.

4) Coordinarse con instituciones públicas y privadas que tengan por objeto la asistencia social de menores e incapaces para brindarles protección. El Art. 6 del mismo ordenamiento sigue expresando, " la protección de los derechos e intereses de menores, incapaces, ausentes, ancianos y la de otros de carácter individual y social, consistirá en la intervención en procedimientos jurisdiccionales conforme a las disposiciones legales aplicables, o cuando estén en situación de daño y peligro.

ATRIBUCIONES ACERCA DE LOS ESTUDIOS, PROPUESTAS Y LINEAMIENTOS DE POLÍTICA CRIMINAL.

Comprenden según lo refiere el Art. 9 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal:

1) Recabar, sistematizar y analizar información generada en materia de incidencia delictiva.

2) Promover las reformas jurídicas en el ámbito de su competencia y las medidas que convengan para el mejoramiento de la seguridad pública, y de la procuración e impartición de justicia.

3) Investigar y determinar las causas que dan origen a los delitos, precisar los lugares de su comisión, desarrollar estadísticas criminales y conocer al impacto social del delito y su costo.

4) Promover la formación profesional y el mejoramiento de instrumentos administrativos y tecnológicos para la investigación y persecución eficaz de los delitos.

5) Estudiar y analizar las medidas de política criminal adoptadas en otras ciudades, tanto en la República Mexicana como en el extranjero, e intercambiar información y experiencias sobre esta materia.

6) Participar en el diseño de proyectos del Plan Nacional de Desarrollo y de los programas correspondientes, en los términos de las normas aplicables.

7) Intervenir en la evaluación del cumplimiento de los programas de procuración de justicia en el Distrito Federal.

ATRIBUCIONES EN PREVENCIÓN DEL DELITO.

Según el Art. 10 de la Ley Orgánica, las materias que constituyen la prevención del delito, comprenden:

1.- Fomentar la cultura preventiva de la ciudadanía, involucrar al sector público y promover la participación de los sectores social y privado.

2.- Estudiar las conductas antisociales y los factores que las propician y elaborar programas de prevención del delito en el ámbito de su competencia.

3.- Promover el intercambio con otras entidades federativas e instituciones nacionales e internacionales de carácter público o privado para la cooperación y fortalecimiento de acciones en materia de prevención del delito.

ATRIBUCIONES EN MATERIA DE ATENCIÓN A LAS VICTIMAS U OFENDIDOS POR EL DELITO. (REFERENCIA AL ARTÍCULO 10 DE LA NUEVA LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL).

Comprenden según el Art. 11 de la citada Ley Orgánica lo que a continuación se expresa:

1) Proporcionar orientación y asesoría legal, así como propiciar su eficaz coadyuvancia en los procesos penales.

2) Promover que se garantice y haga efectiva la reparación de los daños y perjuicios.

3) Concertar acciones con instituciones de asistencia médica y social, públicas y privadas para los efectos del último párrafo del Art. 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

4) Otorgar, con otras instituciones competentes, la atención que se requiera.

ATRIBUCIONES EN MATERIA DE SERVICIOS A LA COMUNIDAD. (REFERENCIA AL ARTÍCULO 12 DE LA NUEVA LEY ORGÁNICA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL).

1.- Promover y desarrollar programas de colaboración comunitaria para mejorar el desempeño de la Institución.

2.- Proporcionar a los miembros de la comunidad, para el mejor ejercicio de sus derechos.

3.- Promover acciones que mejoren la atención a la comunidad por parte de los servidores públicos de la Procuraduría.

4.- Brindar información general sobre sus atribuciones y servicios, así recoger las opiniones de la población en torno a la procuración de la justicia.

ATRIBUCIONES DE VISITAS A LOS RECLUSORIOS Y CENTOS DE EJECUCIÓN DE PENAS. (REFERENCIA AL ARTÍCULO 13 DE LA LEY ORGÁNICA).

Se desprende de este Artículo lo siguiente:

A).- Escuchara las quejas de los internos y poner los hechos en conocimiento de las autoridades competentes, en caso de que se inicie una conducta delictiva se iniciará la averiguación correspondiente.

B).- Así mismo, vigilar que las sentencias que dictan los órganos jurisdiccionales sean cumplidas en su exacta dimensión.

2.2.- EL JUEZ PENAL.

Las voces juez y juzgador suelen confundirse, pues ambas palabras provienen de iudex, iudicis, el que juzga; pero según Caravantes derivan de ius y dex (contradicción de vindex), que significa vindicador del derecho.

Igualmente, aunque juez y jurisdicción tienen un raíz etimológica común, en la connotación del primer vocablo la atención se centra en el sujeto encargado de decidir, en tanto que en el segundo de los vocablos (juzgador) se pone énfasis en la acción misma de decidir.

Entre los sujetos procesales, el juzgador es el sujeto a juicio – esto es, el sujeto que decide – nota que lo diferencia de los sujetos del litigio, de los sujetos de la acción y aun de los terceros.

Visto desde la tesis de la relación procesal, el juzgador es también uno de los vértices del triángulo que se configura entre dos sujetos que contienden y éste precisamente, que es quien decide.

Tradicionalmente han arrancado las nociones de juzgador de dos marcos conceptuales.

En un sentido funcional, se considera que es juzgador sólo aquel que decide el fondo del litigio sometido a su decisión (el que sentencia), y

En un sentido orgánico, juzgador sólo es el que está dentro del poder judicial y posee nombramiento, aunque no se conduzca como juzgador en su sentido funcional. Esto es, que aun cuando sólo instruya, sólo coopere con otro o sólo ejecute, pero sin pronunciar decisión sobre el fondo, es también juzgador.

En la actualidad, la primera de las acepciones resulta más aceptable: es juzgador el sujeto procesal que decide sobre el fondo controvertido, es decir, el que resuelve la contienda.

Por otra parte, un ideal es que el juzgador sea necesariamente un tercero imparcial y extraño a la contienda. No obstante la historia a recogido casos en los que, según la etimología de Alcalá-Zamora, se llama juez-acusador. Aparece éste en procesos basados necesariamente en el principio inquisitivo, donde el juzgador no sólo juzga, sino que también acusa. Hoy en día generalmente, se han separado las funciones (acusación, defensa y decisión) y, surgida la trilateralidad, tales funciones se han entregado a tres sujetos: acusador, defensor y juzgador.

El cambio en cualquiera de las ideas bosquejadas, esto es, el cambio en los marcos conceptuales, nos ha de cambiar la noción de juzgador.

“Para Manzini, el juez es el representante monocrático o colegial del órgano jurisdiccional del Estado, encargado de ejercer la función soberana de jurisdicción en un determinado proceso penal”.²⁸

²⁸ Manzini Vincenzo, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo II, Pág. 11.

“Según Alcalá- Zamora juzgador es el tercero imparcial instituido por el Estado para decidir jurisdiccionalmente y, por consiguiente, con imparcialidad un litigio entre partes”.²⁹

Cuando se hace alusión al juzgador penal o al juzgador civil, la diferencia no recae precisamente en el concepto de juzgador, sino en la calificación del litigio que ha de resolver. Así, es en atención al tipo de litigio como usualmente se califica al juzgador.

El juzgador penal no es una persona irresponsable, sino comprometida en la aplicación de la ley. No obstante, puede ocurrir que en ocasión de los actos procesales que dicte y ordene se ejecuten, cause daño. En este sentido, el juzgador es responsable.

En lo personal, el juzgador responde frente al Estado mismo que representa y frente a los particulares, especialmente frente al sujeto pasivo del proceso y terceros intervinientes.

La Constitución de Zacatecas, por ejemplo indica que “los jueces y magistrados serán personal y pecuniariamente responsables de los daños y perjuicios que ocasionen a las partes por falta de trámites esenciales en la sustanciación de los procesos y por inexacta aplicación de la ley” (Art. 74).

Una orden de aprehensión ilegal, una reclusión o un arresto ilegal pueden producir daños respecto a los cuales debe responder. El Estado, que es representado por el juzgador, también responde de los actos de sus agentes.

²⁹ Alcalá-Zamora y Castillo Niceto, El Antagonismo Juzgador-Partes: Situaciones Intermedias y Dudosas,

El Estado –dispone del Art. 1928 del Código Civil– tiene obligación de responder de los daños causados por sus funcionarios en el ejercicio de las funciones que les están encomendadas. Esta responsabilidad es subsidiaria, y sólo podrá hacerse efectiva contra el Estado cuando el funcionario directamente responsable no tenga bienes, o los que tenga no sean suficientes para responder del daño causado.

A mi parecer pese a las imperfecciones técnicas en este apartado resultó mejor la ley penal de 1871, al disponer en su artículo 344 que cuando “el acusado de oficio, sea absuelto no por falta de pruebas, sino por haber justificado su completa inocencia en el delito que se le acusó, y no haya dado con su anterior conducta motivo para creerlo culpable, se declarará así de oficio en la sentencia definitiva; y si el acusado lo pidiere, se fijará en ella en monto de los daños y perjuicios que se le hayan causado con el proceso, oyendo previamente al representante del Ministerio Público. En este caso, la responsabilidad civil se cubrirá del fondo común de indemnizaciones, si con arreglo al Art. 348 no resultaren responsables los jueces, o éstos no tuvieren con qué satisfacerla”.

Además de la responsabilidad civil, el juzgador ha de responder penalmente por las irregularidades cometidas. Nuestro Código Penal y aun la Ley de Responsabilidades tipifican diversas conductas en que pueden incurrir el juzgador penal.

CAPITULO TERCERO

CAPITULO TERCERO

DE LAS SANCIONES.

3.1.- LAS SANCIONES.

El concepto de sanción jurídica se define como la consecuencia que atribuye la norma a la observancia o inobservancia de lo preceptuado por ella.

Recordemos que de toda norma se desprende el derecho subjetivo a favor del sujeto activo o pretensor y el deber jurídico a cargo del sujeto obligado. Frente al incumplimiento del obligado se genera lógica y forzosamente la sanción que es la consecuencia del deber jurídico incumplido.

Esta consecuencia puede traducirse en cumplimiento forzoso, cuyo fin consiste en obtener la observancia de la norma infringida, o en su defecto, indemnización y castigo; siendo la finalidad de la indemnización obtener del sancionado una prestación económicamente equivalente al deber jurídico primario; siendo la finalidad del castigo imponer una pena al sujeto incumplidor del deber jurídico primario. No persigue por tanto el castigo el cumplimiento del deber jurídico primario ni la obtención de prestaciones equivalentes.

De lo anterior se traduce que las relaciones entre el deber jurídico primario y el constitutivo de la sanción, son de dos naturalezas: una, de coincidencia como es el cumplimiento forzoso, y otra, de no coincidencia como es la indemnización y el castigo.

Como señala el maestro García Máynez, tales tipos constituyen las formas simples de las sanciones jurídicas; pero al lado de ellas existen las mixtas o complejas que, como su denominación lo indica, resultan de la combinación o suma de las primeras. Hay varias combinaciones posibles, a saber:

- 1.- Cumplimiento + indemnización;
- 2.- Cumplimiento + castigo;
- 3.- Indemnización + castigo;
- 4.- Cumplimiento + indemnización + castigo.

