



**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTONOMA DE MEXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ACATLAN**

“LA LIBERTAD CON RESERVAS DE LEY, PREVISTA EN EL
ARTICULO 135 DEL CODIGO FEDERAL DE PROCEDIMIENTOS
PENALES QUE OTORGA EL MINISTERIO PUBLICO DE LA
FEDERACION”

TESIS

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A
MARTIN ALEJANDRO GONZALEZ ZAMORA

ASESOR: LIC. RAFAEL CHAINE LOPEZ

SEPTIEMBRE 2010



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



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.

A MI MADRE, CON TODO EL AMOR DEL MUNDO.
SIEMPRE LA AMARE MAMA. (+)

PARA MIS QUERIDOS HIJOS JUAN DE DIOS Y
DIANA ANGELICA, CON AMOR.

INTRODUCCIÓN.

El presente, es un trabajo que compila en todos y cada uno de sus Capítulos, la imperiosa necesidad que poseemos algunos hombres de entender uno de los mayores derechos con que contamos y que a través de siglos y siglos de cuestionamientos, luchas sociales, luchas internas y debacles mundiales, hemos defendido de todos y en todo momento: la LIBERTAD.

La libertad con la que nacemos, la libertad con la que podemos o no desarrollar nuestras vidas, la libertad que ejercemos en cada uno de nuestros actuares, la libertad tan común y tan diaria, pero que por ella, miles y miles han dado su vida gustosos de saber que con ello, han garantizado el desarrollo humano de otros tantos.

Precisamente, de un tema tan controvertido y apasionante es que entre las páginas de esta investigación, se enfrentan y confrontan las diversas teorías, los tantos y tantos pensadores que con sus dudas y reflexiones han aportado luz al camino de otros; la libertad que por siglos ha sido motivo del surgimiento de diversas disciplinas y que no ha cesado en su incansable lucha por el entendimiento y respeto de todos los que integran esta humanidad, se ve confrontada y cuestionada en sus bases y propios principios en este trabajo de Tesis.

Desde el momento en que el hombre se percató de que es un ser social y que por su propia naturaleza requiere de una serie de limitaciones de la misma, es que los derechos y las obligaciones han surgido, pero no como una idea concreta a realizar, sino más bien en el entendido de la aplicación de las mismas en el concierto de sin fin de características y complejidades que las han ido moldeando para el propio beneficio humano.

Así, siendo la libertad el primer paso de una persona para vivir en sociedad, es que ésta se ha convertido en más que un concepto de conveniencia para diversas disciplinas, no así para dar pie a fuertes encuentros entre quienes la entienden soslayada a una circunstancia y entre quienes la ven fluir de diversas maneras en el devenir de los tiempos. De tal suerte que en nuestra actualidad, aún es un tema inagotable.

Sea entonces el momento histórico preciso para hablar de ella desde el montículo de la Justicia y específicamente, del Derecho Penal. La libertad pues desde ésta perspectiva, es que se convierte en un punto de análisis de suma importancia, pero no sólo desde la visión tradicionalista y hasta compasiva de que el grueso de la población tiene idea, la libertad vista como un derecho inalienable que le corresponde, como regalo divino, única y exclusivamente a aquellos que obran conforme a lo establecido por las leyes; mejor aún, la libertad observada bajo el cristal de correspondencia por el simple hecho

de ser un ser humano, se viva o no, apegado a lo establecido por los hombres, que peca en muchas de las ocasiones, de la imperfección natural del género.

Y tal es el caso de fondo que ocupa al presente trabajo: una figura denominada en nuestra legislación como “Libertad con Reservas de Ley”, que si bien es cierto que desde una perspectiva filosófica podría ser definida como “la Libertad que es pero que no es”, en el campo real y actual del derecho penal, ni siquiera encuentra definición alguna, hecho mismo que no frena en nada su aplicación por juzgadores y ministerios públicos.

Si definir a lo largo de nuestra historia el término “Libertad” no ha sido empresa fácil, pareciera entonces, que mucho menos lo es definir la figura jurídica que nos ocupará a lo largo de éste estudio; los penalistas se enfrentan a ella de manera continua en el ejercicio de su profesión y labores, tomándola casi por desapercibida o en su defecto, dándola por un hecho sentado, sin siquiera comprender sus propios alcances o repercusiones. Los legisladores por su parte, la dan por hecho y la refuerzan, desde su “aparición” en nuestra Constitución, sin detenerse a meditar en algo, simple y sencillamente en qué puede consistir una libertad que se otorga pero con las reservas que la propia ley provee.

Así y pareciendo algo menos que un verdadero problema, es que los funcionarios encargados de procurar justicia, la emplean a su leal saber y entender; pero el problema no se detiene precisamente ahí y es que, son también aquellos encargados de administrar e impartir justicia, que poco conocen de ella y que la otorgan muy a pesar de no ser clara su conceptualización y limitación. Entonces, es cuando los que se jactan de saber qué es y cómo se aplica la “Libertad con Reservas de Ley”, se hallan frente a una especie de dogma, es decir, algo aceptado por todos, no cuestionado, pero en realidad, no entendido al cien por ciento por nadie, pues cada quien tiene su propia interpretación al respecto y por lo tanto, aplica la misma de acuerdo a las circunstancias y especificidades que nuestra Carta Magna hace al respecto sólo en uno sus 136 artículos.

Por tanto, el lector y estudioso del derecho encontrará entre las siguientes páginas, una serie de cuestionamientos al respecto basados por supuesto, en lo que la historia ha proporcionado por su propio desarrollo al respecto del tema, sin pasar por alto las confrontaciones teóricas que generarán reflexiones encontradas, pero que seguramente, servirán como aportaciones que emanarán de entre el brumoso presente, bases sólidas y actuales que lograrán en un futuro nada lejano, a partir de los juicios orales, la conformación de leyes que gocen de mucho más precisión y puntualidad en la aplicación de las mismas, sin olvidar que para el derecho actual mundial, todo sujeto debe gozar de ciertas garantías muy a pesar de su comportamiento al filo de las leyes establecidas; de tal suerte que los estados tengan la capacidad de no olvidar que apegados o no a la legalidad, nadie debe quedar desprovisto del hecho de ser ciudadano, que en caso de ser aún un sujeto activo de un delito, también es víctima de la represión gubernamental a través de sus órganos encargados de procurar e impartir justicia constitucional y más que nada, un ser humano con derechos inalienables e imprescriptibles.

CAPÍTULO I. LIBERTAD COMO DERECHO HUMANO

1.1 Antecedentes

1.1.1 *Panorama general*

A lo largo del tiempo, a los derechos humanos se les ha entendido de manera muy general, como aquellas libertades, facultades o valores que de acuerdo con distintas filosofías o fundamentaciones, corresponden en un primer plano a toda persona por el hecho de serlo y por su propia condición humana, con la finalidad de garantizarle una vida digna.

Con el anterior párrafo, no sólo se plantea una primera definición de derechos humanos, sino también, se comienzan a destacar los términos “libertad” y “filosofía”, conceptos que de alguna u otra forma, se encuentran constantemente relacionados con el tema de este trabajo.

Así, las actividades o prácticas en que se usa la expresión derechos humanos son aquellas relativas al respeto, protección, promoción o reivindicación de la persona humana, ante una o varias formas de manifestación de poderes sociales y políticos. Lo anterior, nacido precisamente, de la Filosofía.

Sin embargo, el mismo concepto también alude a una posición ética, a un modo de entender el concepto de persona y el respeto que emana precisamente de su libertad aplicado en las diferentes dimensiones o prácticas de vida dentro de una comunidad.

Ya desde una perspectiva meramente relacional, los derechos humanos han sido definidos como aquellas condiciones que permiten crear y/o sostener una relación integrada entre la persona y la sociedad en la que de manera lógica, se encuentra inmersa y que conjuntamente, permite a los individuos ser personas, logrando una identificación consigo mismos y con los demás.

Aparentemente, definir a los derechos humanos, resulta de una “relación conceptual” poco simplista, que va de un término a otro y que pareciera no tener fin. Sin embargo, así como “libertad” y “filosofía” están enteramente vinculados como preceptos en el terreno teórico, también lo están los conceptos de “persona” y “sociedad”.

Esta serie de relaciones las pensamos frecuentemente nacidas en países como Estados Unidos o Francia y sobre todo, originadas en siglos muy lejanos o en su defecto, emanadas de pensamientos contemporáneos que vinculan presentes con futuros. Sin embargo, es en el pensamiento iusnaturalista que se puso en movimiento y evolución (por llamarlo de alguna manera) el aspecto cultural y espiritual de la humanidad, mismo que abordaremos de manera más profunda un poco más adelante.

Así, los derechos humanos han tratado desde entonces encontrar su vinculación con la moral, después de su anidamiento en el Derecho Público Nacional y reconocimiento en el Derecho Público Internacional.

1.1.2 Concepto de Derechos Humanos.

Intentar definir de manera categórica y unánime el término **“derechos humanos”**, resulta una labor nada simple y mucho menos concreta, pues al igual que muchos de los conceptos que dan origen a los principios que rigen al hombre y las sociedades que éste forma, no se trata de un concepto encuadrado en un par de palabras o en una definición rígida de diccionario; simplemente se ha venido desarrollando a través de los años de manera vinculativa y por supuesto, multidisciplinaria.

Sin embargo, se puede decir con certeza que el objetivo de la dimensión o el discurso filosófico de los derechos humanos fundamentalmente, es establecer los principios o valores éticos que justifiquen el comportamiento de los individuos, o las acciones o determinaciones de las instituciones sociales. Así, el discurso filosófico de los derechos humanos se mueve en una dimensión teórica-axiológica.

A esta dimensión filosófica también se le ha llamado dimensión teórica, toda vez que en este discurso se realiza la especulación teórica en torno a las razones que sirven de fundamento a los derechos humanos.¹

No existe entonces, un sólo fundamento para justificar la existencia de los derechos humanos, por más que la primera de las justificaciones provenga del *iusnaturalismo*.

1.1.3 Evolución histórica de los Derechos Humanos

Ya adentrados en el tema, es necesaria la visión retrospectiva del mismo y remontarse un poco a sus antecedentes históricos y descubrir así que su “formula”, es de inspiración francesa y se remonta a las últimas décadas del siglo XVIII.

La idea de una ley o legislador que define y protege los derechos de los hombres es muy antigua. Aquí algunos antecedentes:

- ❖ El Código de Hammurabi.- Legislación que data del año 1760 a. C. (según la cronología media), y que fue uno de los primeros conjuntos de leyes que se han encontrado y uno de los ejemplos mejor conservados de este tipo de documentos de la antigua Mesopotamia y en breves términos se refiere a la conocida frase «ojo por ojo, diente por diente»; es decir, se hablaba de una protección con penas desproporcionadamente crueles.
- ❖ En Roma.- Se los garantizaban solamente a los ciudadanos romanos que eran los únicos que podían formar parte en el gobierno, la administración de la justicia, la

¹ Procuraduría General de la República. *Guía Básica de Derechos Humanos*. Segunda edición 2007, pp. 12-13

elección de funcionarios públicos, etc. A pesar de esto se logró constituir una definición práctica de los derechos del hombre. El derecho romano según fue aplicado en el *common law*, como el Derecho Civil del continente europeo, ofrece un patrón objetivo para juzgar la conducta desde el punto de vista de los derechos y libertades individuales. Ambos admitieron la concepción moderna de un orden público protector de la dignidad humana.