Pongamos ejemplos para cada caso, siguiendo nuestra costumbre de ilustrar con ello los conceptos jurídicos de estas lecciones.

1.- Supongamos al deudor que no cumple su obligación de pagar, por ejemplo, una letra de cambio a su cargo. La sanción puede traducirse en exigir el cumplimiento forzoso de pago de la letra por la vía ejecutiva y al realizarse ésta en el acto del requerimiento, el acreedor obtiene, además, el pago de intereses que es en lo que se traduce la indemnización.

2.- El caso del cumplimiento + castigo podría ser el del promitente que, habiendo faltado a su deber de perfeccionar el contrato prometido, se obtenga coactivamente la realización del contrato, más las costas judiciales que, como castigo, se infringe al promitente incumplidor.

3.- Para el caso de indemnización + castigo, se nos ocurre la que tiene el propio promisuario de un contrato de promesa de venta que, sin exigir el

cumplimiento forzoso, opta por la rescisión del contrato promisorio, obteniendo del sujeto incumplidor (en el caso el promitente) la indemnización de los daños y perjuicios, más costas judiciales.

Es conveniente recordar que conforme a los Arts. 1797 y 2104 del Código Civil, el incumplimiento de los contratos no puede dejarse al arbitrio de los contratantes y que, el que estuviere obligado a prestar un hecho y no lo hiciere, será responsable de los daños y perjuicios.

4.- Por último, la sanción consistente en cumplimiento + indemnización + castigo, puede ejemplificarse con el cobro de la letra de cambio en el que el acreedor obtenga el pago de la misma, o sea, cumplimiento; el de los intereses, o sea, indemnización; y las costas judiciales, o sea, el castigo.

“Para terminar con este tratado, conviene decir dos palabras sobre lo que en Derecho Penal son las sanciones. Para el Derecho Penal las sanciones establecidas por las normas penales reciben la denominación específica de pena. Pena es el sufrimiento impuesto por el Estado, en ejecución de una sentencia, al culpable de una infracción penal”.³⁰

En el Código Penal de nuestro Estado se usan indistintamente los vocablos pena y sanción, “porque en rigor significan lo mismo, no sólo por el significado usual, sino por su connotación de diccionario...” (Exposición de motivos del Código Penal).

Las penas privativas de libertad son:

1.- Prisión.

³⁰ Cuello Calón Eugenio, Derecho Penal, Tomo I, Tercera Edición, Pág. 544.

- 2.- Reclusión.
- 3.- Confinamiento.
- 4.- Prohibición de ir a lugar determinado.
- 5.- Vigilancia de la policía.

1.- Prisión. La prisión consiste en privar de su libertad corporal a un individuo, varía de tres días a cuarenta años, y debe cumplirse en las colonias, penitenciarías, lugares o establecimientos que, al efecto, designe la autoridad que ejecute la sanción (Art. 25 del Código Penal).

A los procesados sujetos a prisión preventiva y a los reos políticos se les recluye en establecimientos o departamentos especiales (Art. 26 del Código Penal).

2.- Reclusión. La reclusión no constituye propiamente una pena, sino un conjunto de medidas que tienen como finalidad curar, educar o readaptar a determinados individuos, que por sus condiciones físicas son acreedores a dichos tratamientos.

A los sordomudos que violen una ley penal se les recluye en escuelas o establecimientos especiales, por todo el tiempo que fuere necesario, para su educación o instrucción (Art. 67 del Código Penal).

A los locos, idiotas o imbeciles, o a los que sufren cualquier otra debilidad, enfermedad o anomalía mental y que hayan delinquido, se les recluye en manicomios o en departamentos especiales, por todo el tiempo necesario para su curación, sometiéndolos a un régimen de trabajo especial (Art. 68 del Código Penal).

3.- Confinamiento. El confinamiento consiste en la obligación de residir en determinado lugar y no salir de él. Toca al Ejecutivo señalar el lugar en donde debe extinguirse esta pena (Art. 28 del Código Penal).

4.- Prohibición de ir a lugar determinado. Esta pena consiste en la prohibición que el juez o la autoridad administrativa imponen al delincuente de ir a determinado lugar, donde fundadamente se teme que cometa un delito.

5.- Vigilancia de la policía. No se trata propiamente de una pena, puesto que quien la sufre resiente únicamente las molestias inherentes a la vigilancia que el Estado ejerce sobre él. Esta es una sanción complementaria de otras privativas de la libertad.

Las penas privativas de los derechos son cuatro:

- 1.- Suspensión de derechos.
- 2.- Suspensión o destitución de funciones.
- 3.- Suspensión o disolución de sociedades.
- 4.- Medidas tutelares para menores.

1.- Suspensión de derechos. La suspensión de derechos puede provenir: o de otra sanción que, por mandato de la ley, lleve apareja la suspensión, o de una sentencia que directamente imponga esta pena (Art. 45 del Código Penal).

Como ejemplo del primer caso tenemos la pena de prisión, que produce la suspensión de los derechos políticos y los de tutela, curatela, defensoría, sindicatura, albaceazgo, etc. (Art. 46 del Código Penal). Como ejemplo del segundo, el hecho de que un juez, mediante una sentencia, suspenda a un individuo el derecho de ejercer la tutela.

2.- Suspensión o destitución de funciones. Esta pena no es sino una consecuencia de la anterior, a la cual contempla. Consiste en la destitución de los funcionarios que han delinquido y en la suspensión de las funciones y empleos que ejercen.

3.- Suspensión o disolución de sociedades. Cuando un grupo de personas ha cometido determinado delito, independientemente que por dicho delito les corresponda, la ley ordena la disolución del concurso. Si se trata, por ejemplo, de una sociedad organizada para delinquir, ésta debe ser disuelta.

4.- Medidas tutelares para menores. Estas medidas se aplican a menores de dieciocho años, delincuentes; en este caso, no debe hablarse propiamente de pena, sino de Internación o de reclusión, como medios encaminados a lograr su regeneración.

Las sanciones privativas de las cosas son dos:

- 1.- Pérdida de los instrumentos del delito.
- 2.- Confiscación o destrucción de las cosas peligrosas o nocivas.

1.- Pérdida de los instrumentos del delito. Esta sanción consiste en el hecho de que la autoridad decomise al acusado los instrumentos con que cometió el delito o intentó cometerlo, así como las cosas que sean objeto de él (Art. 40 del Código Penal).

Los instrumentos del delito y cualquier otra cosa con que se comete o pretenda cometer pueden ser de uso prohibido o de uso ilícito, en el primer caso, siempre se decomisan; en el segundo, sólo se decomisarán si el

acusado fuere condenado. Si los instrumentos o cosas sólo sirven para delinquir se destruirán al ejecutar la sentencia; pero si fueren útiles se venderán.

2.- Confiscación de cosas peligrosas. Esta pena consiste en que el delincuente pierda las cosas con las que cometió o pretendió cometer el delito, procediéndose como en el caso anterior.

PENAS PREVENTIVAS.

Las penas preventivas son:

- 1.- La amonestación.
- 2.- El apercibimiento.

1.- Amonestación. La amonestación consiste en la advertencia que el juez dirige al acusado, haciéndole ver las consecuencias del delito que cometió, incitándolo a la enmienda y conminándolo con que se le impondrá una sanción mayor si reincidiere. La amonestación se hace en público o privado, según parezca prudente al juez (Art. 42 del Código Penal).

2.- Apercibimiento. El apercibimiento consiste en la advertencia que el juez hace a una persona de que en caso de que cometa un delito u otro semejante se la considerará como reincidente (Art. 43 del Código Penal).

PENAS PECUNIARIAS.

Son penas pecuniarias las siguientes:

- 1.- La multa.
- 2.- La reparación del daño.
- 3.- La caución de no ofender.

4.- La publicación especial de la sentencia.

1.- Multa. La multa es una sanción que consiste en que el delincuente pague al Estado una suma determinada de dinero como compensación de la falta cometida.

Cuando el condenado no puede pagar la multa que se le hubiere impuesto como sanción, o solamente puede pagar parte de ella, el juez fija, en substitución, los días de prisión que correspondan, según las condiciones económicas del reo, no debiendo exceder dicha pena de cuatro meses (Art. 29 del Código Penal).

2.- Reparación del daño. Esta sanción tiene el carácter de pena pública y comprende: la restitución de la cosa obtenida por el delito, y si esto no fuere posible, el pago del precio de la misma y la indemnización del daño material y moral causado a la víctima y a su familia (Art. 30 del Código Penal).

La reparación del daño proveniente de delito se exige de oficio por el Ministerio Público (Art. 34 del Código Penal).

El importe de la sanción pecuniaria se distribuye: entre el Estado y la parte ofendida; al primero se aplica el importe de la multa, y a la segunda, el de la reparación (Art. 35 del Código Penal). Si no alcanza a cubrirse la responsabilidad pecuniaria con los bienes del responsable o con el producto de su trabajo en la prisión, el reo libertado seguirá sujeto a la obligación de pagar la parte que le falte (Art. 38 del Código Penal).

3.- Caución de no ofender. La caución de no ofender consiste en la fianza, prenda o depósito que el juez exige al acusado, cuando teme que no es

suficiente al apercibimiento para hacerlo desistir de la comisión del delito (Art. 44 del Código Penal).

4.- Publicación especial de la sentencia. La publicación especial de la sentencia consiste en la inserción total o parcial de ella en uno o dos periódicos que circulen en la localidad donde se cometió el delito. La publicación se hace a costa del delincuente, del ofendido, si éste lo solicitare, o del Estado, si el juez lo estima necesario.

3.1.2.- LA PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD.

Una de las medidas cautelares de naturaleza personal más socorridas, típica o representativas del proceso penal, es aquella que asegura la restricción de la libertad personal o física del sujeto pasivo del proceso penal, presumido como sujeto activo del delito.

Esta medida, tan peculiar del proceso penal y casi desconocida en otro tipo de proceso, lleva a la aplicación de medidas restrictivas a la libertad física de una persona; esto es, la reduce a la detención y reclusión preventiva.

Entre los estudiosos se afirma que este tipo de medida cautelar tiende a asegurar los siguientes bienes:

a) La ejecución de la eventual condena, impidiendo que huya o se fugue. Se asegura así la ejecución de la pena privativa de la libertad o incluso de la vida.

b) La presencia o disponibilidad del sujeto pasivo del proceso penal, a los actos procesales.

c) "Impedir que destruya las fuentes de prueba. Es decir, utilice su libertad para borrar las huellas del delito y dificultar la acción de la justicia".³¹

d) "Protegerlo –dice Prieto Castro- contra toda venganza privada".³²

e) "Rodríguez Mancera agrega, además, el proteger a los testigos, el proteger al criminal de sus cómplices, y el evitar que concluya el delito".³³

En el fondo la restricción provisional de la libertad física también implica una sanción anticipada. Es esto precisamente lo que ha llevado a los hombres a criticarla. ¿Cómo es posible que sin existir sentencia de condena, una persona ya se encuentre privada de la libertad?

Por eso, García Ramírez recuerda que "contra la existencia misma de la prisión preventiva se ha alzado un denso clamor, que la tilda de injusta. Lo es que los hombres torturen para saber si se debe torturar, en frase de San Agustín, que linda con la concepción de Carrara sobre el mismo instinto: lepra del proceso penal. Concepción Arenal sostuvo: imponer a un hombre una pena grande como es la privación de la libertad, una mancha en su honra, como es la de haber estado en la cárcel, y esto sin haberle probado que es culpable, y con la probabilidad de que sea inocente, es cosa que dista mucho de la justicia.

Pisapia censura a la preventiva: es inmoral su contenido aflictivo o ejemplar, porque se aplica a quien aún no ha sido condenado. también en el cometido de prevención especial se confunde al imputado con el sentenciado.

³¹ García Ramírez, Sergio y Adato, Victoria, *Prontuario del Proceso Penal Mexicano*, Editorial Porrúa, México 1980, Págs. 74 y 75.

³² Prieto Castro Leonardo, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1947, Pág. 262.

³³ Rodríguez Manzanera Luis, *Sustitutos de la Pena*, Editorial Porrúa, México, 1984, Pág. 11.

Plantearla como medio para evitar la destrucción de las pruebas es ingenuo y perjudicial para la defensa. El fin de la disponibilidad del imputado en el proceso no requiere de algo tan extremo como lo es la privación constante de la libertad.

“El objetivo de asegurar la ejecución de la pena puede hacer de la cárcel preventiva un instrumento práctico, pero no darle verdadera justificación jurídica. Por la diversidad de bienes en juego y la irreversibilidad del perjuicio que causa, no es posible compararla válidamente con el secuestro. Empero, en el estado actual de las cosas es imposible abolir la preventiva; sigue siendo cierto, como afirmaba Manduca, que la exige una suprema necesidad social”.³⁴

Encontramos al final, que la detención preventiva se explica por razones de carácter práctico, más no que se justifique.

Así como se diferencia a la privación provisional de la libertad, con respecto a la privación definitiva (la que surge con la condena), se suele diferenciar dentro de la propia privación provisional de la libertad individual del sujeto pasivo del proceso (o potencial sujeto pasivo del proceso) –a la detención o arresto-, de la prisión preventiva.

Ambas se dice, son especies de un mismo género: la privación provisional de la libertad.

Mientras que la detención o arresto es más efímera en el tiempo, la prisión preventiva es más o menos prolongada. Podríamos decir que la atención limita la libertad del individuo durante un período brevísimo, hasta tanto sea convalidada u homologada tal orden de detención. Esta convalidación u homologación de la orden de detención es a la que se llama prisión preventiva, cuyo estado es más intenso que la detención.

³⁴ Ob. Cit., García Ramírez Sergio, 1974, Págs. 401 y 402.

Dicho de otra manera, la privación provisional de la libertad puede ser preliminar (hasta que se decida si continúa) u homologada. La diferencia que se atisba es de grado de intensidad, aunque no de esencia.

Si implicamos al procedimiento (según el sistema mexicano), tengamos en cuenta que la detención judicial puede suponer al procedimiento provisional, en tanto que la prisión preventiva supone necesariamente al procedimiento definitivo.

Como vemos, la detención puede ordenarla no sólo la autoridad judicial (orden de detención), sino también cualquier particular (casos de flagrancia) o cualquier otro órgano de autoridad, incluso administrativa (por ejemplo, en el llamado caso urgente), en tanto que la prisión preventiva es privativa del campo procesal penal, es decir, la autoridad judicial, la que en su caso podrá homologar o convalidar la orden de privación provisional de la libertad, dada por el mismo tribunal o por otro tipo de autoridades, a través del llamado auto de formal prisión, también denominado de reclusión preventiva.

En atención al sujeto que ordena la detención, ésta puede ser: a) judicial, si proviene del tribunal judicial, o b) prejudicial, policial, o también conocida como gubernativa, en los demás casos enumerados (flagrancia, caso urgente).

El Art. 14 Constitucional prescribe que para que un gobernado sea privado de su libertad, se requiere que medie el acto de privación, el procedimiento previo, en que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento.

Como esta disposición constitucional impide la privación provisional de la libertad, resulta entonces que las medidas de cautela

consistente en la privación provisional de la libertad, aparentemente resulta inconstitucional.

La excepción a lo dispuesto por el propio Art. 14 sólo puede encontrarse en el texto de la propia Constitución, y no en preceptos de orden secundario.

La base constitucional a la privación provisional de la libertad física de una persona la encontramos en el Art. 18 constitucional, cuando dispone que sólo por delito que merezca pena de carácter corporal, habrá lugar a la "prisión preventiva".

Esto significa que en los casos en que la pena que pudiera ser aplicable (en el caso de resultar triunfante la pretensión del sujeto activo del proceso) o sea, según la ley, de carácter corporal, será factible aplicar una medida de cautela restrictiva de la libertad física. Fuera de este caso, será inconstitucional toda medida cautelar que tienda a restringir preventivamente la libertad.

Cabe observar que la pauta establecida por nuestra Constitución para privar preventivamente de su libertad a una persona, no es universal. Existen otros sistemas que le conceden facultades al tribunal para resolver si debe o no imponerse la medida restrictiva de la libertad, basándose principalmente en factores de peligrosidad social, más que en el tipo de sanciones por imponer.

"Existe –dice Fix Zamudio- una vigorosa corriente doctrinal en México, como en muchos países, para limitar en lo posible a la detención preventiva y sustituirla por otras medidas cautelares que sean menos restrictivas de la libertad personal, como la libertad vigilada, el arresto domiciliario, el arraigo y otras similares, tomando en cuenta que esta institución contradice el principio

esencial de la presunción de inocencia del acusado en el proceso penal y que fue consagrado expresamente en el Art. 30 del Decreto Constitucional para la Libertad de América Mexicana, expedido en Apatzingán en 1814 y según el cual todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpado".³⁵

La posibilidad de aplicar la medida restrictiva de la libertad es un derecho a favor de las autoridades penales, de manera que es perfectamente factible que se pudiera establecer que en ciertos delitos (aun cuando la sanción abstractamente aplicable sea corporal) no impliquen para las personas a las que se les atribuye, la aplicación de tales medidas restrictivas de la libertad (el Estado puede renunciar a su derecho).

Al lado de las excepciones que podría establecer el legislador ordinario al restringir la facultad constitucional de las autoridades, debe mencionarse que tampoco podrá aplicarse medida restrictiva a la libertad a quienes sólo se les impute ser sujetos responsables de deudas de carácter puramente civil. Pues aun cuando el legislador secundario pudiera establecer sanciones de carácter corporal para este tipo de conductas, tal sanción sería contraria al propio texto constitucional, que prohíbe la prisión por deudas de carácter puramente civil.

Quedan excepciones igualmente de sufrir medidas restrictivas de la libertad, aquellas personas en cuyo favor concurra una causa de inviolabilidad o de inmunidad.

A nuestro parecer no pueden ser privados de la libertad de manera provisional los inviolables o impunes, pues el objetivo principal de la detención carece de razón de ser (no existe eventual condena a asegurar).

³⁵ Fix Zamudio Héctor, Detención, Diccionario Jurídico Mexicano.

En el caso de los inmunes, creo que la inmunidad se apoya más en la prohibición de medidas cautelares restrictivas de la libertad, que en el proceso mismo. Esto significa que podría ser explicable que un inmune esté procesado, pero no privado de la libertad.

Los casos en que se permite la medida restrictiva de la libertad personal, se dice que son de dos tipos: los de detención y los de prisión preventiva, a los que ya he aludido.

Como medios de detención, mencionaremos los que se enuncian como: orden de aprehensión, flagrancia y caso urgente. En el único caso de prisión preventiva, tenemos el auto de formal prisión, también llamado reclusión preventiva.

ORDEN DE APREHENSIÓN.

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

El vocablo aprehensión deriva de prehendo, prehendere, prehendi, que significa tomar, asir, coger. En el caso del procesado penal, consiste en asir a una persona aun contra su voluntad, y llevarla ante el tribunal que la reclama.

PRERREQUISITOS.

Dentro de los supuestos o prerrequisitos de la orden de aprehensión encontramos los propios del auto de procesamiento provisional a que ya he referido.

Estos supuestos, que la doctrina, y aun la jurisprudencia, menciona constantemente, son, entre otros:

a) Que se encuentren satisfechos los requisitos de procedibilidad, tales como la denuncia o la querella.

b) Que se haya promovido previamente la acción penal. Esto es, que el sujeto activo del proceso previamente haya ejercido la acción penal.

c) Que exista radicación del negocio procesal ante el tribunal.

d) Que exista petición del Ministerio Público.

e) Que se declare la existencia del delito y de responsabilidad, fundados en datos de persona digna de fe o cualquier otro dato que haga probable la responsabilidad del potencial aprehendido. Vale decir, que se dé el procesamiento provisional.

La Suprema Corte, ha sostenido que para ordenar una aprehensión no se requiere la prueba plena del cuerpo del delito, ya que sólo bastan denuncia o querella en torno a un hecho calificado como delito. No obstante, para las aprehensiones a través de exhorto, debe destacarse que por disposición expresa de la Ley Reglamentaria del Art. 119 constitucional, el cuerpo del delito debe estar plenamente comprobado.

Como se advierte de esta lista, no se menciona ningún requisito de la orden de aprehensión, sino tan sólo prerrequisitos o supuestos que también son comunes a la orden de citación.

REQUISITOS.

En lo que atañe a los requisitos de esta providencia o medida cautelar, encontramos los siguientes:

a) Que el delito que se califique con los hechos en que se basa el ejercicio de la acción, se encuentre sancionado abstractamente en la ley penal, con pena privativa de la libertad o con pena contra la vida; es decir, a las que la doctrina mexicanizada ha llamado penas corporales.

b) Que sólo el tribunal puede ordenar, no pudiendo por tanto dictar tal resolución ningún otro tipo de autoridades, pues formal y materialmente sólo la autoridad judicial es la competente.

ORDENES DE COMPARECENCIA, CAPTURA Y ACOMPAÑAMIENTO.

Conviene diferenciar a la orden de aprehensión de otro tipo de resoluciones.

Debe diferenciarse la orden de aprehensión de la orden de citación o comparecencia, que es una resolución del tribunal, con los mismos prerrequisitos de la orden de aprehensión, y que se diferencia de ésta en que la potencial sanción que podría ser aplicable no es de carácter corporal y en que esta orden va dirigida por tribunal directamente a la persona que ha de

comparecer, pues en la orden de aprehensión, la orden va dirigida a un tercero que será el ejecutor.

En el segundo de los casos (aprehensión) se emplea la fuerza, el constreñimiento, en tanto que en el primero (comparecencia), se trata de una invitación obligatoria, esto es, que intima o apercibe al citado para que comparezca por sí sólo.