- ❖ En Inglaterra.- Se libraron batallas en defensa de los derechos ingleses, para limitar el poder del Rey. De esta lucha emergen documentos: la Petition of Right de 1628, y el Bill of Rights de 1689.²

Las ideas de estos documentos se reflejan luego en las revoluciones norteamericana y francesa del siglo XVIII:

- Declaración de Independencia Norteamericana.
- Declaración de Derechos de Virginia de 1776.
- Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.
- Declaración de los Derechos Norteamericana.

El año 1789, específicamente al 26 de agosto de ese año donde la Asamblea Constituyente Francesa votó por unanimidad un conjunto de principios considerados esenciales en las sociedades humanas y en las que habían de basarse la Constitución Francesa (1791), y después otras muchas constituciones modernas. Tales principios, enunciados en 17 artículos, integran la llamada "Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano".

En cuanto a su contenido político y social no representaban una aportación original, pues su espíritu había sido ya aceptado en Inglaterra en 1689 por Guillermo III, y casi en iguales términos los había sancionado con anterioridad en Estados Unidos el Congreso de Filadelfia. No obstante, la gran repercusión de la Revolución Francesa los universalizó y entraron a formar parte de la conciencia europea como expresión de las aspiraciones democráticas.

Dicha declaración, en sus artículos, establece: la misma política y social de los ciudadanos, el derecho a la libertad, a la propiedad, a la seguridad, a resistir la opresión, el libre ejercicio de los Derechos Naturales, la libertad de palabra y de imprenta... y demás derechos inherentes al hombre.

En esta etapa comienzan a dictarse las constituciones de carácter liberal, que protegían los derechos civiles y políticos, buscaban la protección de las libertades de propiedad, y de vida. Esta etapa es llamada "Derechos de Primera Generación", donde vemos un decaimiento del absolutismo político y monárquico.

² Wikipedia. Enciclopedia en línea. Consulta de artículo. "Código de Hammurabi". <http://es.wikipedia.org>. (Consulta hecha en diciembre de 2008).

Como respuesta a una etapa de crisis de los derechos humanos, por distintas situaciones, entre ellas el comunismo o la revolución Industrial de Inglaterra. Esta etapa se llama "Derechos de Segunda Generación", que son específicamente derechos sociales y económicos, que contenían la esperanza de los hombres de mejorar sus condiciones de vida dentro de la sociedad, en lo económico y en lo cultural, ya que a medida en que otras valoraciones novedosas entran a los conjuntos culturales de las diferentes sociedades, el repertorio de derechos civiles y políticos recibe una reclamación ampliatoria.

Estos derechos deben defenderse, mantenerse, subsistir; pero a la vez hay que añadirles otros.

Estas ideas comienzan a plasmarse en las constituciones de México de 1917 y en la de Alemania de Weimar en 1919. Los derechos humanos se establecieron en el Derecho Internacional a partir de la Segunda Guerra Mundial, y se establecieron documentos destinados a su protección por su importancia y necesidad de respeto.³

Según la Procuraduría General de la República, la protección internacional de los derechos humanos encuentra su fuente en los tratados internacionales, los cuales crean órganos de promoción y protección a dichos derechos que, paulatinamente, han ido aumentando su ámbito de protección y vigilancia.⁴

A continuación, varios ejemplos:

1. La Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.
2. La Declaración de Derechos del Niño, de 1959.
3. La Convención sobre los Derechos Políticos de la Mujer, de 1959.
4. La Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación de la mujer, de 1969.
5. La Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles e inhumanas o degradantes, de 1984.
6. La Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989, entre otros.

Estos nuevos derechos que se apodan derechos de segunda generación tienen que cumplir una forma social, el individuo tiene que ejercerlo con un sentido o función

³ Monografías. **DI PRIETO** Alfredo. *Manual de Derecho Romano*. Trabajo de Derecho Romano. Lapieza Elli. Consulta de trabajo. www.monografias.com. (Consulta realizada en diciembre de 2008)

⁴ Procuraduría General de la República, *op.cit.*, p. 37.

social.⁵

Todas estas declaraciones representan el tránsito de la noción filosófica de los “derechos humanos” a su noción política, por lo tanto la ideología de los movimientos revolucionarios franceses y americanos de los dos siguientes siglos.

Los derechos humanos adquieren forma de declaración política: enuncian una nueva condición de legitimidad.

Rasgos de los derechos humanos establecidos en esas declaraciones: *universales, absolutos, inalienables y eternos*. Para Norberto Bobbio se trata de formas de lenguaje persuasivo, más propio de la dimensión política antes que de la dimensión jurídica.⁶

Los llamados derechos fundamentales surgieron del Derecho Natural Cristiano y del Derecho Secular basados en una idea: “el poder del tirano tiene su límite cuando el oprimido no puede hallar su derecho en alguna parte, cuando la carga se vuelve insoportable, entonces es cuando se dirige al cielo con valor y toma para sí sus eternos derechos que de ahí penden inalienables, como las mismas estrellas”.⁷

Así, a lo largo del tiempo, los derechos humanos han representado a todas luces una postura moral con repercusiones en distintos ámbitos de la vida humana, como la política, el derecho, el arte, la filosofía. Todas estas actividades relacionadas con los derechos humanos están conectadas con “...Un denominador común y un mismo objeto: la persona y sus derechos en la sociedad y en el Estado”.⁸

El concepto de derechos humanos se encuentra pues, frente a una concepción multidimensional que puede partir del siguiente supuesto:

La idea de derechos humanos funciona de distinta manera en los principales discursos o dimensiones en los que aquélla se desenvuelve, a saber: el filosófico, el político, y el jurídico.⁹

1.1.4 El fundamento de los Derechos Humanos.

Son tres las fundamentaciones principales de los derechos humanos:

- Iusnaturalista.
- Historicista.
- Ética.

⁵ Wikipedia. *Ibidem*.

⁶ Procuraduría General de la República. *op.cit.*, p. 24

⁷ VARGAS Pastor, Guillermo. *Evolución de los Derechos Humanos*. Trabajo presentado para la Universidad Autónoma de Guerrero. Unidad Académica de Ciencias Sociales. Maestría en Derecho. Año de realización: 2007. Diapositiva: 85.

⁸ Procuraduría General de la República. *op.cit.*, p. 10 Citado por Germán J. Bidart Campos.

⁹ Procuraduría General de la República. *op.cit.*, p. 12.

Haciendo referencia a Norberto Bobbio, es conveniente no perder de vista cuando señala que “es una ilusión el fundamento absoluto de los derechos humanos, pues sólo es dable hablar de un fundamento histórico posible”.

1.1.4.1 Fundamentación lusnaturalista.

“Corriente que admite la distinción entre Derecho natural y Derecho positivo, y sostiene la supremacía del primero sobre el segundo”.

1.1.4.2 Fundamentación historicista.

Definición historicista de los derechos humanos:

Son los derechos variables o relativos a cada contexto histórico que el hombre tiene y mantiene de acuerdo al desarrollo de la sociedad.

Características de los derechos humanos como derechos históricos:

- Variables y relativos.
- Ni naturales, ni universales, ni absolutos.
- De origen social.
- No anteriores ni superiores a la sociedad o al Estado.

1.1.4.3 Fundamentación Ética

Definición ética de los derechos humanos:

“Los derechos humanos son derechos morales, es decir, exigencias éticas y derechos que lo seres humanos tienen por el hecho de ser hombres; con un derecho igual a su protección, reconocimiento y garantía por parte del poder político, la sociedad y el Estado”.

El origen y fundamentación de los derechos humanos nunca debe ser jurídico, sino previo a lo jurídico. Por ello: El Derecho positivo no crea los derechos humanos, su labor se constriñe a reconocerlos, convertirlos en normas y garantizarlos jurídicamente.

Toda norma moral o jurídica presupone una serie de valores sobre la vida individual, la social y la política. De ahí que el fundamento no pueda ser otro que ético-axiológico o valorativo.¹⁰

“Los derechos humanos sufren un proceso de decantación, fundados en necesidades humanas y en las posibilidades de satisfacerlas dentro de una sociedad”.¹¹

1.1.5 lusnaturalismo y Derechos Humanos.

¹⁰ Procuraduría General de la República. *op.cit.*, p. 17-21

¹¹ Procuraduría General de la República. *Ibid.* Citado por Manuel Peris. p.19

Una vez adentrados en el importante tema del Derecho Natural, es de valiosa importancia destacar sus aspectos principales o los que estudiosos del Derecho han intentando definir como sus principios fundamentales:

- Un orden natural.
- Deducido de la naturaleza humana.
- Del que se derivan derechos naturales.
- Derechos que ostenta la persona como reflejo subjetivo de un orden normativo natural.

A los cuatro puntos anteriores y de manera muy elemental, también vale la pena destacar las características del tema que nos ocupa, es decir, los derechos humanos, pero en esta ocasión, desde el punto de vista de los derechos naturales. Así tenemos que:

- Son anteriores y superiores al Derecho Positivo.
- Por tanto: eternos, universales, absolutos e inalienables.

Representantes de esta corriente: Hans Welzel, Frede, Castberg, Castán Tobeñas, Recaséns Siches, Legaz y Lacambra.¹²

Tomando en cuenta los párrafos anteriores, resulta del todo necesario realizar una breve crítica al iusnaturalismo, sin perder de vista el tema en que está situado este primer punto del Capítulo I.

Así, se puede sostener que el término “Derecho” en estricto sentido técnico-jurídico sólo se aplica, según el iusnaturalismo, a los reconocidos en una norma jurídica de Derecho Positivo, dejando de lado, todas las demás acepciones que pueda englobar, además de que frente a exigencias éticas o principios jurídicos supra-positivos, el Derecho Natural no ha sido considerado como Derecho por muchos estudiosos del mismo.

Pero, remontándonos un poco más y tratando de ser lo más explícitos posible, es que se apetece ahondar definitivamente más en el movimiento como tal, a fin de entender el por qué de la definición anterior.

Así, entendemos entonces que políticamente el Renacimiento se inicia con el paso del Feudalismo al Capitalismo. La aristocracia de los señores feudales, cuyo dominio había perdurado tanto tiempo en el siglo XV, pierde su autoridad política y también su poderío económico ante los príncipes y reyes que, al contar con el apoyo del comercio, una industria y una minería florecientes, se adueñan del poder y logran afianzar los estados nacionales y la monarquía absoluta.

Dichas funciones del Estado aumentan de manera considerable, de tal suerte que poco

¹² Procuraduría General de la República. *op.cit.*, pp. 17-18

a poco va sustituyendo a la iglesia en su carácter de máxima autoridad, aunque con un área de influencia mucho más limitada que no afecta la moralidad ni la vida espiritual del hombre.

Los ideales del Estado de esta época se limitan a buscar un nacionalismo bien definido como base de un país libre y autónomo, sin subordinación religiosa o moral alguna. Así y de manera ya un tanto esperada, se produce una gran transformación en la sociedad europea, que se manifiesta inmediatamente en un nuevo estilo de vida, más libre y abierto, que somete a una dura crítica los valores morales, religiosos e intelectuales de la conocida Edad Media.

Algo que de alguna manera caracteriza a los hombres de esos tiempos es su rebeldía contra la autoridad establecida, principalmente de tipo religioso, la cual tiene entre sus resultados más significativos la reforma religiosa y el humanismo, éste último tratado con mayor profundidad en capítulos ulteriores. Esto trajo consigo, un proceso de “liberación” en la filosofía política de la que fue posible por una secularización de los intereses intelectuales inherente a los estudios de la antigüedad. El estoicismo y el platonismo, pareciera que arrojaron entonces un nuevo grado de naturalismo y racionalismo.

De tal suerte que a la luz de dichos movimientos, surgen nombres como **Johannes Althusius**, quien propuso la reducción de todas las relaciones políticas y sociales al único principio del conocimiento o contrato. Sus teorías ofrecían una base lógica al elemento de autoridad inherente a todo grupo, que aparece en el Estado específicamente como autoridad pública soberana del propio grupo y daba una base lógica y aceptable para la limitación jurídica de los ejecutivos y para el derecho de resistir al ejercicio tiránico del poder ejecutivo.

La gran virtud de esta teoría (de ahí su aceptación), era su claridad ya que sustancialmente se había independizado de toda sanción religiosa de la autoridad, pues consideraba a las sanciones como autosuficientes, al menos dentro de los límites establecidos por los fines a los que debía servir cada clase de asociación. Sin embargo, no ofrecía ningún fundamento filosófico del principio mismo del consentimiento.

Pero no era el único con propuestas tan innovadoras y de éste tipo; **Hugo Grocio** definió el *derecho natural* como un *“dictado de la recta razón, que señala que una acción, según que sea o no conforme a la naturaleza racional, tiene en sí una calidad de fealdad moral o necesidad moral; y que en consecuencia tal acto es prohibido u ordenado por el autor de la naturaleza, Dios”*.¹³

En efecto, el derecho natural ordenaría exactamente lo mismo en la hipótesis de que no hubiera Dios o de que la existencia de éste fuera real. La razón que encuentra Grocio, es que el poder de Dios no alcanza a hacer una proposición contradictoria en sí misma;

¹³**El Iusnaturalismo**. *Historia de la Ideas Políticas. Cap. III. Principales representantes del Iusnaturalismo*. Biblioteca Rafael Montejano y Aguiñaga. Colegio San Luis AC. San Luis Potosí México. p.2 <http://biblio.colsan.edu.mx>. (Consulta realizada el 18 de octubre de 2001).

tal poder no sería fuerza, sino debilidad. Aseguraba que: **“Así como ni siquiera Dios puede hacer que dos por dos no sean cuatro, tampoco puede hacer que lo que es intrínsecamente malo no lo sea”**. De ahí que sustenta, no haya nada arbitrario en el derecho natural como no lo hay en la aritmética. “Los dictados de la recta razón son los que la naturaleza humana y de las cosas ordenan que sean”.¹⁴

Por su parte **John Locke** a quien se le ha llamado “El padre de la moderna democracia”, en su lucha a favor de un Estado democrático, rechaza la doctrina del absolutismo y del derecho divino de los reyes, pues para él todos los hombres son libres e iguales por naturaleza; sostiene también que los individuos poseen algunos derechos, entre ellos el de la propiedad, cuyo fundamento es el trabajo.

Para **Thomas Hobbes** en cambio, *“las leyes de la naturaleza significaban en realidad un conjunto de normas con arreglo a las cuales un ser idealmente razonable buscaría su propia ventaja en el caso de tener conciencia plena de todas las circunstancias en que actuaba y de no estar afectado por el impulso momentáneo ni por ninguna clase de prejuicios”*. En términos muy generales, él cree que los hombres actúan en realidad de esta manera y que las leyes naturales exponen condiciones hipotéticas con arreglo a las cuales permiten los rasgos fundamentales de los seres humanos que se funde un “gobierno estable”.¹⁵

El argumentó que sostuvo **J. Jacques Rousseau**, fue que el hombre natural era un animal que observaba una conducta puramente instintiva; todo pensamiento, cualquiera que sea, es “depravado”, según él. Para Rousseau, el hombre carecía enteramente de lenguaje, y sin lenguaje es imposible toda idea general; por lo tanto, el hombre no era moral ni vicioso, cuestión que a la fecha, es motivo de análisis interminables que afirman o desdican lo planteado.

Partiendo de lo anterior, es importante destacar que se ha planteado que el egoísmo, el gusto, la consideración por la opinión de los demás, las artes, la guerra, la esclavitud, el vicio, el afecto conyugal y paternal, no existen en los hombres sino en cuanto estos seres sociables conviven en grupos mayores o menores.

Entonces, y con fundamento en lo anterior, se entiende el por qué **la tendencia a constituir sociedades es un rasgo universal**; dondequiera que los individuos tienen un interés común, constituyen una sociedad, y toda sociedad tiene una voluntad general que regula la conducta de sus miembros. Así, las sociedades mayores no están directamente compuestas de individuos, sino más bien de sociedades más pequeñas, y cada sociedad mayor establece los deberes de las menores que la componen, como en una relación de poder o “mandato”. De este modo Rousseau deja en pie “la gran sociedad”, de la especie humana, cuya voluntad general es el derecho natural, pero como sociedad y no como especie.¹⁶

¹⁴ **El Iusnaturalismo.** *Historia de la Ideas Políticas. op.cit., p.2.*

¹⁵ *Ibid.* p.3.

¹⁶ *Ibidem.* p.3.

David Hume, es un empirista inglés que **se dedica principalmente a destruir el sistema iusnaturalista**, rasgo que destaca de entre los demás y del cual se destacan aspectos importantes aún dentro del tema.

Atacó por lo menos tres grandes ramas del sistema:

- La religión natural o racional.
- La ética racional.
- La teoría contractual y consensual de la política.

Sostenía que *“es imposible una metafísica racional que pretenda mostrar la necesidad de la existencia de algo”*. Sin embargo, las denominadas “verdades” de la religión carecen aún del carácter fidedigno que para sus propósitos tienen las generalizaciones científicas; pertenecen como bien es sabido, sólo al dominio del sentimiento. Al tocar este punto, el revuelo que causó fue mucho mayor que con una crítica simplista y/o política.

De ahí que sostenga que la religión pueda tener una historia natural, esto es, una explicación psicológica o antropológica de sus creencias y prácticas, pero que no pueda plantearse en ella y hasta fuera de ella, el problema de verdad.

Gran parte de la crítica ética de Hume estaba dirigida contra la forma de utilitarismo predominante de su tiempo. Su principal objeción se debía a que la doctrina en cuestión simplificaba en exceso los motivos, hasta el punto de falsearlos y esto le parecía inaudito.

“La naturaleza humana no es tan sencilla como para no tener más que una sola propensión y muchos impulsos aparentemente primitivos no tienen relación evidente con el placer. Hay que tomar la naturaleza humana tal como es y el prejuicio predominante de que los motivos egoístas son en cierto modo razonables es parte de la misma falacia que hizo creer a los racionalistas que la justicia es razonable”, aseguraba.

De aceptarse las premisas del argumento de Hume, resulta difícil negar que barrera con toda la filosofía naturalista del derecho natural, de las verdades evidentes por sí mismas y de las leyes de moralidad eterna e inmutable que se suponía garantizaban la armonía de la naturaleza y el orden de la sociedad humana en esos tiempos.

La utilidad queda en lugar de los derechos inviolables o de la justicia y libertad natural, concebida en términos de egoísmo o de estabilidad social, que da por resultado ciertos cánones convencionales de conducta que unidos, sirven a las finalidades humanas.¹⁷

Por último y no apartándonos de las teorías de Hume, fue **Edmund Burke** quien invirtió en un grado mucho mayor que el citado en primer lugar, para juzgar el sistema de valores implicado por el iusnaturalismo. ***Son la costumbre, la tradición y la***

¹⁷ **El Iusnaturalismo**. *Historia de la Ideas Políticas. op.cit.*, p.3.

pertenencia a una sociedad los elementos que, en mucha mayor medida que la razón, dan a la naturaleza humana calidad moral, aseguraba. Decía también que la civilización pertenece a las comunidades, no a los individuos; todas las posesiones individuales de un hombre derivan del hecho de que es miembro de una sociedad organizada, sin ella, no habría tal posesión.¹⁸

Del anterior desglose de autores y pensadores y a manera de conclusión, podemos advertir que el iusnaturalismo marcó de manera radical una nueva etapa en la historia social de la humanidad, porque no sólo que fue una corriente que rompió los esquemas establecidos en el mundo sustrayendo la tendencia religiosa que dominó el panorama filosófico por años, desde la muerte de Aristóteles, hasta el siglo XVII, en el que se retoman esos principios.

Pareciera que su objetivo principal era, al igual que otras corrientes denominadas “revolucionarias”, otorgar derechos al hombre; derechos que le permitieran un poder moral para hacer, omitir o exigir algo; derechos que se les ha otorgado por igual a todos los seres, pero que en conocidas ocasiones y situaciones son ignorados.

Entonces, se pasa de un Derecho Natural a un conjunto de normas que buscan garantizar el mejor ordenamiento de la sociedad. Posteriormente se sustituye este orden por el de Dios.

1.1.6 Esclavitud y libertad.

Ya se ha tocado abundantemente el tema de los derechos humanos, pero es muy importante no olvidar el concepto de **LIBERTAD** (por lo menos en lo que corresponde a éste primer enfoque que conlleva la investigación), que invariablemente y tal y como se ha mencionado en párrafos anteriores, resulta inseparable del primero y que mejor, que comenzando los antecedentes históricos pertinentes.

Como fenómeno sociológico comenta Guillermo F. Margadant, la esclavitud antigua se extinguía, casi imperceptible, por transición al colonato que desemboca en el feudalismo medieval, pero cabe hacer mención que la esclavitud suele estar basada desde siempre, en un fuerte prejuicio racial y que mejor que hacer una breve introducción de sus orígenes conocidos a la fecha.

La práctica de la esclavitud data de épocas prehistóricas, aunque su institucionalización probablemente se produjo cuando los avances agrícolas hicieron posible sociedades más organizadas que requerían de esclavos para determinadas funciones. Para obtenerlos se conquistaban otros pueblos; sin embargo, algunos individuos se vendían a sí mismos o vendían a miembros de su familia para pagar deudas pendientes; la esclavitud era también el castigo para aquellas personas que cometían algún delito.

La esclavitud era una situación aceptada y la mayoría de las ocasiones, esencial para la

¹⁸ **El Iusnaturalismo**. *Historia de la Ideas Políticas. op.cit.*, p.4.

economía y la sociedad de las civilizaciones antiguas. En Mesopotamia, India y China se usaban esclavos en los hogares, en el comercio, en la construcción a gran escala y en la agricultura. Los antiguos egipcios los utilizaron para construir palacios reales y monumentos. Los antiguos hebreos también utilizaron esclavos, pero su religión les obligaba a liberar a los de su mismo pueblo en determinadas fechas. En las civilizaciones precolombinas (azteca, inca y maya) se utilizaban en la agricultura y en el ejército. **Entre los aztecas, los practicantes de distintos oficios compraban esclavos para ofrecerlos en sacrificio a su dios patrón.**

Los filósofos griegos no consideraban la condición de esclavo como moralmente reprochable, a pesar de que Aristóteles proponía liberar a los esclavos fieles. En la antigua Grecia, los esclavos, salvo raras excepciones, eran tratados con consideración. Sin embargo, los ilotas de Esparta (descendientes de un pueblo conquistado y obligados a trabajar duramente en el campo y a luchar en los ejércitos espartanos) fueron tratados con gran severidad, debido principalmente a que su población era mayor que la de sus gobernantes. Por lo general, los esclavos eran utilizados como trabajadores domésticos, en oficios urbanos y en el campo, en la marina y el transporte. La esclavitud doméstica, por lo general, era menos dura, ya que el trato que recibían solía ser muy familiar.