“El mandato de comparecencia es en sustancia un decreto de citación al imputado. Consiste en el mandamiento del juez penal, o de otra autoridad revestida del relativo poder jurisdiccional, con que se pone obligación al imputado de presentarse ante el eminente en lugar, día y hora determinados: orden sancionada mediante conminatoria de la emisión de mandato de acompañamiento si el imputado no se presenta sin un impedimento legítimo”.³⁶

Atendiendo a la continuación de la custodia que puede seguir a la orden de aprehensión, deben diferenciarse la siguientes resoluciones:

a) La orden de aprehensión que irá acompañada, además, de la detención del sujeto. Es decir, deberá el sujeto quedar recluso o detenido preventivamente, aun después de ejecutada la aprehensión. Aquí continuará la custodia, y se llama orden de detención u orden de captura.

En este punto, cabe recordar que los estudios se detienen a diferenciar la orden de aprehensión de la orden de detención. Así, se considera la aprehensión el acto mismo de la captura, el hecho real de apoderamiento, en tanto que la detención es un estado que casi siempre sigue a la aprehensión. Se trata de un estado de custodia, bajo privación de la libertad. Cabe, no obstante,

³⁶ Ob. Cit., Manzizni Vincenzo, Págs. 566 y 567.

advertir que no siempre después de la aprehensión se da la detención, como en el caso siguiente.

b) La orden de acompañamiento, que se constriñe en acompañar el sujeto al ejecutor, quien lo escolta y custodia para que se presente ante el tribunal, una vez realizado el acto procesal para el que fue llamado, sin que quede privado de su libertad. A ésta puede llamársele orden de acompañamiento o de escolta. Aquí la custodia no continúa.

“El mandato de acompañamiento –dice Manzini- es un decreto del juez o de otra autoridad revestida del relativo poder jurisdiccional, consiste en el mandamiento impartido por ese mismo juez a los oficiales y agentes de la policía judicial o de la fuerza pública para que conduzcan a su presencia al imputado, si hace falta hasta mediante el empleo de la fuerza”.³⁷

REAPREHENSIÓN Y RECAPTURA.

Otro tipo de resolución emparentada con la orden de aprehensión es la reaprehensión y recaptura, que se da como una reiteración de la medida cautelar de privación de la libertad física, cuando por alguna circunstancia la persona escapa a la detención o que, goza de una medida substituta de la detención (por ejemplo, la caución), se encuentra con la imposibilidad de poder continuar seguir gozando de tal medida substituta, por lo cual se le revoca y ordena su reaprehensión.

En el caso de la reaprehensión no se requiere, como en la aprehensión, previa solicitud del Ministerio Público.

³⁷ Ib. Ídem. Págs.. 569 y 570.

EJECUCIÓN.

La orden de aprehensión, e incluso las de reaprehensión y la de acompañamiento, se entregaran al Ministerio Público, para que por su conducto la ejecute la policía.

Nótese que la orden no va dirigida al imputado, sino a un agente de la autoridad. El imputado no tiene obligación de presentarse, nemo tenetur seipsum procede (nadie esta obligado a entregarse a sí mismo).

Tan luego como se logre la aprehensión, de inmediato deberá la persona ser puesta disposición del tribunal que lo reclama.

Si el aprehendido es un empleado o funcionario público, se comunicará su detención, sin demora, al superior jerárquico. Si el aprehendido está trabajando en un servicio público, deberá el ejecutor procurar que no se interrumpa.

"La legislación colombiana, al igual que otras, establece que lograda la captura se le solicitará al capturado indique la persona a quien se debe comunicar su aprehensión, lo que se hará de inmediato, salvo que la persona señalada esté implicada en el hecho que se investiga".³⁸

Desgraciadamente, en nuestra ley no existe obligación a cargo del funcionario que ejecute la detención, de leerle al detenido tal mandamiento de detención, como ocurre en otros lugares. De cualquier manera, sería deseable establecer esta obligación en los textos legales.

³⁸ Silva Silva Jorge Alberto, Derecho Procesal Penal, Editorial Harla, México 1994, Pág. 502.

FLAGRANCIA.

Otro supuesto o vía para lograr la detención preventiva es la llamada flagrancia (evidencia facti). El término proviene de *flagrantia*, *flagrantiae*, cuyo significado es arder, brillar, estar flameante, incandescente, y que metafóricamente, al pasar al derecho y aplicarse al delito, significa delito resplandeciente, o actualidad del delito.

Como se advertirá, la idea o concepto de flagrancia supone la íntima relación entre un hecho considerado como delictuoso y su autor, aunado al elemento sorpresa.

“El arresto de flagrancia –apunta Manzini- es el acto con el que una persona es sorprendida mientras está cometiendo un delito o en estado declarado equivalente por la ley, la priva provisionalmente de su libertad personal un sujeto autorizado, para ponerla a disposición de esa misma autoridad”.³⁹

Nuestro texto Constitucional establece como regla general que sólo mediante orden de aprehensión proveniente de la autoridad judicial se aplicará la medida cautelar restrictiva de la libertad, pero dentro de las reglas específicas, que derogan a la citada general, nos encontramos que también el propio texto constitucional indica que como excepción, en los casos de delito flagrante, cualquier persona podrá prender al delincuente y sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata. Esto es, no sólo el tribunal podrá aplicar la medida cautelar, sino que también un particular la puede ejecutar.

La flagrancia, entendida como requisito, resulta importante en nuestro sistema porque: a) puede dar lugar a la detención sin orden de

³⁹ Ob. Cit. Pág. 601.

aprehensión de autoridad judicial; o b) ser un requisito en los juicios militares para que pueda abrirse un juicio de guerra extraordinario.

La medida cautelar no es la flagrancia o actualidad del delito, sino la detención preventiva. La flagrancia, en el mejor de los casos, es uno de los requisitos que aunado a la potencial pena corporal, puede dar lugar a la ejecución de una medida cautelar restrictiva de la libertad personal.

Por la posibilidad de ejecutar la medida cautelar aún desde antes de que se inicie el proceso, tal medida resulta metaprocesal, y puede convalidarse más tarde por la autoridad.

Cuando el legislador la admite, lo hace, por la urgencia, que es una de las características no sólo de esta, sino de toda medida cautelar. De aquí, que con motivo de este tipo de urgencia y la cercanía temporal con el delito, se faculta aun a cualquier particular, para ejecutar sin orden de autoridad, la medida restrictiva de la libertad física.

Aunque la flagrancia delictiva está fuera del proceso, a nuestra asignatura le interesa por su conexión con la medida de cautela.

La existencia de tres tipos o clases de flagrancia se afirma no sólo por la ley, sino también por los estudiosos. Esta clasificación atiende al grado de alejamiento de la conducta delictuosa, e incluye:

- a) Flagrancia estricta.
- b) Cuasiflagrancia.
- c) Presunción de flagrancia.

CAPITULO CUARTO

CAPITULO CUARTO

DE LAS GARANTÍAS DE SEGURIDAD Y LEGALIDAD.

4.1.- ARTÍCULO 14 DE NUESTRA CARTA MAGNA.

Dentro de un régimen jurídico, esto es, dentro de un sistema en que impere el derecho, bien bajo su carácter normativo legal o bajo un aspecto consuetudinario, esa afectación de diferente índole y de múltiples y variadas consecuencias que opera en el status de cada gobernado, debe obedecer a determinados principios previos, llenar ciertos requisitos, en síntesis, debe estar sometida a un conjunto de modalidades jurídicas, sin cuya observancia no sería válida desde el punto de vista del derecho.

Ese conjunto de modalidades jurídicas a que tiene que sujetarse un acto de cualquier autoridad para producir válidamente, desde un punto de vista jurídico, la afectación en la esfera del gobernado a los diversos derechos de éste, y que se traduce en una serie de requisitos, condiciones, elementos, etc., es lo que constituye las garantías de seguridad jurídica. “Éstas implican, en consecuencia, el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por el summum de sus derechos subjetivos”.⁴⁰

El artículo 14 constitucional. Este precepto reviste una trascendental importancia dentro de nuestro orden constitucional, a tal punto, que a través de las garantías de seguridad jurídica que contiene, el gobernado

⁴⁰ Burgoa Ignacio, Las Garantías Individuales, Editorial Porrúa, México 1998, Pág. 498.

encuentra una amplísima protección a los diversos bienes que integran su esfera de derecho. Asimismo, en la historia de nuestro Derecho Constitucional, el Art. 14 ha implicado la materia de muy interesantes polémicas entabladas por los juristas, tales como Vallarta, Lozano, Rabasa, Vega entre otros.

El Art. 14 constitucional es un precepto complejo, es decir, en él se implican cuatro fundamentales garantías individuales que son: la de irretroactividad legal (párrafo primero), la de audiencia (párrafo segundo), la de legalidad en materia judicial civil (lato sensu) y judicial administrativa (párrafo cuarto) y la de legalidad en materia judicial penal (párrafo tercero).

GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD DE LAS LEYES.

Esta garantía está concebida en el primer párrafo del Art. 14 de la Ley Suprema en los siguientes términos: "A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna".

El problema de la retroactividad legal se conoce también como conflicto de leyes en el tiempo, o sea, que se traduce en la cuestión consistente en determinar, en presencia de dos leyes, una antigua, que se supone derogada o abrogada, y otra nueva o vigente, actual, cuál de las dos debe regir a un hecho, acto, fenómeno, estado, situación, etc. En otras palabras, la retroactividad legal importa por necesidad lógica esta otra cuestión: la supervivencia de la ley derogada para regular la materia sobre la que la ley nueva o vigente pretende operar. Por ende, la referencia hacia el pasado de una ley actual no en todo caso se ostenta como aplicación legal retroactiva, sino sólo cuando se elimina dicha supervivencia de la norma jurídica que debe seguir conservando su validez reguladora en determinadas hipótesis concretas, no obstante su derogación o abrogación; o en ausencia de una norma positiva anterior, cuando se altera un estado jurídico preexistente.

Toda disposición legal tiene una vigencia determinada en cuanto al tiempo. Desde que se crea, momento que se determina de acuerdo con las prescripciones constitucionales relativas, hasta que se deroga o abroga expresa o tácitamente por una norma nueva, está destinada a regular todos los hechos, actos, situaciones, estados, fenómenos, etc., que tienen lugar durante este lapso limitado por esos dos instantes. Por lo tanto, toda ley, a partir de su promulgación, o mejor dicho, del momento en que entra en vigor, rige para el futuro, esto es, está dotada de validez de regulación respecto de todos aquellos hechos, actos situaciones, etc., que se suceden con posterioridad al momento de su vigencia (facta futura). Por ende, una disposición legal no debe normar acontecimientos o estados producidos con anterioridad al instante a que adquiere fuerza de regulación, ya que éstos quedan sujetos al imperio de la ley antigua.