La esclavitud romana difería de la griega en varios aspectos. Los romanos tenían más derechos sobre sus esclavos, incluido el de vida y el de muerte. La esclavitud era en Roma mucho más necesaria para la economía y el sistema social que en la antigua Grecia, especialmente durante el Imperio. Los romanos acomodados, que poseían grandes mansiones en la ciudad y en el campo, dependían de gran número de esclavos para mantener sus hogares y sus propiedades agrícolas. Las conquistas imperiales diezmaron los ejércitos romanos, de forma que se hizo necesario importar gran número de esclavos extranjeros para que realizaran el trabajo del campo. La principal fuente de esclavos era la guerra: decenas de miles de prisioneros fueron llevados a Roma como esclavos; sin embargo, todas aquellas personas convictas de crímenes graves y los deudores, que se vendían a sí mismos o vendían a miembros de su familia para pagar sus deudas, pasaban a ser esclavos.

Después de la caída del Imperio romano, durante las invasiones bárbaras entre los siglos V y X, la institución de la esclavitud se transformó en un sistema menos vinculante: la servidumbre.¹⁹

Este sistema pasa a ser un elemento del feudalismo posterior, que, desde la última fase de la Edad Media, se fue liquidando con el nacimiento de las ciudades bajo el influjo del cambio general de las ideas, recibiendo finalmente un golpe mortal con la Revolución Francesa. Sus últimos restos desaparecen en varias etapas, durante las últimas generaciones, de manera que en la actualidad este lejano sucesor de la antigua esclavitud se demuestra sólo en muy limitadas zonas del mundo civilizado, y ahí, en forma tan atenuada, que se trata más bien de un pintoresco e inofensivo residuo del

¹⁹ "Esclavitud." Microsoft® Student 2008 [DVD]. Microsoft Corporation, 2007.

pasado.

Paralelamente a este gradual movimiento de transición de la esclavitud antigua al feudalismo, y de la liquidación de éste, hubo, en una forma muy parecida a la romana, un repentino renacimiento de la esclavitud: la “trata de negros”.

En forma individual, la esclavitud romana se extinguía, como es lógico, por la muerte del esclavo, y por una concesión especial de la libertad. Además, el cautivo de guerra podía recuperar su libertad por devolución convenida o por fuga. Si el romano, esclavo de guerra en un país extranjero, dejaba huella jurídica. Por la ficción del *postliminium*, el ex-cautivo recuperaba, con efectos retroactivos, todos los derechos que había perdido en el momento de iniciarse su cautividad.

Así, con la exploración de las costas de África, el descubrimiento de América en el siglo XV y su colonización en los tres siglos siguientes, impulsó de forma considerable el comercio moderno de esclavos. Desde mediados del siglo XV hasta la década de 1870, entre 11 y 13 millones de africanos fueron exportados hacia América; entre un 15 y un 20% murieron durante las travesías y en torno a 10 millones fueron esclavizados en los países de destino.

Sin embargo, se tienen registros de que en tiempos del Bajo Imperio, el número de esclavos bajó rápidamente; la vida económica comenzó a sufrir por la escasez de ellos, y los grandes terratenientes iniciaron el sistema de prohibir que los pocos campesinos que trabajaban en sus campos, salieran de allí. Así se anuncia el “colonato”: en vez del esclavo tan fácilmente comprado y vendido antes, en numerosos mercados de ese tipo, encontramos ahora al *servus glebae*, hombre libre pero vinculado contractualmente a determinadas tierras, de las que no puede separarse, y las cuales, por otra parte, no pueden ser vendidas sin garantizarle al *servus glebae* su derecho de continuar cultivándolas.

De tal suerte que Portugal, que necesitaba trabajadores para el campo, fue el primer país europeo que cubrió su demanda de trabajo con la importación de esclavos. Los portugueses iniciaron esta práctica en 1444, y en 1460 importaban cada año de 700 a 800 esclavos procedentes de diferentes puntos de la costa africana. Éstos eran capturados por otros africanos y transportados a la costa occidental de África. Pronto España imitó esta práctica, aunque durante más de un siglo Portugal siguió monopolizando el comercio. Durante el siglo XV, los comerciantes árabes del norte de África enviaban esclavos de África central a los mercados de Arabia, Irán y la India.

En el siglo XVI, los conquistadores españoles obligaron a los jóvenes indígenas a cultivar grandes plantaciones y trabajar en las minas. Los indígenas no estaban acostumbrados a vivir como esclavos y no podían sobrevivir en estas condiciones, en parte debido a su falta de inmunización contra las enfermedades europeas y a las duras condiciones de trabajo. Aun así, Bartolomé de Las Casas denunció la existencia de unos 3 millones de esclavos indígenas en Nueva España y Centroamérica. Por su parte, Motolinía sostuvo que no superaban los 200.000 los indígenas reducidos a la esclavitud. El derrumbe de las poblaciones indígenas, total en las Antillas y parcial en el

continente americano, provocó el aumento del número de esclavos. Fueron numerosos los jóvenes indígenas que murieron a causa de la rudeza de los trabajos, por lo que se optó por importar a las colonias españolas esclavos africanos que se creía podrían soportar mejor el trabajo forzado.

El rey de España Carlos I estableció en 1517 un sistema de concesiones a particulares para introducir y vender esclavos africanos en América. A mediados del siglo XVI, la esclavitud indígena como institución jurídica desapareció en Nueva España. Surgieron otras modalidades, como el endeudamiento o la encomienda. La esclavitud a partir de entonces afectaría sólo a los negros africanos. La llegada masiva de esclavos africanos a Brasil se inició en la segunda mitad del siglo XVI, pero ya en 1501 se registró su presencia en Santo Domingo, Puerto Rico, Cuba y Jamaica, donde entraban al año unos 4.000 africanos. La concesión de derechos en el tráfico de esclavos fue siempre una prerrogativa real.

A finales del siglo XVI, Reino Unido empezó a competir por el derecho a abastecer de esclavos a las colonias españolas, detentado hasta entonces por Portugal, Francia, Holanda y Dinamarca. En 1713, la British South Sea Company consiguió el derecho exclusivo de suministro de esclavos a estas colonias. Los primeros esclavos africanos llegaron a Jamestown (Virginia) en 1619 de manos de los primeros corsarios ingleses; los esclavos estaban sujetos a la llamada ‚servidumbre limitada‘, una situación legal propia de los siervos blancos, negros e indígenas, que era precursora de la esclavitud en la mayoría de las colonias inglesas del Nuevo Mundo.

Con el desarrollo del sistema de plantaciones en las colonias del sur, el número de esclavos africanos importados aumentó considerablemente en la segunda mitad del siglo XVII. A medida que fueron adquiriendo una mayor relevancia (especialmente en el sur, donde eran considerados fundamentales para la economía y la sociedad) se hizo necesario modificar la legislación correspondiente. Durante la guerra de la Independencia estadounidense (1776-1783) eran esclavos en el más amplio sentido de la palabra, con una legislación que definía claramente su situación legal, política y social.

La transición de la esclavitud desembocó en un hecho que “revolucionó” el mundo: Dinamarca fue el primer país europeo que abolió el comercio de esclavos en 1792, seguido del Reino Unido en 1807 y de Estados Unidos en 1810.

En el Congreso de Viena de 1814, el Reino Unido intentó convencer a otros países para que adoptaran políticas similares, consiguiendo que casi todos los países europeos aprobaran una normativa al respecto o firmaran un tratado que prohibiera este tipo de tráfico. El Tratado de Ashburton de 1842 entre el Reino Unido y Estados Unidos estableció el mantenimiento de fuerzas en la costa africana para vigilar el cumplimiento de la ley. En 1845, la colaboración de las fuerzas navales del Reino Unido y Francia fue sustituida por el derecho mutuo de inspección de barcos para vigilar el cumplimiento de la normativa vigente. La limitación del número de esclavos condujo a una mejora de sus condiciones de vida. Los esclavos de las Antillas francesas obtuvieron la libertad en 1848 y en las holandesas en 1863.

En América, la emancipación y el nacimiento de las nuevas repúblicas provocó la abolición de la esclavitud: México la abolió en 1813, Venezuela y Colombia en 1821, y Uruguay en 1869. Sólo en Brasil la esclavitud perduró hasta 1888. En las guerras de independencia, la población negra de algunos países se alineó simultáneamente del lado de los patriotas criollos. En México, Miguel Hidalgo y José María Morelos proclamaron la abolición de la esclavitud y trataron de incorporar la población de origen africano a sus filas. En general, el proceso de abolición de la esclavitud, en los primeros años de las nuevas repúblicas, chocó con los intereses y las exigencias de las burguesías conservadoras, reacias a su aceptación.

En España, a pesar de repetidos intentos liberales, la abolición de la esclavitud sólo fue posible tras una serie de conflictos y tensiones, especialmente en Cuba, que la abolió en 1886.²⁰

Por su parte, Margadant asegura en su obra *Derecho Romano* que las formas que otorgaban de un modo especial la libertad podían ser las siguientes:

1. La liberación del esclavo por efecto directo de la ley; por ejemplo, cuando el dueño abandonaba a un esclavo gravemente enfermo, o cuando aquél creía de buena fe ser libre, viviendo públicamente como tal durante veinte años (caso de adquisición de la libertad por prescripción), o cuando se vendía sin cláusula de no-prostitución a una esclava adquirida con tal cláusula.
2. Liberación a consecuencia de la intervención especial del Estado; por ejemplo, cuando un esclavo denunciaba la conspiración de su señor.
3. Liberación a consecuencia de un acto especial del señor, o sea, la *manumissio*, que era el caso más frecuente. A este aspecto, debemos distinguir las formas solemnes del *ius civile* y las no solemnes del *ius honorarium*.

Un caso intermedio entre la manumisión y la liberación por la ley en forma directa es el del *statu liber*.²¹

²⁰ "Esclavitud." Microsoft® Student 2008. *Op.cit.*

²¹ MARGADANT S., Guillermo F. *Derecho Romano*. Cap. III. Las Personas. Esfinge. México. Vigésimo sexta Edición. pp.124-126.

1.2 Antecedentes en México.

1.2.1 Historia

Con el panorama anterior que se ha dado de los derechos humanos desde los diversos puntos de vista abordados, toca entonces ya, hacer referencia a los inicios de estos en nuestro país.

En tiempos precortesianos y específicamente durante el Imperio Azteca, se llegaron a proteger ciertos derechos, que en la actualidad podrían ser considerados o equivaler a las garantías individuales. Así, por ejemplo, la mujer azteca tenía derecho a la propiedad; además, podía reclamar justicia ante el Consejo –conjunto de *calpullis*-²² o solicitar el divorcio.²³

Por otra parte, existía una serie de “contratación de servicios”, donde se vislumbra la libertad de trabajo y el derecho a una justa retribución.²⁴ Sin embargo, y muy a pesar de estos destellos de principios de libertad que ya daba éste pueblo, la división de clases existía de manera muy marcada, de tal suerte que se llegaba a aceptar la institución de la esclavitud.

Más tarde en tiempos coloniales, aún cuando el absolutismo de los reyes españoles prevalecía, en cuanto a su gobierno de la Nueva España, la actuación de los soberanos para con sus súbditos llegó a verse “suavizada” y hasta disminuida, en virtud de principios religiosos y morales, producto de la evangelización de las tierras conquistadas. Esto generó una tendencia de protección hacia los habitantes originarios de la Nueva España, que finalmente tomó formas diversas. Lo anterior lo demuestra el hecho de que las Leyes de Indias contengan muchos preceptos protectores de los aborígenes.²⁵

Con la expedición, en 1812, de la Constitución de Cádiz, el régimen jurídico-político de la Nueva España cambió. A no dudarlo, lo anterior se debió a la influencia de documentos tales como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Así, en aquella Constitución se consagraron los cimientos del constitucionalismo moderno, donde se advierten los principios de la soberanía popular, la división de poderes y la limitación normativa de la actuación del Estado. La constitución de Cádiz propició entonces que España se transformara en una Monarquía Constitucional; así, el Rey se convertiría en un mero depositario del poder estatal, cuya titularidad le correspondería al pueblo, en tanto que las funciones legislativas y jurisdiccionales –que antiguamente se reunieran en el monarca- se confirieron, respectivamente, a Cortes y tribunales.²⁶

²² “Calpulli” era el nombre que recibían las comunidades indígenas.

²³ <http://www.fundamentacion.com.ar/Historia/paseo1/u07/unidad7b.htm>

²⁴ **SANTOS** Azuela, Arturo, *“La historia como historia del derecho del trabajo”*, en VV. AA., *Estudios en homenaje a don Manuel Gutiérrez de Velasco*, Serie Doctrina Jurídica, núm. 43, México UNAM, 2000, p. 656.

²⁵ **BURGOA** Origuella, Ignacio. *Las garantías individuales*. Ed. Porrúa.34ª. ed., México. 2002, pp. 113 y 116-117

²⁶ *Ibidem*. pp. 116-117

Es en el primer proyecto de Constitución Mexicana (obra de Ignacio López Rayón), que se establecieron diversas instituciones protectoras de derechos humanos, se abolió la esclavitud, se estableció la libertad de imprenta (con sus respectivas restricciones) y se suprimió el tormento. Pero fue hasta 1814 cuando la Constitución contuvo una amplia declaración de derechos humanos, inspirada en los principios franceses; el título constitucional relativo a ello se llamó **“De la Igualdad, Seguridad, Propiedad y Libertad de los Ciudadanos”**.²⁷

La primera Constitución del México independiente, es decir, la de 1824, no contuvo propiamente una declaración de derechos humanos, pues dejó que fueran las Constituciones de los Estados la que presentaran tales documentos. En cambio, las diversas constituciones mexicanas de 1836, 1843 y 1857 contuvieron amplios catálogos de garantías individuales.²⁸

A partir de la Constitución Mexicana de 1917, se inicia la etapa actual de la evolución de los derechos humanos; se reivindicaron los derechos sociales y se consagraron constitucionalmente, tal y como lo asegura actualmente, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en nuestro país.²⁹

Ya menciona Juventino V. Castro y Castro que: *“Es de destacar que la Constitución mexicana de 1917 consignó, por vez primera en la historia, las garantías sociales, además de las garantías individuales...Las garantías sociales se crearon para proteger a la persona humana ya no como individuo, sino como miembro de un grupo social determinado”*.³⁰

Estas garantías suponen una obligación de hacer por parte del Estado, pues es a éste a quien le corresponde realizarlas, a fin de convertirse en garante del bienestar de todas las personas sometidas a su jurisdicción.³¹

Tales garantías quedaron comprendidas y fundamentadas, en los artículos 27 y 123 constitucionales, correspondientes respectivamente, a derechos agrarios, ejidales y comunales, así como a derechos de los trabajadores.³²

Así y según la propia CNDH, la defensa de los derechos ciudadanos, encuentra sus antecedentes más lejanos en el siglo XIX, con la promulgación de la Ley de Procuraduría de Pobres de 1847 que promovió Don Ponciano Arriaga en el Estado de San Luis Potosí.³³

²⁷ CARPIZO, Jorge. *Estudios constitucionales*. Ed. Porrúa/UNAM. 7ª. ed., México. 1999. p. 482.

²⁸ *Ibidem*.

²⁹ **Comisión Nacional de los Derechos Humanos**. *Derechos Humanos*. Loc. Cit., p. 1268. <http://www.cndh.org.mx>. (Consulta realizada en diciembre de 2008)

³⁰ CASTRO Y CASTRO, Juventino V. *Garantía y amparo*. Ed. Porrúa. 11ª.ed. México. 2000. p. 34.

³¹ FIX-ZAMUDIO, Héctor. et.al. *Derecho Constitucional mexicano y comparado*. Editorial Porrúa/UNAM. 2ª. ed., México. 2001. p. 415.

³² CASTRO Y CASTRO, Juventino V. op.cit. pp. 34-35.

³³ Comisión Nacional de los Derechos Humanos. op.cit.

Es hasta la segunda mitad del siglo XX, y como consecuencia de una enfática demanda social en el ámbito nacional y de las transformaciones en la esfera internacional, que comienzan a surgir diversos órganos públicos en nuestro país que tienen como finalidad proteger los derechos de los gobernados frente al poder público.

✓ Así, en 1975 se creó la Procuraduría Federal del Consumidor, cuyo fin principal era la defensa de los derechos de los individuos, pero no necesariamente frente al poder público. Asimismo, el 3 de enero de 1979 se instituyó la Dirección para la Defensa de los Derechos Humanos en el Estado de Nuevo León, por instrucciones de su entonces Gobernador, Doctor Pedro G. Zorrilla.

✓ Posteriormente, en 1983, el Ayuntamiento de la Ciudad de Colima fundó la Procuraduría de Vecinos, que dio pauta al establecimiento de dicha figura en la Ley Orgánica Municipal de Colima del 8 de diciembre de 1984, siendo optativa su creación para los municipios de dicha entidad.

✓ Por su parte, el 29 de mayo de 1985 la Universidad Nacional Autónoma de México estableció la Defensoría de los Derechos Universitarios, y en 1986 y 1987 se fundaron la Procuraduría para la Defensa del Indígena en el estado de Oaxaca y la Procuraduría Social de la Montaña en el Estado de Guerrero, respectivamente.

✓ Más adelante, el 14 de agosto de 1988, se creó la Procuraduría de Protección Ciudadana del Estado de Aguascalientes, figura prevista dentro de la Ley de Responsabilidades para Servidores Públicos.

✓ Meses después, el 22 de diciembre, se configuró la Defensoría de los Derechos de los Vecinos en el Municipio de Querétaro. Además, en la capital de la República el entonces Departamento del Distrito Federal estableció la Procuraduría Social el 25 de enero de 1989.

✓ El 13 de febrero de 1989, dentro de la Secretaría de Gobernación, se creó la Dirección General de Derechos Humanos. Un año más tarde, el 6 de junio de 1990 nació por decreto presidencial una institución denominada Comisión Nacional de Derechos Humanos, constituyéndose como un Organismo desconcentrado de dicha Secretaría.

✓ Posteriormente, mediante una reforma publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 28 de enero de 1992, se adicionó el apartado B del artículo 102, elevando a la CNDH a rango constitucional y bajo la naturaleza jurídica de un Organismo descentralizado, con personalidad jurídica y patrimonio propios, dándose de esta forma el surgimiento del llamado Sistema Nacional No Jurisdiccional de Protección de los Derechos Humanos.

✓ Finalmente, por medio de una reforma constitucional, publicada en el *Diario Oficial* de la Federación el 13 de septiembre de 1999, dicho Organismo Nacional se constituyó como una Institución con plena autonomía de gestión y presupuestaria, modificándose la denominación de Comisión Nacional de Derechos Humanos por la de

Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

Esta reforma constituye un gran avance en la función del *Ombudsman* en México, ya que le permite cumplir con su función de proteger y defender los Derechos Humanos de todos los mexicanos.³⁴

1.2.2 La protección jurisdiccional de los Derechos Humanos en México.

Han existido desde tiempos remotos sistemas y procedimientos para defender la libertad del hombre, instituciones que tienen por objeto expreso, la defensa de la constitución y de las libertades públicas individuales. Así, desde un punto de vista general y antes de abordar directamente nuestra Constitución, deben reconocerse que son antepasados del juicio de amparo, diversos tipos de instituciones, entre las que destacan el recurso de la fuerza de las instituciones jurídicas españolas, así como el recurso de la justicia notoria y las funciones encomendadas a las Audiencias que ejercieron el poder judicial y, también el administrativo y aún el legislativo, en la Nueva España.

Como se ha mencionado, la primera protección de los derechos humanos la realiza el Estado a través de sus órganos jurisdiccionales; esto es, Cortes, Jueces y Tribunales de Justicia en general. Es a partir de la Constitución de 1857, que se cuenta con el Juicio de Amparo como instrumento fundamental para proteger, desde el ámbito jurisdiccional, los derechos humanos de los mexicanos.

Sin embargo, con la entrada en vigor de la Constitución de 1917 que actualmente nos rige, la nación sustituyó el concepto de derechos humanos o derechos del hombre que se contemplaba en la Constitución de 1857, por el de **GARANTÍAS INDIVIDUALES**.

En efecto, el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1857 prescribía: *“El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia declara, que todas las leyes y todas las autoridades del país, deben respetar y sostener las garantías que otorga la presente Constitución”*.

Es de destacarse que la Constitución de 1857, fiel a la doctrina iusnaturalista-contractualista distingue cabalmente entre las dimensiones filosóficas, política y jurídica.

En cambio, el artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, reza: *“En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”*.

La constitución de 1917 rompe con la tradición plasmada en la de 1857 y con la corriente jurídica internacional en materia de derechos humanos; ésta es una Carta

³⁴ Comisión Nacional de los Derechos Humanos. op.cit.

Magna eminentemente positiva, que genera un sistema diferente al internacional, sobre todo el gestado a partir de 1945, en materia de promoción y protección de los derechos fundamentales.

Pero a manera de ejemplo, es adecuado citar a la propia Constitución de 1857 que usa diversas voces, que llegan a originar cierta confusión para referirse sólo a la idea de derechos humanos. Así, podemos encontrar en ella frases como: “garantías individuales”, “derechos del hombre y del ciudadano” y “derechos humanos”. Y son precisamente los artículos 15 y 102 apartado B constitucionales quienes dan fe del carácter asistemático de la Constitución citada.

Este carácter asistemático comporta el desconocimiento de instituciones novedosas gestadas en sistemas jurídicos diferentes al nuestro y que de modo genérico se estructuran en un „sistema no jurisdiccional de protección de los derechos humanos’ (Ombudsman, Comisiones de Derechos Humanos; Defensoría del pueblo, etcétera).

El catálogo de garantías de la Constitución de 1917 no coincide ya con la evolución del Derecho Internacional y de los Derechos Humanos. Dicho catálogo, es más reducido y no se complementa adecuadamente con los nuevos „derechos humanos’, incorporados al sistema jurídico mexicano por vía de los Tratados Internacionales.

No obstante, la protección jurisdiccional, a través del Juicio de Amparo, continúa siendo la principal y más efectiva manera de garantizar los derechos humanos amparados en las Garantías Individuales plasmadas en nuestra Constitución Política vigente.³⁵

1.2.3 La protección no jurisdiccional de los Derechos Humanos en México.

La protección y defensa de los Derechos Humanos en México fue elevada a rango constitucional el 28 de enero de 1992, con la publicación del Decreto que adicionó el apartado B al artículo 102 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Esta disposición facultó al Congreso de la Unión y a las Legislaturas de los Estados para que, en el ámbito de sus respectivas competencias, establecieran organismos especializados para atender las quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa violatorios de Derechos Humanos, por parte de cualquier autoridad o servidor público, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, así como para formular recomendaciones públicas autónomas, no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades correspondientes.