“La retroactividad consiste, pues, en dar efectos reguladores a una norma jurídica sobre hechos, actos o situaciones producidos con antelación al momento en que entra en vigor, bien sea impidiendo la supervivencia reguladora de una ley anterior, o bien alterando o afectando un estado jurídico preexistente, a falta de ésta. Por el contrario, el principio de la irretroactividad estriba en que una ley no debe normar a los actos, hechos o situaciones que hayan tenido lugar antes de que adquiera fuerza de regulación. Todos los autores están contestes en que toda ley rige para el futuro y no hacia el pasado”.⁴¹

Por lo general, todo suceso, aunque sea instantáneo en su realización plena, produce variados efectos jurídicos que pueden realizarse durante la vigencia de una ley que aún no regía en el momento en que aquél tuvo lugar (facta pendentia).

Así, por ejemplo, puede suceder que un delito se cometa antes de la vigencia de una ley que aumente la penalidad respectiva. En este caso, el

⁴¹ Ib. Ídem., Pág. 500.

hecho (delito) se produjo antes que la norma de que se trata y la consecuencia del mismo (penalidad), debe tener lugar durante el periodo de regulación de aquélla. Si al hecho delictivo se imputara la penalidad establecida por la nueva ley, ¿ésta sería retroactiva?.

En otras palabras, una ley será retroactiva cuando se aplique a un hecho realizado durante su vigencia, para cuyo examen de justificación o injustificación tenga que recurrirse al acto que le dio origen, el cual se supone tuvo verificativo bajo el imperio de una ley anterior. Por el contrario, una ley no será retroactiva cuando se aplique a un hecho realizado durante su vigencia, para cuya justificación o no justificación no se tenga que acudir al acto generador celebrado bajo el imperio de la norma abolida, sino que pueda ser analizado independientemente de su causa jurídica.

“Independientemente del criterio aducido con antelación, una disposición legal es retroactiva.”⁴²

1.- Cuando se alteren las condiciones, requisitos o elementos de existencia de un acto, hecho o situación jurídica. En este caso, la ley nueva afecta a un algo jurídico realizado con anterioridad a su vigencia, afectación que puede operar directamente o bien mediante la regulación de algunos de sus efectos;

2.- Cuando se alteren las condiciones, requisitos o elementos de validez de un acto, un hecho o una situación jurídica (forma, capacidad, ausencia de vicios del consentimiento). En esta hipótesis, la retroactividad se establece por los mismos motivos que en la anterior;

3.- Cuando se afecten los derechos o las obligaciones producidos durante la vigencia de la ley nueva, derivados de actos, hechos o situaciones

⁴² Ib. Ídem., Pág. 509.

jurídicas existentes con anterioridad a la misma, siempre y cuando autoridad que aplique dicha norma, para declarar procedentes o improcedentes las causas legales de la afectación, deba recurrir a la apreciación de la causa del objeto o materia afectada;

4.- En los juicios ya iniciados y desarrollados hasta la fijación de la litis inclusive, cuando se alteren los requisitos y elementos esenciales de la acción ejercida o se restrinja la defensa genérica del demandado, o sea, en el caso de que la ley nueva declare inoponibles ciertas excepciones;

5.- En los juicios en general cuando se altere la forma con arreglo a la cual puede ser ejercitado un derecho precedentemente adquirido y siempre que tal derecho haya nacido del procedimiento mismo.

Para que una ley sea retroactiva, se requiere que obre sobre el pasado y que lesione derechos adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores y esta última circunstancia es esencial.

La no retroactividad legal.

Ese derecho tiene como obligación estatal y autoritaria correlativa la consistente en que no está impedido para expedir leyes con carácter retroactivo, ninguna autoridad estatal tiene facultad para aplicar ley alguna retroactivamente en perjuicio personal. Por ende, bien puede haber una ley que adolezca de ese vicio (lo que únicamente es dable tratándose de leyes autoaplicativas).

4.2.- ARTÍCULO 16 DE NUESTRA CARTA MAGNA.

Se puede dividir el estudio del Art. 16 constitucional en dos grandes partes. La primera, de carácter general, comprende el análisis de la garantía de legalidad de los actos de autoridad que establece el párrafo primero; en la segunda se deben contemplar las condiciones específicas que los párrafos siguientes señalan para determinados actos de autoridad: las ordenes judiciales de aprehensión y de cateo, la orden ministerial de detención y la visita domiciliaria.

La diversidad de los orígenes del Art. 16 y sus modificaciones le dan un contenido poco homogéneo y dificultan su examen general. Sin embargo, es posible afirmar que los derechos fundamentales que establece se dirigen a asegurar la legalidad de los actos de autoridad (primer párrafo); a proteger la libertad individual (párrafos primero a séptimo); a garantizar la inviolabilidad del domicilio (párrafos primero, octavo, noveno y undécimo) y de la correspondencia (décimo).

El primer párrafo del Art. 16, tal como lo ha interpretado la Suprema Corte de Justicia, recoge el principio de legalidad de los actos de autoridad, que constituye una de las bases fundamentales del Estado de derecho. Este principio, como es sabido, tiene sus orígenes modernos en el pensamiento de los filósofos y juristas de la ilustración, para quienes la ley era la expresión de la voluntad general, de la razón y la soberanía; y por lo mismo, a ella debían sujetarse los actos de autoridad. “La ley , en general –afirmaba Montesquieu-, es la razón humana en cuanto se aplica a todos los pueblos de la Tierra; y las leyes civiles y políticas de cada nación, no deben ser otra cosa sino casos particulares en que se aplica la misma razón humana”.⁴³

⁴³ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Editorial Porrúa, UNAM, México 2000, Pág. 151.

El principio de legalidad previsto en el primer párrafo del Art. 16 debe ser entendido dentro de estas ideas, pues son las que han inspirado el surgimiento del Estado de derecho. La ley a que se refiere este precepto es la disposición general, abstracta e impersonal aprobada por el órgano legislativo, electo por el sufragio libre del pueblo.

Para delimitar el ámbito de aplicación de la garantía de audiencia prevista en distinguirlo del que corresponde a la garantía de legalidad, y distinguirlo del que corresponde a la garantía de audiencia prevista en el párrafo segundo del Art. 14 constitucional, la Suprema Corte ha señalado que esta última es exigible sólo a los actos de autoridad que priven de sus derechos a los particulares (actos privativos); en tanto que la garantía de legalidad es aplicable a cualquier acto de autoridad que afecte o infrinja alguna molestia a los particulares, sin privarlos de sus derechos (acto de molestia). Cabe aclarar, sin embargo, que los actos de molestia están sujetos sólo a la garantía de legalidad establecida en el Art. 16, los actos privativos deben someterse tanto a las garantías de audiencia y legalidad contenidas en el Art. 14 como a la de legalidad del Art. 16, ya que todo acto privativo es necesariamente, además, un acto de molestia.

Así, por ejemplo, las sentencias de los tribunales, en tanto que son privativos, deben ser resultado de un proceso jurisdiccional que satisfaga la garantía de audiencia conforme al párrafo segundo del Art. 14 constitucional, y deben apegarse a la legalidad señalada en alguno de los dos últimos párrafos de dicho precepto (según se trate de procesos penales o civiles en sentido amplio); pero, en tanto que también son actos de molestia, deben cumplir además con la legalidad exigida en el Art. 16 constitucional.

Las condiciones que el Art. 16 impone a los actos de autoridad de molestia, son tres: 1) que se exprese por escrito; 2) que provenga de autoridad

competente, y 3) que en el documento escrito en el que se exprese, se funde y motive la causa legal del procedimiento. Me referiré a cada una de estas tres condiciones.

a) Mandamiento escrito.- La primera condición que debe satisfacer el acto de autoridad de molestia, es que debe constar por escrito. Es una condición esencial para que pueda haber certeza sobre la existencia del acto y para que el afectado pueda conocer con precisión de cual autoridad proviene el acto y cual es contenido y las consecuencias jurídicas de éste. La omisión de este requisito tiene como consecuencia que el afectado por el acto de autoridad no sólo no esté obligado a obedecerlo, sino que, además, debe ser protegido a través del juicio de amparo, por la constitucionalidad manifiesta del acto.

El mandamiento escrito debe contener firma original o autógrafa de la autoridad competente que emita el acto de molestia, por ser sólo ese tipo de firma lo que le da autenticidad al documento en el que se expresa el acto; por la misma razón, cuando en el documento no aparezca la firma original o autógrafa de la autoridad, o aparezca pero facsímil, impresa o en cualquier otra forma de reproducción, no se satisface la condición de que el acto conste por escrito.

Para que se pueda cumplir con la finalidad de la exigencia del documento escrito, es necesario que aquél se notifique adecuadamente al afectado, a quien, además, se debe entregar precisamente el documento escrito, con la firma autógrafa de la autoridad competente.

Durante algún tiempo el primer y el segundo Tribunales Colegiados de Sexto Circuito sostuvieron tesis contradictorias sobre la clase de firma que debía tener el documento que se entregaba al afectado, cuando se le notificaba un crédito fiscal. El primer Tribunal consideró que se debía entregar al afectado el documento con la firma autógrafa, para cumplir con el principio de

seguridad jurídica contenido en el Art. 16. En cambio el segundo Tribunal Colegiado estimó que bastaba que constara el documento con firma autógrafa en el expediente, por lo que podía entregarse al afectado una copia sin firma autógrafa.

La segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia resolvió esta contradicción a favor de la tesis sostenida por el primer Tribunal Colegiado del Sexto Circuito. La nueva tesis de jurisprudencia afirma que “tratándose de un cobro fiscal, el documento que se entregue al causante para efectos de notificación debe contener la firma autógrafa, ya que ésta es un signo gráfico que da validez a los actos de autoridad, razón por la cual debe estimarse que no es válida la firma facsimilar que ostente el referido mandamiento de autoridad”.

Y aunque esta tesis se refiere específicamente a la notificación de créditos fiscales, una regla de congruencia debe llevar a la conclusión de que el mismo criterio debe aplicarse, en general, a la notificación de los demás mandamientos escritos. Las excepciones a esta regla general tendrían que ser plenamente justificadas con argumentos que no resulten contrarios a la garantía de legalidad y seguridad jurídica que consigna el Art. 16.

b) Autoridad competente.- En materia penal, se ha afirmado que la “competencia es un presupuesto sin el cual no puede existir el proceso, lo cual es acorde con la teoría de los presupuestos procesales de Oskar Von Bülow. Y agrega: “El Art. 16 de nuestra Constitución subordina la eficacia de la actuación de las autoridades, a la competencia que solamente la ley puede conferirles”.⁴⁴ La garantía constitucional del Art. 16 no puede, en cuanto a su validez y fiel observancia, condicionarse al previo requisito de la tramitación de los procedimientos inhibitorio o declinatorio estatuidos por la legislación procesal

⁴⁴ Ib. Ídem., Pág. 155.

federal penal sin desconocer la naturaleza sustancial o material del derecho en que consiste la garantía de que se trata.