El 13 de septiembre de 1999 se reformó el artículo 102, apartado B Constitucional, en el cual se señala que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos es un organismo que cuenta con autonomía de gestión y presupuestaria, así como personalidad jurídica y patrimonio propios.³⁶

³⁵ Procuraduría General de la República. *Guía Básica de Derechos Humanos*. “La protección jurisdiccional de los Derechos Humanos”. Segunda edición 2007, pp. 90-92.

³⁶ Comisión Nacional de los Derechos Humanos. op.cit.

CAPÍTULO II. LEGISLACIÓN

2.1 La libertad en materia criminal.

2.1.2 *En el derecho alemán*

Hablar de la legislación alemana, forzosamente nos lleva en esta investigación a tratar en específico el Código Penal Alemán, cuya historia y reformas varían, tocaremos a continuación, utilizando como herramientas principales, la descripción y la cronología, sentando los antecedentes del mismo.

Así, se sabe que tras el nacimiento de la República Federal en 1949, se puso en marcha un proceso de reforma total del derecho penal. El primero de enero de 1975 entró en vigor una nueva redacción del Código Penal de 1871. Sin embargo, la llamada parte general, fue completamente transformada con la Segunda Ley para la Reforma del Derecho Penal de 4 de julio de 1969. En la actualidad, el Código contiene cinco títulos:

1. La ley penal (ámbitos de validez y uso del lenguaje).
2. El hecho (fundamentos de punibilidad, la tentativa, autoría y participación, legítima defensa y estado de necesidad, e impunidad de expresiones e informes parlamentarios).
3. Consecuencias jurídicas del hecho (penas, cuantificación de la pena, suspensión condicional de la pena, amonestación con reserva de pena y dispensa, medidas de mejoramiento y seguridad, confiscación y decomiso).
4. Solicitud penal, autorización y exigencia penal.
5. Prescripción (prescripción de la acción y de la ejecución).

Citado por múltiples estudiosos del Derecho alrededor del mundo, Walter Stree hace referencia al actual Derecho Penal como: *es un derecho penal de culpabilidad*; de tal suerte que ésta, es la justificación de la pena. Dicho requisito no es sólo para fundamentar la pena, sino también para limitar su aplicación y sus límites; *“la pena es factible de imponerse cuando la conducta errada del sujeto ha sido culpablemente llevada a cabo”*.

Entendemos entonces que la pena se aplica en relación con la extensión de la culpabilidad; cuando la pena excede esta medida, esa parte puede ser considerada impuesta no por la culpabilidad.

Ahora bien, no hay que perder de vista que el derecho penal cuenta para proteger el denominado por los estudiosos como “orden social” con dos medios: *las penas y las*

medidas de mejoramiento y seguridad. La pena es la respuesta más cercana a la idoneidad para los autores de hechos culpables y tiene igualmente una función preventiva. A través de la pena se intenta una serie de aspectos:

- a) La localización del sujeto.
- b) La seguridad de la sociedad.
- c) La no comisión de otros delitos. Es el medio de castigo propio del derecho penal.

En lo referente a su cumplimiento, es la Ley de Ejecución Penal y Medidas Privativas de Libertad, en vigor desde el primero de enero de 1977 (alemana), la que indica que: *“la ejecución de la pena preparará al detenido para una vida futura de responsabilidad social, lo que implica no cometer más crímenes”*. Se utiliza también para proteger a la sociedad de la comisión de otros delitos, para lograr esto, la vida del detenido dentro de la prisión debe ser lo más parecida a la del mundo exterior y no precisamente a la que llevaba en éste y el sistema correccional hará todo lo posible por lograrlo (artículo 2° de la Ley de Ejecución).

El medio para lograr el fin de la pena en el tratamiento **resocializador**, el cual deberá llevarse a cabo aún contra la voluntad del encarcelado. Este término destaca ampliamente en la legislación alemana, quedando de manifiesto, los avances que en materia penal dicho país está consiguiendo día tras día. Es preciso hacer notar entonces, que bajo ninguna circunstancia se utilizan ya los términos “readaptación” o “reinserción social”.

Está documentado que dicha imposición coactiva fue decisión de la Corte Suprema Constitucional, quien tomó en cuenta incluso a personas sentenciadas a cadena perpetua. El artículo 13 de la Ley antes citada convierte a todos los detenidos en sujetos para ser tratados.

De entre las variadas penas que aparecen en el Código Penal, dos son las principales: La pena de multa (artículo 40) y la pena de prisión temporal, que puede llegar a un máximo de quince años o ser de por vida (artículo 38, párrafo 1).

Aunado a lo anterior, se sabe que existen medidas adicionales que implican también privación de libertad; de entre ellas destacan el internamiento en un hospital psiquiátrico (artículo 63), internamiento en un centro para tratamiento de desintoxicación (artículo 64), y confinamiento por razones de seguridad o protección pública (detención preventiva) según el artículo 66 del Código Penal.

Ahora bien, la llamada contraparte de estas medidas son aquellas que no implican privación de libertad (también llamadas ambulantes) y que se consideran medidas preventivas que incluyen la revocación de la licencia para conducir y la prohibición de practicar una profesión.

Cabe hacer notar y más que nada destacar el hecho de que por ser considerada como la medida más severa, la detención preventiva sólo se usa en casos de reincidentes peligrosos que han cumplido por lo menos dos años en prisión; así, un primer

internamiento no podrá exceder los diez años, mientras que un segundo puede llegar a ser por tiempo indeterminado.

Ya adentrado en cuestiones más específicas del Código Penal Alemán, vale muchísimo la pena abordar temas como la pena de muerte o las sanciones privativas de la libertad de manera escueta pero no poco profunda. Así, tenemos que en éste país la pena de muerte fue abolida constitucionalmente en 1949 (artículo 102 de la Ley Básica o Grundgesetz), por lo que la prisión perpetua es la pena más severa que puede imponer el Estado.

Tomando en cuenta el precepto anterior, es posible entender por qué ésta sanción representa completamente la idea de retribución en su forma pura. *“La Corte Constitucional Federal ha confirmado que es una pena constitucional, pero que la persona a ella condenada debe saber que existe la posibilidad de que eventualmente recupere su libertad”* señalan los seguidores de Stree.

Tocando el tema de las sanciones privativas de libertad, la forma de sancionar ha venido modificándose en el transcurso de los últimos tres decenios.³⁷ La reforma que se dio en el año de 1969, puso énfasis en la finalidad preventiva y no tanto en el carácter retributivo de las penas; así, se logró reducir la importancia de la pena de prisión.

En la actualidad, las penas no privativas de libertad tienen preferencia sobre las privativas de ésta; ellas van desde la renuncia al procedimiento, la imposición de obligaciones (reparación del daño o multa administrativa), pasando por las penas pecuniarias unidas con una seria advertencia de que posteriormente se le puede encarcelar, a la suspensión de la sentencia cambiándola por régimen a prueba.³⁸

Para seguir ahondando con los ejemplos que finalmente serán los puntos de comparación entre este Derecho y otro u otros más, haremos referencia a las penas de prisión cortas, señaladas en el artículo 47 del Código Penal reformado de 1969, que *“permite imponer penas de prisión de menos de seis meses sólo cuando la personalidad del delincuente y las circunstancias especiales de su delito requieran su imposición para influir en las personas o para defender el orden jurídico”*.

Para más datos, en Alemania una pena de prisión inferior a dos años puede ser suspendida y dejar al sujeto libre en régimen a prueba. Lo anterior, porque la ley prevé su otorgamiento ante un sujeto que queda obligado a indemnizar a la víctima y que además, a la larga, se tendrán como reportadas una serie de indicaciones sobre su comportamiento futuro.

Sin embargo, la situación en estos últimos años, ha variado. Se dice en la actualidad, que la ventaja de las penas cortas de prisión es su brevedad; que con ellas pueden evitarse las alteraciones en las relaciones sociales de los reclusos; que estas penas sirven bien a la justicia porque afectan igual a ricos y a pobres, y que es posible utilizar

³⁷ KAISER, Guenther. Criminología. 7ª ed. Ed. Heidelberg, C. F. Mueller. 1985. p. 176.

³⁸ KAISER, Guenther. Op.cit. p. 518.

el tiempo de la prisión, por corto que sea, para impartir tratamiento orientador.

Es a partir de 1969, que la administración de justicia alemana, ha efectuado cambios en la ley y en la práctica. Específicamente en el ámbito del derecho penal, dichos cambios encuentran su base en las reformas legales del Código Penal y demás leyes relacionada y también en el llamado “cambio de actitud” de jueces y fiscales, quienes dieron la bienvenida a los mencionados cambios en la legislación, despertando en ellos la confianza en los resultados positivos de la aplicación de las nuevas medidas sancionatorias.

John Graham, autor inglés, no toma con tanto entusiasmo dichos cambios y asegura en uno de sus artículos que: *“quien afirma que (en Alemania) ha bajado el número de personas que va a prisión, incluyendo prisión provisional, de todas las edades. No está relacionado con menos delincuencia registrada o con el número de casos resueltos favorablemente y tampoco con reformas legislativas. Ello es resultado de un cambio en la práctica de fiscales y jueces, quienes han dudado de la eficacia y legitimación del encarcelamiento”*.³⁹

Es importante resaltar el hecho de que numéricamente, la multa es la más importante de las sanciones en éste país, ya que actualmente se impone en 84% de todos los casos.⁴⁰ El Código Penal Alemán contiene el sistema de días multa, en el que un día multa corresponde a un día de prisión y tiene dispuesto un máximo de 360 días multa y como caso excepcional 720 cuando hay concurso de delitos.

En la práctica el 98% de las multas no excede los 90 días multa. La cantidad impuesta por día depende de la capacidad financiera del sujeto. Anteriormente de 6% a 7% de las multas se convertían en penas de prisión porque no eran pagadas y ha disminuido a partir de los años ochenta porque se introdujo el trabajo a favor de la comunidad, como sustituto para la prisión. Un día multa equivale a seis u ocho horas de trabajo para la comunidad.

Por su parte, el artículo 293 de la Ley de Introducción al Código Penal autoriza a las entidades federativas de la República Alemana a regular, por medio de reglamentos, de acuerdo con el Ministerio Público, que *una persona condenada al pago de una multa pueda sustituirla por prestación de trabajo útil a la comunidad*, dicho concepto es aplicable en todo el país, desde 1987.

Así y de manera ordenada, digamos que en el sistema penal de adultos, el trabajo a favor de la comunidad tiene diversas perspectivas:

- a) Puede ser usado como sustituto (voluntario) para los condenados a pago de una multa.

³⁹ GRAHAM, John, “Disertación en la República Federal Alemana”. Diario Británico de Criminología. Londres. Vol. 30, núm. 2, primavera de 1990, p. 168.

⁴⁰ Cifra proporcionada por Guenther Kaiser en Criminología. Op.cit. p. 544.