En materia administrativa, en donde la competencia de la autoridad es un requisito esencial para la eficacia jurídica del acto, cada vez es más evidente la necesidad de superar la artificiosa distinción entre competencia constitucional y competencia jurisdiccional. En este sentido, debemos destacar la interpretación formulada por el tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, el cual ha afirmado que "la competencia de las autoridades estatales es uno de los elementos esenciales del acto administrativo, que encuentra su fundamento constitucional en el Art. 16 de la Carta Magna", y ha señalado que entre sus características más importantes se encuentra que "requiere siempre de un texto expreso de la ley para poder existir", por lo que no puede derivar de un contrato por no ser un objeto que esté dentro del comercio.

c) Fundamentación y motivación.- La motivación de los actos de autoridad es una exigencia esencial para tratar de establecer sobre bases objetivas la racionalidad y la legalidad de aquéllos; para procurar eliminar, en la medida de lo posible, la subjetividad y la arbitrariedad de las decisiones de autoridad; para permitir a los afectados impugnar los razonamientos de éstas y al órgano que debe resolver la impugnación, determinar si son fundados los motivos de inconformidad.

Desde el principio la exigencia de fundamentación ha sido entendida como el deber que tiene la autoridad de expresar, en el mandamiento escrito, los preceptos legales que regulan el hecho y las consecuencias jurídicas que pretenda imponer el acto de autoridad; y la exigencia de motivación a sido referida a la expresión de las razones por las cuales la autoridad considera que los hechos en que se basa se encuentran probados y son precisamente los previstos en la disposición legal que afirma aplicar. Como puede observarse,

ambos requisitos se suponen mutuamente, pues no es posible lógicamente citar disposiciones legales sin relacionarlas con los hechos de que se trate, ni exponer razones sobre hechos que carezcan de relevancia para dichas disposiciones. Esta correlación entre los fundamentos jurídicos y los motivos de hecho supone necesariamente un razonamiento de la autoridad para demostrar la aplicabilidad de los preceptos legales invocados a los hechos de que se trate.

La interpretación judicial más clara y precisa de los requisitos de fundamentación y motivación exigidos por el Art. 16 constitucional de 1917, es la que ha hecho la segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia en la tesis de jurisprudencia siguiente:

“Fundamentación y motivación. De acuerdo con el Art. 16 de la Constitución Federal, todo acto de autoridad debe estar adecuado y suficientemente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero que ha de expresarse con precisión el precepto legal aplicable al caso y, por lo segundo, que también debe señalarse, con precisión, las circunstancias especiales, razones particulares o causas inmediatas que se hayan tenido en consideración por la emisión del acto; siendo necesario, además, que exista adecuación entre los motivos aducidos y las normas aplicables, es decir, que en el caso concreto se configuren las hipótesis normativas”.

Aunque la tesis de la Segunda Sala se refiere a “todo acto de autoridad”, la interpretación de la Suprema Corte de Justicia ha sido diversa, según la establezca el pleno o cada una de las salas. Así, el pleno ha considerado que las leyes y los tratados internacionales no requieren de fundamentación y motivación a través de una exposición de motivos, sino que es suficiente con que sean aprobados y expedidos (y, en su caso, ratificados) por los órganos constitucionalmente competentes. La primera Sala ha sostenido el mismo criterio respecto de los reglamentos expedidos por el Presidente de la República.

La Segunda Sala, por su parte, ha estimado que los acuerdos presidenciales con efectos particulares sí deben estar fundados.

Por lo que se refiere a los demás actos de autoridad con efectos concretos, determinados y particulares, la Segunda Sala de la Suprema Corte ha sido muy precisa para determinar los requisitos que deben satisfacer aquéllos para que se puedan considerar fundados. Por una parte, ha señalado que en el mandamiento escrito se deben citar tanto la ley como los artículos específicos de ésta que la autoridad estime aplicables al hecho o caso de que se trate. La Segunda Sala considera insuficiente que se invoque globalmente una ley, un código o un cuerpo de disposiciones legales, por ello exige se especifiquen los preceptos legales que la autoridad pretende aplicar.

Por otra parte, la propia Segunda Sala ha resuelto que dentro de la fundamentación de los actos de autoridad se deben incluir no sólo los preceptos legales aplicables a los hechos o al caso de que se trate, sino también los que determinen la competencia del órgano de autoridad para emitir el acto. En una ejecutoria pronunciada el 18 de febrero de 1982, la Segunda Sala sostuvo que “los actos de molestia y privación requieren para ser legales, entre otros requisitos, e imprescindiblemente, que sean emitidos por autoridad competente y cumpliéndose las formalidades esenciales que les den eficacia jurídica, lo que significa que todo acto de autoridad necesariamente debe emitirse por quien para ello esté legitimado, expresándose, como parte de las formalidades esenciales, el carácter con que la autoridad respectiva lo suscribe y el dispositivo, acuerdo o decreto que le otorgue tal legitimación, pues de lo contrario se dejaría al afectado en estado de indefensión.

Como el criterio transcrito sólo fue sostenido por la ejecutoria y no constituyó tesis de jurisprudencia, los tribunales colegiados de circuito dieron muy diversas interpretaciones a la fundamentación de la competencia. Por un

lado, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito formuló tesis de jurisprudencia en la que afirmó que “la garantía formal de fundamentación y motivación no es extensiva a la competencia de los órganos públicos”, por lo que basta que el acto de molestia fuera precedido de un mandamiento escrito de la autoridad competente, “siempre que dicha competencia se encuentre prevista en una norma jurídica debidamente publicada”. Con anterioridad había sostenido un criterio similar el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito; y con posterioridad el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del mismo Primer Circuito estableció tesis de jurisprudencia en términos muy similares a la del Tercer Tribunal.

Privación de la libertad por causa penal.

“El párrafo primero del Art. 16 constitucional establece los requisitos generales (mandamiento escrito, autoridad competente y fundamentación y motivación) que deben satisfacer todos los actos de autoridad que impliquen una molestia para los particulares. Los párrafos siguientes del propio Art. 16 prevén, además, requisitos específicos que deben cumplir determinados actos de autoridad: los actos de privación de la libertad por causa penal (la orden judicial de aprehensión, la detención en flagrante delito, la detención por orden del Ministerio Público y la orden judicial de cateo), así como las visitas domiciliarias”.⁴⁵

Puedo afirmar que a estos actos de autoridad determinados les son exigibles los requisitos generales del primer párrafo y, además, los requisitos específicos contenidos en los párrafos que les son aplicables, con excepción de la detención en flagrante delito, la cual sólo se encuentra sujeta a lo que disponen los párrafos cuarto y sexto.

⁴⁵ Ib. Ídem., Pág. 169.

A continuación me refiero a cada uno de los actos de autoridad y sus requisitos específicos.

a) Orden judicial de aprehensión. En el Congreso Constituyente de 1916-1917 hubo pleno acuerdo sobre la necesidad de atribuirle exclusividad para la emisión de las ordenes de aprehensión a la autoridad judicial. Se expreso este acuerdo de la siguiente manera: "Hay que examinar la idea sustancial, esto es, que nadie puede ser aprehendido ni nadie puede ser obligado a responder de una acusación criminal, ni ser puesto en prisión, sino es por una orden de la autoridad judicial; en seguida –se agrega- debe cuidarse que esa orden sea librada por escrito, constatando en la misma orden los motivos por los cuales se procede y los fundamentos legales que funden la aprehensión".

Los requisitos que el párrafo segundo del Art. 16 establece para que pueda expedirse la orden de aprehensión son los siguientes:

Que proceda denuncia o querrela. En el texto original y en el texto reformado se exige que proceda denuncia, acusación o querrela.

En sentido estricto, el Art. 16 sólo reconoce como medios de iniciación del procedimiento penal la denuncia y la querrela, y cualquiera de las dos es indispensable para que se pueda dictar una orden de aprehensión. Al establecer esta limitación a la denuncia y la querrela, el Art. 16 está prohibiendo en forma implícita que el procedimiento penal se inicie por algunos de los otros medios que fueron característicos del sistema inquisitorio: la delación y la pesquisa (tanto general como particular).

Que la denuncia o la querrela se refieran a un hecho determinado que la ley señale como delito sancionado cuando menos con pena privativa de libertad.

La indicación "sancionado cuando menos" con esta última pena, significa que, como la Suprema Corte, no podrá librarse orden de aprehensión cuando la pena sea alternativa (prisión o multa) o no privativa de libertad, pues lo que procede en estos casos es dictar una orden de comparecencia. También significa que procederá la orden judicial de aprehensión cuando el delito tenga una pena más grave que la privativa de libertad, como lo es la pena de muerte, que todavía se conserva para algunos delitos contra la disciplina militar.

Que existan datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado.

Los elementos del tipo penal de que se trate, son los siguientes:

I.- La existencia de la correspondiente acción u omisión y de la lesión o, en su caso, el peligro a que ha sido expuesto el bien jurídico protegido;

II.- La forma de intervención de los sujetos activos, y

III.- La realización dolosa o culposa de la acción u omisión.

Asimismo, se acreditarán, si el tipo lo requiere: a) Las calidades del sujeto activo y del pasivo; b) el resultado y su atribuibilidad a la acción u omisión ; c) el objeto material; d) los medios utilizados; e) las circunstancias de lugar, modo y ocasión; f) los elementos normativos; g) los elementos subjetivos específicos; h) demás circunstancias que la ley prevea.

Por último la orden de aprehensión debe ser dictada por la autoridad judicial competente, a solicitud del Ministerio Público, por ser éste el titular de la acción penal. Como acto de autoridad que es, la orden judicial de aprehensión también debe constar en mandamiento escrito con firma autógrafa, debe ser entregada físicamente a la persona afectada y tiene que estar debidamente fundada y motivada.

Para que el Ministerio Público pueda ordenar la detención de una persona se requiere que se satisfagan las siguientes condiciones:

1.- Que se trate de delito grave así calificado por la ley. Los artículos 194 del Código Federal de Procedimientos Penales y 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, de acuerdo con el texto de las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación del 10 de enero de 1994, califican cuáles delitos se consideran graves para este fin. Los códigos de cada Estado deben prever qué delitos del orden común son considerados graves dentro de su territorio para este fin.

2.- Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia. Este riesgo tiene que fundarse en hechos o circunstancias objetivas de las que se deduzca efectivamente que aquél existe, por lo que no podrá basarse exclusivamente en apreciaciones subjetivas de la autoridad que ordena la detención.

3.- Que por razón de la hora, lugar u otra circunstancia, el Ministerio Público no puede ocurrir ante la autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión. Esta condición se traduce en dos requisitos: uno de carácter negativo, consistente en que por la hora, el lugar o alguna otra circunstancia (obviamente similar) que efectivamente lo justifique, exista imposibilidad para que el Ministerio ocurra ante la autoridad judicial; el segundo requisito es de carácter

positivo y consiste en que el Ministerio Público, fuera de estas circunstancias, debe estar en condiciones efectivas de solicitar la orden judicial de aprehensión, en los términos previstos en el párrafo segundo del Art. 16.