- b) Puede ser ordenado por el Tribunal como una condición extra para conceder la suspensión de la pena, pudiendo cancelarse ésta si el condenado no realiza o no cumple con el trabajo como es debido.
- c) Puede emplearse como condición adicional para conceder la conmutación y suspensión de la multa, y si el sujeto no cumple o no la hace correctamente se le puede revocar la sentencia.
- d) Puede proponerlo el Ministerio Público a cambio de no seguir el proceso, siempre y cuando el tribunal y el procesado consientan (artículo 153-a, párrafo 1, número 3, del Código Procesal Penal).
- e) Según establece el artículo 56-b, párrafos 2 y 3, del Código Penal, el juez puede suspender el beneficio de estar en régimen a prueba (probation) e imponer al condenado algún tipo de trabajo a favor de la comunidad.
- f) Conforme a los artículos 59 y 59-a en relación con el artículo 56-b, párrafos 2 y 3, del Código Penal, el juez puede conminar al acusado a que realice trabajo a favor de la comunidad, y reservar la pena para el caso que el sujeto no cumpla o cometa un nuevo delito.

Hay dos aspectos aún más característicos del trabajo a favor de la comunidad en el sistema de justicia penal en Alemania:

- 1) Con la excepción de cuando se le usa como sustituto de una multa no pagada, éste puede ser ordenado sin el consentimiento del condenado.
- 2) La ley no indica un límite máximo de horas de servicio a que pueda condenarse. Se encuentra restringido por principios como el de proporcionalidad de la pena.

Retomando un poco lo visto en clases, es importante destacar que el jurista alemán Hans-Joerg Albrecht, plantea la posibilidad de que ambos aspectos presentan un conflicto: la constitucionalidad de una sentencia que condene a trabajo útil a la comunidad no voluntario.

“El problema radica en que la Constitución declara que el trabajo forzado para los prisioneros sólo puede ser dictado por el Tribunal (el artículo 12 establece claramente que el trabajo forzado no está permitido, con la excepción de sentencias a pena de prisión, donde los condenados tienen la obligación de trabajar.)”

Con lo anterior y en busca de algunos aspectos poco afortunados, encontramos que la única sanción que hayamos como accesoria en el Código Penal, es la prohibición de conducir (artículo 44), que difiere en mucho al retiro de la licencia, que se ve regulado por el artículo 69 del Código como una medida de mejoramiento y seguridad.

De esta forma, la sentencia se dictará, en oposición con el retiro del documento,

prohibiéndole al sujeto la conducción de cualquier vehículo por un tiempo determinado. Para aquel automovilista indiferente o negligente, deberá dársele un enérgico llamado de atención. Dicha prohibición la encontramos regulada por el artículo 21, párrafo 1, sección 2, número 1, de la Ley de Tránsito (de 19 de diciembre de 1952).

Ahora bien, cuando se habla en el Derecho Alemán de la dispensa de la pena, se debe decir que es una institución de ejercicio del arbitrio judicial por parte del Tribunal, que se concreta en el pronunciamiento de la condena, pero con decisión de que ella no se aplique.

Los alemanes consideran que la pena no es necesaria para el autor del delito, *ya que la propia ejecución del mismo hecho ha tenido ya gravísimas consecuencias para él*. Se encuentra regulada en el artículo 60 del Código Penal alemán que reza: la dispensa de pena podrá acordarse *“cuando las consecuencias del delito que han recaído sobre el reo son tan graves que sería evidentemente un error la imposición de la pena”*.

Señalamos entonces que tal precepto se refiere únicamente a las consecuencias del delito producidas por el propio reo, no así a aquellas repercusiones de índole social o profesional que puede llevar por consiguiente la comisión de cualquier delito. Esta institución ha venido aplicándose fundamentalmente en delitos cometidos en el tránsito automovilístico; en delitos cometidos por imprudencia de los que el propio autor ha resultado con graves lesiones, o en los que se ha producido la muerte o graves perjuicios para una familia.

Para terminar, hablaremos de las medidas de seguridad y corrección, que son sanciones penales sin carácter de pena. El afectado se ve limitado o privado de su libertad y de ser posible, deben también resocializar al sujeto en cuestión y si no, por lo menos la sociedad queda protegida de ciertos sujetos durante un tiempo.

“La tarea y el objetivo de las medidas de seguridad es, en primer lugar, la corrección, ya que la simple custodia se considera insatisfactoria”, incide Kaiser. Entendemos entonces que estas medidas están también limitadas por el principio de culpabilidad.

Las medidas y las penas deben adaptarse a la necesidad cambiante del tratamiento del delincuente, para lograr un mejor resultado. Este objetivo, vuelve a asegurar el citado autor,⁴¹ se cumple mejor con la ejecución de una medida que de una pena. Por ello la ley dispone que la medida deba cumplirse antes que la pena, pero el tiempo cumplido en aquella se abonará a ésta (artículo 67, párrafo 1, del Código Penal). En su caso, la pena puede suspenderse por régimen a prueba (artículo 67, apartado 5, del Código Penal). La imposición y cumplimiento de estas medidas, afirma Kaiser, no representan un papel importante en la República Federal de Alemania.

A todo lo anterior, es posible agregar que las nuevas Teorías del Derecho Penal en Alemania, también poseen ciertas diferencias que además de hacerlas suficientemente interesantes y debatibles, conllevan al análisis crítico del Derecho de éste país, tal y

⁴¹ KAISER, Guenther. Op.cit. p. 200.

como lo indica el Dr. Günter Jakobs y a manera de resumen, en el discurso ofrecido durante su nombramiento como *Doctor honoris causa* en la Universidad Autónoma de Tlaxcala, el pasado 2006, cuando indica que:

“1. En el Derecho penal del ciudadano, la función manifiesta de la pena es la contradicción, en el Derecho penal del enemigo la eliminación de un peligro...”

“3. Quien por principio se conduce de modo desviado no ofrece garantía de un comportamiento personal; por ello no puede ser tratado como ciudadano, sino debe ser combatido como enemigo. Esta guerra tiene lugar con un legítimo derecho de los ciudadanos, en su derecho a la seguridad; pero a diferencia de la pena, no es Derecho también respecto del que es penado; por el contrario, el enemigo es excluido”.

“5. Un Derecho penal del enemigo claramente delimitado es menos peligroso, desde la perspectiva del Estado de Derecho, que entremezclar todo el Derecho penal con fragmentos de regulaciones propias del Derecho penal del enemigo”.⁴²

Hablar entonces como se hacía al principio de éste Capítulo de que *“la pena es factible de imponerse cuando la conducta errada del sujeto ha sido culpablemente llevada a cabo”*, tal y como lo asegura Walter Stree, resulta un poco confuso si se habla en el mismo país pero por distintos juristas de la visión que se tiene del sujeto que comete un delito y que finalmente, no ha perdido su calidad de ciudadano al que el Estado debe responder con la misma fuerza pero en distinta forma, que a cualquier ciudadano que no se sitúa en ésta posición.

Por tal motivo, el Derecho Penal en éste o en cualquier otro país, resulta siempre completo de “encuadrar” en una serie de conceptos, al igual que llegar a un punto de acuerdo al respecto de las diversas figuras que también engloba.

2.1.2 En el derecho español.

Es conveniente ahora, adentrarnos en lo relativo al Derecho Español, para lo cual, debemos hacer algunas referencias y acotaciones de índole histórico, que resultan de lo más convenientes.

Es entonces, preciso decir que el modelo procesal penal vigente en España, es calificado como un producto de la Revolución Francesa y se ve inspirado por los principios de la Ilustración, que sitúan al hombre en el centro del proceso penal, reconociéndole así, una serie de derechos y garantías que lo ponen “de frente” con la condición de “objeto” de la investigación que había desempeñado hasta entonces.

⁴² **JAKOBS**, Günther. El Derecho Penal ante la Sociedades Modernas. (Dos estudios de dogmática penal y política-criminal). Discurso. Ed. Flores Editor y Distribuidor. México. ed. 2006. pp.49-50

Así, el tratamiento que se da al imputado en el modelo de proceso penal posterior al Antiguo Régimen supone ya un cambio radical, en la medida en que se vean reflejados en las leyes procesales penales los principios de respeto y salvaguarda de los derechos básicos de la persona y la relación que ésta guarda con los órganos públicos que intervienen en el proceso; se reconocen así, algunos derechos fundamentales de contenido procesal (como el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a no declarar o el derecho a la defensa), que implican un enorme progreso que por supuesto, no tiene marcha atrás, en el modelo procesal penal.

Sin embargo, y esto hay que destacarlo enfáticamente, el “nuevo proceso penal” no puede prescindir de una fase de investigación previa al juicio oral, que es una característica propia que lo diferencia del proceso civil. Esta fase previa de investigación se hace absolutamente necesaria porque los acusadores no conocen de manera habitual la dinámica comisiva del delito perseguido, las circunstancias en que se produjo y las personas que participaron en él, en el supuesto y siempre confirmado hecho de que los autores tratarán de encubrir la perpetración del delito y de ocultar y hasta destruir los elementos, efectos o pruebas, que ayudarían a establecer las responsabilidades penales derivadas de su comisión.

Es notoria entonces, la existencia de una dualidad de sujetos con funciones que generan la creencia de que el Estado tendría la obligación de situar a un defensor de los intereses generales, ubicado fuera de la estructura judicial, para formular la acusación. Así, la función del acusador público quedaba limitada únicamente a la postulación, esto es, a intervenir en el proceso desde una posición de parte, pidiendo la aplicación de la ley penal sustantiva al caso concreto conforme a su imparcial valoración de los hechos. Lo anterior, precisa entonces de que al mismo tiempo que al órgano jurisdiccional encargado del enjuiciamiento de los hechos le esté vedada cualquier intervención que implique el ejercicio de la acusación reservada en exclusiva al Ministerio Fiscal: no puede formular la imputación ni introducir en el debate procesal hechos nuevos y ha de sujetarse en su sentencia a lo alegado y probado por las partes.

Es entonces, cuando se llega a la exigencia absoluta de la garantía de imparcialidad por parte del órgano encargado de la fase de juicio oral, mismo que dictará la sentencia penal resolviendo sobre la pretensión punitiva ejercitada por el Ministerio Fiscal y que exige no sólo que se le preserve de posibles influencias derivadas de sus relaciones con los sujetos que intervienen en el proceso (a través de las tradicionales causas de abstención derivadas de relaciones de parentesco, dependencia o amistad con las partes o del interés en el caso sometido a su decisión), sino además del riesgo de parcialidad derivado de la nueva estructura del proceso penal.

Destacando lo anterior, es posible notar como la garantía básica de la imparcialidad del juzgador también puede verse amenazada por su intervención en una fase anterior del procedimiento, en la que pudo realizar una o cualquiera de las tres actuaciones que le están absolutamente vedadas: formular acusación, aportar hechos a consecuencia de su actividad investigadora o tomar conocimiento de las pruebas sin la imprescindible contradicción.

La actividad de instrucción es bien sabido que inhabilita al sujeto que la realiza para que intervenga en una fase posterior del proceso como juzgador decidiendo sobre la acusación planteada. En el planteamiento originario de la legislación penal española, la instrucción judicial se encuentra como una actividad de mera preparación del juicio oral y, por lo tanto, subordinada a este momento culminante del procedimiento.

Se desprende entonces, no sólo de la Exposición de Motivos redactada por el Ministro de Justicia D. Manuel Alonso Martínez, sino además del propio tenor de su artículo 299, según el cual: *“Constituyen el sumario las actuaciones encaminadas a preparar el juicio y practicadas para averiguar y hacer constar la perpetración de los delitos con todas las circunstancias que puedan influir en su calificación, y la culpabilidad de los delincuentes, asegurando sus personas y las responsabilidades pecuniarias de los mismos”*. En el mismo tenor de esta idea, la actividad de instrucción habría de ser rápida y secreta respecto de terceros ajenos a ella, para respetar la presunción de inocencia de quienes se encuentran sometidos a un proceso penal en su fase previa a la de juicio oral.