El texto del Art. 16 conserva la regla general de que sólo se puede privar de la libertad por causa penal, mediante una orden judicial de aprehensión, y que frente a esta regla general, la detención en delito flagrante o por orden del Ministerio Público, son las excepciones autorizadas por dicho precepto. El carácter excepcional de flagrancia deriva de su propia naturaleza: lo normal no es que se sorprenda al indiciado al momento de cometer el crimen o inmediatamente después, cuando es perseguido materialmente o cuando alguien lo señala como responsable y se encuentra en su poder el objeto o los instrumentos del delito o indicios que hacen presumir su intervención. Lo normal es que el autor del delito no es sorprendido infraganti.

Pero también la orden de detención por el Ministerio Público debe tener un carácter excepcional. Ello lo confirma el simple enunciado del párrafo quinto: "Sólo en casos urgentes" y las tres condiciones a que me he referido, especialmente la tercera. Si sólo por razón de la hora, el lugar u otra circunstancia similar el Ministerio Público no puede acudir a la autoridad judicial a solicitar la orden de aprehensión, ello significa, sin lugar a dudas, que debe tener satisfechos todos los requisitos que establece el párrafo segundo del propio Art. 16 para solicitar la orden de aprehensión, particularmente los datos que acrediten los elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado, pues de otra forma no tendría para que acudir a la autoridad judicial, como debería poder hacerlo si se tratase de otra hora, lugar o circunstancia similar.

CAPITULO QUINTO

CAPITULO QUINTO

LA LIBERTAD DE TRANSITO Y SEGURIDAD JURÍDICA.

5.1.- LIBERTAD DE TRÁNSITO.

Esta libertad específica está consagrada en el Art. 11 constitucional, que dice: “Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad penal o civil, y a las de autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país”.

Como se ve, la libertad de tránsito, tal como está concebida en dicho precepto de la Ley Fundamental, comprende cuatro libertades especiales: la de entrar al territorio de la República, la de salir del mismo, la de viajar dentro del Estado Mexicano y la de mudar de residencia o domicilio. El ejercicio de estas libertades por parte del gobernado o titular de la garantía individual de que se derivan, es absoluto, o mejor dicho, incondicional, en el sentido de que para ello no se requiere carta de seguridad o salvoconducto (es decir, el documento que se exige por una autoridad a alguna persona para que pueda pasar de un lugar a otro sin reparo o peligro), pasaporte (o sea, el documento que se da a favor de un individuo y que sirve para identificarlo y autorizarlo para penetrar a un sitio determinado) u otros requisitos semejantes. En vista del contenido del derecho subjetivo público que emana de la garantía individual que consagra el Art. 11 constitucional, y que está constituido por la libertad de tránsito manifestada en las supradichas cuatro potestades o facultades, la obligación que para las

autoridades del Estado y para este mismo se deriva de la indicada relación jurídica, consiste en no impedir, en no entorpecer la entrada y salida de una persona al territorio nacional, el viaje dentro de éste o el cambio de su residencia y domicilio, y en no exigir, además, ninguna condición o requisito.

Cabe advertir que la libertad de tránsito, que como garantía individual instituye el precepto constitucional que comentamos, únicamente se refiere al desplazamiento o movilización física del gobernado. Por ende, dicha libertad no comprende la prestación de ningún servicio (como el de transportes, que está regido por la Ley de Vías Generales de Comunicación en el orden federal y por las leyes o reglamentos de tránsito en la esfera local) ni incluye la potestad de las autoridades federales o locales, según el caso, para reglamentar los medios de locomoción que la persona pueda utilizar para su traslación dentro del territorio de la República.

En efecto, la obligación que a las autoridades impone el Art. 11 constitucional consiste en que no impidan a ningún sujeto su desplazamiento o movilización personal dentro del territorio nacional, pero no en dejarlo desplazarse o movilizar en cualquier medio de transporte. “En otras palabras, la libertad de tránsito a que se refiere dicho precepto sólo debe entenderse intuiti personae, sin abarcar la traslación en cualquier medio de locomoción, pudiendo las autoridades federales o locales, conforme a las leyes o reglamentos respectivos, prohibir que alguna persona se movilice en vehículos que no reúnan las condiciones que estos ordenamientos establezcan.”⁴⁶

El propio Art. 11 constitucional consigna las siguientes limitaciones a la libertad de tránsito: en primer lugar, por lo que toca a las autoridades judiciales, éstas están autorizadas por nuestra Constitución para prohibir a una persona, verbigracia, que salga de determinado lugar o para condenar a una persona a pugnar una pena privativa de la libertad dentro de cierto sitio (pena

⁴⁶ Ib. Ídem.

impuesta como consecuencia de la penetración de un delito: confinamiento, relegación, prisión, Art. 25 a 28 del Código Penal). En segundo término, en cuanto a las autoridades administrativas, éstas pueden constitucionalmente impedir a una persona que penetre en el territorio nacional y se radique en él, cuando no llene los requisitos que la Ley General de Población exige, así como expulsar del país a extranjeros perniciosos de acuerdo con el Art. 33 constitucional, o, por razones de salubridad, prohibir que se entre, salga o permanezca en un sitio en el cual se localice un peligro para la higiene pública, etc. Las facultades limitativas constitucionales con que está investida la autoridad administrativa son ejercidas por el presidente de la República a través de la Secretaría de Gobernación, por lo que ve a las cuestiones migratorias en general, y de la Secretaría de Salubridad y Asistencia del Consejo de Salubridad General, las cuales tienen la atribución expresa, concedida por la Ley Fundamental, consistente en dictar las medidas preventivas en caso de epidemias de carácter grave o peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país, así como en expedir disposiciones generales relativas a cuestiones de salubridad pública (Art. 73, fracción XVI, inciso 2 y 3, de la Constitución).

5.2.- OBSERVANCIA DE LA GARANTÍA CONSTITUCIONAL DE TRÁNSITO.

El derecho de libre tránsito y domicilio se complementa con las prerrogativas contempladas en los párrafos primero y último del Art. 16 constitucional que se refieren a la inviolabilidad del domicilio. De acuerdo con el primer párrafo, nadie puede ser molestado en su domicilio, sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad competente en el que se funde y motive la causa legal del procedimiento; y conforme al último párrafo del mismo precepto, en tiempos de paz ningún miembro del Ejército –debe entenderse de las fuerzas armadas- podrá alojarse en casa particular contra la voluntad del dueño ni imponer prestación alguna. El precepto permite que en tiempo de guerra los militares puedan exigir a los gobernados no sólo alojamiento, también bienes y

alimentos, de acuerdo con lo que establezca la ley marcial correspondiente, que sin duda, sólo existiría bajo un régimen de excepción reglamentado por las normas de existencia derivadas de la suspensión parcial de la Constitución prevista por el artículo 29.

La libertad de tránsito se concreta, en los términos del artículo en comentario, en la facultad de que disfruta todo individuo para desplazarse por el territorio del país sin necesidad de autorización o permiso previo de la autoridad, pasaporte o salvoconducto, carta de seguridad, o cualquier otro requisito de este tipo, así como libertad para entrar y salir del país sin autorización o permiso previo.

La libertad de residencia a la facultad de todo individuo para establecer su residencia o morada, permanente o transitoria, en cualquier parte del territorio nacional.

Nuestro Art. 11 no establece estas libertades de manera absoluta, sino que las consagra sujetas a límites, específicamente los emanados de las facultades de la autoridad judicial en los casos de responsabilidad penal o civil, y a las de la autoridad administrativa respecto a los límites que establezcan las leyes sobre migración e inmigración, salubridad general y respecto de los extranjeros residentes considerados como perniciosos, en clara referencia a la posibilidad de expulsión de los mismos en los términos del Art. 33 de la propia Constitución.

“Las libertades contenidas y enunciadas por este artículo son hoy día elementos básicos en los Estados liberales y democráticos, y tienen su origen en la misma declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, si bien consagradas en su artículo cuarto bajo la amplia concepción de la libertad como el “poder hacer todo lo que no perjudica a otros”, sin más límites que los establecidos por la ley.”⁴⁷

⁴⁷ Ib. Ídem.

Hoy en día la doctrina reconoce en términos generales que los derechos y libertades fundamentales no son un conjunto inarticulado de derechos, sino un sistema, que no permite la anulación de unos derechos para dar vigencia plena a otros, ni privilegiar a unos sobre otros; no permitiendo que primero se alcance la vigencia de los demás. Como sistema, los derechos humanos deben ser reconocidos y respetados todos, ya que la negación y relegación de unos en beneficio de otros hace imposible la vigencia real, incluso de los derechos que se pretende privilegiar.

Como señalamos arriba, la libertad de tránsito y residencia tiene diversas manifestaciones; en primer lugar, debemos distinguir entre la libertad de tránsito a lo interno y a lo externo de los Estados. A lo interno se entiende la plena vigencia de esta libertad en todos los Estados, sin posibilidad de exigir salvoconductos, cartas de garantía, tarjetas de identidad, etcétera, y limitadas sólo por las restricciones que marque el interés público, como son las relacionadas con las responsabilidades civiles y penales que señala la Constitución, y que en los términos de la jurisprudencia se extienden a otras jurisdicciones creadas posteriormente a la expedición del texto constitucional, como la laboral o la administrativa.

Las restricciones fundamentales al respecto son conocidas procesalmente como providencias precautorias, como arraigo, institución que tiene como fin impedir que una persona se ausente del lugar en donde ha sido demandada. Y el mismo arraigo puede ser superado si el demandado deja apoderado debidamente instruido y expensado para que haga frente a la demanda.

En la misma línea se encuentra la detención y la prisión preventiva en el ámbito del derecho penal, que persigue precisamente evitar que el individuo evada sus responsabilidades penales producto de la comisión de algún delito. Por

su puesto que también son limitantes a esta libertad las penas de prisión establecidas en sentencia, pero éstas afectan de manera general a la libertad individual en muchas de sus manifestaciones.

Dentro de las garantías de seguridad jurídica encontramos:

Artículo 1º.

Dicho artículo da la seguridad de que la vida, la permanencia y las actividades humanas en nuestro país, serán amparadas y protegidas por las distintas y variadas disposiciones constitucionales que limitan la actuación de las autoridades en sus relaciones con los individuos, o sea que este artículo 1º. da la pauta general que norma la intervención de las autoridades en el diario vivir y actuar de los individuos humanos que habitan en la República Mexicana, quienes de esa manera tienen la seguridad de que cuentan con la protección constitucional contra los errores o los abusos de los órganos gubernativos que los afecten en su persona o en sus intereses legítimos.

Artículo 13.

Contribuye a la seguridad jurídica sólo en cuanto implícitamente o por razón contraria somete las personas y sus derechos a las leyes comunes y a los tribunales ordinarios; así da la seguridad de que los conflictos que afecten a los particulares no serán juzgados o resueltos de otra manera, salvo los fueros de que ya nos ocupamos, al tratar de la garantía de igualdad.

Artículo 15.

Coopera ala seguridad jurídica en cuanto en su parte final prohíbe los convenios o tratados internacionales en que se alteren las garantías de los derechos humanos que establece la Constitución.

Artículo 16.

Ese precepto comprende genéricamente la seguridad jurídica en cuanto a su párrafo inicial prescribe como regla general, que cualesquiera molestias, de toda clase, a la persona, la familia, el domicilio, los papeles y las posesiones, deben provenir de mandamiento escrito de autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento.

Las demás prevenciones del precepto entran en la garantía de libertad corporal o en la de inviolabilidad del domicilio.

Artículo 17.

Da la seguridad de que las controversias serán resueltas por los tribunales y expresamente prohíbe las actividades de los particulares tendientes a que prevalezca su derecho frente al de otro, sin la intervención de los tribunales; nadie puede hacerse justicia por su propia mano, y por tanto todos los individuos deben someter a la decisión de los tribunales la certeza, la efectividad y el alcance de sus derechos en conflicto, a fin de que el obligado sea compelido a cumplir por un órgano jurisdiccional, y no personalmente por su contrario.

Artículos 18 y 19.

Dan seguridad de que la prisión preventiva de una persona debe satisfacer los requisitos que esos preceptos detallan y que ya explicamos al estudiar la garantía de libertad corporal. El artículo 18 garantiza además, que los presos procesados estarán separados de los sentenciados.

Artículos 17 y 20, fracción X.

Dan seguridad de que las obligaciones de carácter civil no deben motivar restricciones de la libertad personal. (Abusos policíacos).

Artículo 21.

En correlación con el 17, da la seguridad de que los delitos serán investigados y sancionados por órganos gubernativos, sin intervención del sujeto pasivo, pues por aplicación de la concepción jurídica que considera al delito como una alteración del orden jurídico social, independientemente del daño resentido por dicho sujeto pasivo, atribuye la persecución del delincuente exclusivamente al Ministerio Público, que es a quien incumbe la representación y la defensa de los intereses de la sociedad, sin perjuicio de la reparación de los daños causados al ofendido; y además, mantiene a los tribunales en una actuación imparcial, ya que la limita a la imposición de las penas, con exclusión de cualquiera otra autoridad, naturalmente mediante la instrucción del respectivo proceso para definir la verdad de los hechos; todo lo cual prácticamente significa que los tribunales no deben participar de ninguna manera en el ejercicio de la acción penal, sino limitarse a sustanciar o tramitar con arreglo a la ley las promociones respectivas y a dictar la sentencia que proceda.

Artículo 23.

Limita la duración de los procesos, para evitar que sean muy prolongados.

Evita la duplicación o repetición de los procesos. Y prohíbe dejarlos abiertos, con resolución indefinidamente pendiente.

Artículo 26.

Da seguridad contra las exigencias de los militares en tiempo de paz, y fija sus límites en tiempo de guerra.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES.

PRIMERA: Nuestro Derecho penal encuentra su máxima expresión en la Constitución como la norma, reguladora de la validez de todo el sistema jurídico, y determinante de las bases organizativas del Estado y los fenómenos políticos fundamentales de la sociedad.

SEGUNDA: El Ministerio Público, encuentra su fundamento jurídico en el artículo 21 constitucional en donde la atribución específica es el de proseguir los delitos, "la investigación y la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliara con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato".

TERCERA: Tenemos también como línea específica un sistema de procuración de justicia para el Estado de Guanajuato, señalando la necesidad de adecuar al marco jurídico en el ámbito de la competencia de la procuraduría para lograr la simplificación de justicia en los procedimientos, mejorando los servicios que se prestan y promover los trámites ágiles que eviten la corrupción y desvío de poder.

CUARTA: En nuestro Estado de Guanajuato deberá establecerse la figura del arraigo del sujeto pasivo, o potencial sujeto pasivo del proceso, en dos modalidades:

a) Acatamiento del arraigo decretado por el Ministerio Público a personas a las cuales se les imputa delitos menores (arraigo administrativo o policial).

b) Acatamiento del arraigo decretado por el tribunal, a instancia del Ministerio Público, contra aquellas personas que no tengan que permanecer

en reclusión preventiva, pero de las cuales se tema se vayan a fugar (arraigo judicial).

La autoridad judicial podrá a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario o imponer la prohibición de abandonar una demarcación geográfica sin su autorización a la persona en contra de quien se prepare el ejercicio de la acción penal, siempre y cuando exista el riesgo fundado de que se sustraiga de la acción de la justicia. Corresponderá al Ministerio Público y a sus auxiliares vigilar que el mandato de la autoridad judicial sea debidamente cumplido.

El arraigo domiciliario o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica se prolongarán por el tiempo estrictamente indispensable, no debiendo exceder de treinta días naturales, en el caso del arraigo, y de sesenta días naturales, en el de la prohibición de abandonar una demarcación geográfica.

QUINTA: Cuando con motivo de una averiguación previa el Ministerio Público estime necesario el arraigo del indiciado, tomando en cuenta las características del hecho impugnado y las circunstancias personales de aquél, requerirá al órgano jurisdiccional, fundando y motivando su petición, para que éste, oyendo al indiciado, resuelva el arraigo con vigilancia de la autoridad, que ejercerán el Ministerio Público y sus auxiliares. El arraigo se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, pero no excederá de treinta días, prorrogables por otros treinta días, a solicitud del Ministerio Público.

El juez resolverá, escuchando al Ministerio Público y al arraigo, sobre la subsistencia o el levantamiento del arraigo.

El Ministerio Público que conozca de un hecho delictuoso, se hará que tanto el ofendido como el probable responsable sean examinados inmediatamente por los médicos legistas, para que éstos dictaminen, con carácter provisional acerca de su estado psicofisiológico.

El Ministerio Público determinará mediante disposiciones de carácter general el monto de la caución aplicable para gozar de la libertad provisional en la averiguación previa.

Cuando el Ministerio Público decrete esa libertad al probable responsable lo prevendrá para que comparezca ante el mismo para la práctica de diligencias de averiguación, en su caso y concluida ésta ante el juez a quien se consigne la averiguación, quien ordenará su presentación y si no comparece ordenará su aprehensión, previa solicitud del Ministerio Público mandado hacer efectiva la garantía otorgada.

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

La garantía se cancelará y en su caso se devolverá cuando se resuelva el no ejercicio de la acción penal o una vez que se haya presentado el probable responsable ante el juez de la causa y éste acuerde la devolución.

Cuando el afectado pida que el arraigo o la prohibición de abandonar una demarcación geográfica queden sin efecto, la autoridad judicial decidirá, escuchando al Ministerio Público y al afectado, si deben o no mantenerse.

SEXTA: En las averiguaciones previas por delitos que sean de la competencia de los juzgados penales, cuya pena máxima no exceda de cinco años de prisión el probable no será privado de su libertad en los lugares ordinarios de detención y podrá quedar arraigado en su domicilio, con la facultad de trasladarse al lugar de su trabajo, si concurrieren las circunstancias siguientes:

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

II.- No existan datos de que pretenda sustraerse a la acción de la justicia;

III.- Realice convenio con el ofendido o sus causahabientes, ante el Ministerio Público de la forma en que se reparará el daño causado, en su caso, cuando no se convenga sobre el monto, el Ministerio Público con base en una estimación de los daños causados, en la inspección ministerial que practique, en las versiones de los sujetos relacionados con los hechos y en los demás elementos de prueba de que disponga, determinará dicho monto;

IV.- Que tratándose de delitos por imprudencia ocasionados con motivo del tránsito de vehículos, el presunto responsable no hubiese abandonado al lesionado, ni participado en los hechos en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

V.- Que alguna persona, a criterio del agente investigador del Ministerio Público, fundado en los datos que recabe al respecto, se comprometa, bajo protesta, a presentar al probable responsable cuando así se resuelva;

VI.- En caso de que el indiciado o la persona a quien se refiera la fracción anterior, desobedecieren sin justa causa las ordenes que dicte el

Ministerio Público, se revocará el arraigo y la averiguación previa será consignada en su caso, solicitando al juez competente la orden de aprehensión o de comparecencia en su contra, según corresponda, y

VII.- El arraigo no podrá prolongarse por más de tres días; transcurridos éstos el arraigado podrá desplazarse libremente, sin perjuicio de que el Ministerio Público, si así procediere, consigne la averiguación y solicite la orden mencionada.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFÍA.

TEXTOS.

1. Alcalá-Zamora y Castillo Niceto, El Antagonismo Juzgador-Partes: Situaciones Intermedias y Dudosas, Págs. 247.
2. Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, Estudios de Derecho Procesal, Madrid, 1934, Págs. 17.
3. Alcalá-Zamora y Castillo Niceto, La Protección Procesal Internacional de los Derechos Humanos, Págs. 324.
4. Briseño Sierra Humberto, Derecho Procesal, Tomo IV, Págs. 85.
5. Castro Juventino V., El Ministerio Público en México, Décimo Segunda Edición, Editorial Porrúa, México, 2002, Págs. 93.
6. Colín Sánchez Guillermo, Derecho Mexicano de Procedimientos Penales, tomo. I, Págs. 92.
7. Cuello Calón Eugenio, Derecho Penal, Tomo I, Tercera Edición, Págs. 544.
8. Eugenio Florian, Tratado de Derecho Penal, Editorial Milano, 1934, Pág. 91
9. Fix Zamudio Héctor, Detención, Diccionario Jurídico Mexicano.

10. García Pelayo, Derecho Constitucional Comparado, Edición 1957, Madrid, Pág. 102.
11. García Ramírez Sergio, Curso de Derecho Procesal Penal, Págs. 207.
12. García Ramírez, Sergio y Adato, Victoria, Prontuario del Proceso Penal Mexicano, Editorial Porrúa, México 1980, Págs. 275.
13. Guarneri José, Las Partes en el Proceso Penal, Págs. 159.
14. Manzini Vincenzo, Tratado de Derecho Procesal Penal, Tomo II, Pág. 11.
15. Percy Mac Lean Estenós, El Proceso Penal en el Derecho Comparado, Págs. 144.
16. Prieto Castro Leonardo, Derecho Procesal Penal, Madrid, 1947, Págs. 262.
17. Rodríguez Manzanera Luis, Sustitutos de la Pena, Editorial Porrúa, México, 1984, Págs. 265.
18. Silva Silva Jorge Alberto, Derecho Procesal Penal, Editorial Harla, México 1994, Págs. 502.

LEGISLACIÓN

1. Código Penal para el Estado de Guanajuato, Ediciones Legaria, León, Gto., Año 2003.
2. Código de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato, Ediciones Legaria, León, Gto., Año 2003.
3. Código Penal Federal, Colección Penal, Ediciones Delma, Primera Edición, México, Año 2001.
4. Código Penal para el Distrito Federal, Colección Penal, Ediciones Delma, Primera Edición, México, Año 2001.
5. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Greca Editores, México, Año 2002.
6. Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, Colección Penal, Ediciones Delma, Primera Edición, México, Año 2001.

OTRAS FUENTES

1. Diccionario Océano Sinónimos y Antónimos, Pág. 18.
2. Ortiz Tirado José, Criminalia, año VII, Núm. 9.