Pero la realidad actual ya es otra, pues esta fase del procedimiento ha cobrado en la mayor parte de los países (sobre todo, en el continente europeo), una relevancia desmesurada. La desmedida duración y relevancia de la instrucción sumarial puede explicarse, en el caso de España, país que nos ocupa, por dos razones fundamentales: por una parte se ha constatado que la actividad de instrucción sumarial resulta en la mayoría de los casos excesivamente exhaustiva; es decir, el hecho de que el Juez de Instrucción no investigue en realidad para sí mismo, sino para aportar materiales probatorios sobre los que el Ministerio Fiscal pueda fundar su acusación, implica normalmente que el instructor desconoce en qué medida las diligencias de investigación sumarial practicadas resultan suficientes al Ministerio Fiscal a estos efectos y de alguna u otra manera, ambos se encuentran en algún momento, faltos de información. A ello se añade la circunstancia de que en la práctica cotidiana de los tribunales españoles, el Fiscal no sólo no ha instado la limitación de las diligencias de investigación sumarial ordenadas por el Juez de Instrucción, sino que incluso ha formulado expresamente peticiones para practicar nuevas diligencias que en su momento, no fueron acordadas de oficio por el Juez, y a las que la Ley atribuye en ocasiones carácter vinculante para el propio Juez de Instrucción.

Lo anterior, parece ciertamente confuso, si se parte de que el juicio oral está siendo adoptado por nuestro país de manera muy reciente. Así, se entiende que por otra parte, la instrucción ha venido adquiriendo cada vez una mayor relevancia en el resultado final del proceso penal en la península ibérica.

Resulta ser verdad que desde la entrada en vigor de la Constitución Española (y, en gran medida, como consecuencia de una jurisprudencia de contenido claramente garantista emanada del Tribunal Constitucional) se acabó con la práctica tradicional, a lo que muchos estudiosos del Derecho aluden una legalidad dudosa, de asumir en bloque en el acto del juicio oral todo el material obtenido durante la instrucción sumarial sin una verdadera contradicción por las partes. Ahora bien, no hay que apartar de la vista que en el Derecho de éste país la fase de instrucción tiene una relevancia

incuestionable, misma que obedece a la posible eficacia en el acto del juicio oral de las diligencias de instrucción sumarial realizadas con las garantías derivadas de la presencia judicial y de la posibilidad de contradicción por las partes, cuyo contenido puede ser valorado en la sentencia del Tribunal.

En definitiva, se puede concluir de manera prematura que la instrucción sumarial ha adquirido un carácter decisivo y por demás importante en el curso del enjuiciamiento penal español que no es totalmente ajustado como lo señalan destacados juristas, a los principios inspiradores que nacen de la propia legislación española y que provoca además, una mayor prolongación en el tiempo de la fase preliminar al juicio oral, mismo que origina de manera lógica, el derecho a un proceso pronto y sin extensiones indebidas garantizado por la Constitución Española y por el Convenio Europeo de Derechos Humanos.

De lógico es pensar en las posibles consecuencias de llevar a tales límites la fase de instrucción sumarial; la cantidad de procesos inconclusos o en su defecto “alargados” por trámites y exposiciones inútiles, sería de esperarse.

Aquí entonces, es que se encuentra en este Derecho, la primera propuesta de reforma del proceso penal español para poner fin a los problemas expuestos, sin alterar radicalmente las responsabilidades de los diversos órganos estatales que intervienen en el proceso penal y, más en concreto, en la fase de investigación previa al juicio oral.

Así y tras largas discusiones entre juristas de diversas tendencias y corrientes ideológicas, se ha llegado a proponer el establecimiento de un plazo máximo de duración de la instrucción de los procesos penales, una vez que ésta se dirige contra una persona determinada, lo que impediría mantener la sujeción indefinida del imputado a una actividad investigadora cuyo fin puede no llegar a vislumbrarse.

De acuerdo con esta propuesta, la no conclusión de la fase de instrucción dentro del plazo previsto legalmente determinaría necesariamente el sobreseimiento o archivo del procedimiento penal en curso. Existe, no obstante, en la doctrina procesalista española una propuesta más radical que se inclina por una redefinición de los papeles que hasta ahora han venido jugando el Juez de Instrucción y el Ministerio Fiscal en la fase preliminar al juicio oral y, tomando el ejemplo de países europeos varios, los cuales se han basado en el modelo procesal penal en el que el Juez asume los cometidos estrictamente jurisdiccionales y al Ministerio Fiscal se le encomienda la responsabilidad y el peso de la investigación. En España, los últimos años han demostrado una clara evolución hacia un papel cada vez más importante del Ministerio Fiscal en la fase de investigación previa al juicio oral.

Se deduce entonces que el nuevo modelo procesal propuesto por legisladores españoles para la fase previa al juicio oral no agravia los principios constitucionales, en la medida en que la propia Constitución Española no consagra la instrucción judicial en su artículo 117.3, en el que se atribuye a los Juzgados y Tribunales el ejercicio en exclusiva de *“la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado”*.

La dependencia del Ministerio Fiscal respecto del Poder Ejecutivo ha sido multiseñalada como uno de los obstáculos del nuevo modelo procesal penal, en el entendido de que no podría garantizarse una investigación objetiva e imparcial. Debe tenerse presente, no obstante, que en España la dependencia del Ministerio Fiscal respecto del Gobierno es relativa. El Ministerio Fiscal aparece integrado con autonomía funcional en el Poder Judicial, de acuerdo con su Estatuto de 1980, y no pertenece al Poder Ejecutivo como un apéndice del Ministerio de Justicia, aunque la designación del Fiscal General del Estado corresponda al Gobierno, conforme al artículo 124 de la Constitución Española.

El Ministerio Fiscal actúa ante los tribunales impulsando la acción de la justicia con órganos propios y la articulación de algún mecanismo que garantizase un cierto grado de independencia del Fiscal General respecto del Gobierno de turno permitiría atribuir a la Fiscalía la función de investigación sumarial; lo anterior se ve reforzado si se sabe que en el sistema procesal penal español el monopolio de la acción penal no le corresponde al Fiscal, por lo que en el ámbito de la investigación por él dirigida habría de permitirse la intervención no sólo del imputado, sino también de quienes pretendan constituirse en partes acusadoras y aparezcan legitimados al efecto.

En cualquier caso es evidente que la propuesta de atribuir al Ministerio Fiscal la responsabilidad de la investigación previa al juicio oral no supone encomendar a éste toda la actividad que se ha de realizar durante la fase de investigación de un hecho delictivo, independientemente del contenido y naturaleza de cada actuación concreta, pues debe mantenerse la intervención judicial en todos aquellos casos en que sea necesario. Este modelo de investigación que se encuentra a cargo del Ministerio Fiscal, no sólo introduce mayor agilidad en la tramitación del procedimiento en la fase previa al juicio oral y suprime la duplicidad de diligencias, sino que sitúa estas actuaciones en su verdadera dimensión, otorgando las facultades de esclarecimiento de los hechos y la iniciativa de aseguramiento del delincuente al órgano público de la acusación.

Lo anterior, por demás importante, pone en evidencia que así se permitiría una mayor unificación de los criterios de actuación de las unidades de Policía Judicial dependientes funcionalmente del Ministerio Fiscal, dado que éste se sujeta en su actividad a los principios de unidad y dependencia jerárquica, conforme a la propia Constitución Española.

Con todo lo anterior expuesto, ya es momento de tocar lo concerniente a las víctimas del delito ante el proceso penal. Es importante decir que a partir de las nuevas aportaciones teóricas de la victimología, el tema de las víctimas, se ve ya como una necesidad evidente al igual que la redefinición del estatus de éstas en el conjunto del sistema jurídico penal. Es justamente en este punto que se analizará mucho de lo que alrededor del mundo y si bien es cierto España no es la excepción, se alcanza a comprender de las propias experiencias que de las víctimas emanan; tal es el caso de un sinnúmero de estudios empíricos que demuestran que las víctimas se sienten en la mayoría de las ocasiones, postergadas e incluso maltratadas por la respuesta dada por el sistema estatal de Justicia Penal, generándose así el efecto de victimización secundaria, que a razón de múltiples estudiosos del Derecho, se asegura que significa en términos generales, los daños o sufrimientos de origen físico, psíquico, moral o

económico, inferidos a las víctimas de un delito por las instituciones o personas involucradas en el sistema estatal de Justicia Penal, tales como policías, fiscales, jueces, criminólogos, peritos, etc.

A partir de esta concepción, es que se ha determinado la aprobación de algunos instrumentos internacionales encaminados a promover reformas legales para reforzar la posición jurídica de las víctimas de delitos, entre los que destacan las Recomendaciones del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, aprobadas el día 28 de junio de 1985, dirigidas a mejorar la situación de la víctima en el Derecho y el proceso penal; la Resolución del Comité de Ministros del Consejo de Europa, adoptada en septiembre de 1977, sobre compensaciones a las víctimas de infracciones criminales; el Convenio número 116 del Consejo de Europa, de 24 de noviembre de 1983, sobre indemnización a las víctimas de delitos violentos; la Resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, de la Asamblea General de la ONU, de declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y de abuso de poder; y, en el marco específico de la lucha contra la criminalidad organizada, la Resolución del Consejo de la Unión Europea de 23 de noviembre de 1995, sobre protección de testigos en la lucha contra la criminalidad internacional organizada.

Existe así, ya un nuevo modelo procesal que consiste en considerarlo como un lugar de encuentro de las víctimas, el imputado (victimario) y el Estado; aquí, la figura del Juez sufre una transformación, pues no solamente le compete decidir al respecto, sino que ahora asume una posición conciliadora entre el victimario y la víctima, con la finalidad de que estos promuevan sus derechos en razón de la igualdad humana para lograr así la total reparación del daño producido por el ilícito penal. Se pretende de esta manera que el proceso penal deje de ser concebido como ámbito natural de realización del Derecho Penal del Estado, para configurarse como un instrumento de tutela de los valores superiores de la Constitución mediante la articulación de un sistema de garantías vinculadas al artículo 24 de la Constitución Española, que afecte no sólo al imputado, sino, también a la víctima del delito.

Ahora bien y sin olvidar que la actualidad que nos rodea puede llegar a ser otra, cabe puntualizar que en el vigente modelo procesal penal español se aprecian algunos rasgos del interés por preservar y reforzar la posición jurídica de la víctima, rasgos que se han visto claramente acrecentados en las sucesivas reformas producidas en los últimos años; lo dicho muy a pesar de que el Ministerio Fiscal ha sido configurado tradicionalmente como el órgano imparcial instituido por el Estado para el ejercicio de la acción penal.

Además, en el sistema procesal penal español el Ministerio Fiscal viene obligado por la ley a ejercer la acción civil en nombre e interés de la víctima, salvo que medie un acto de disposición negativa por parte de ésta, consistente en la renuncia a la reparación o en la reserva de la acción civil para su ulterior ejercicio ante los tribunales del orden jurisdiccional civil.

Sin embargo, España también va avanzando en algunos aspectos y sufriendo en otros las consecuencias de renuentes pensamientos, de tal suerte que se ha contemplado que el respeto hacia los superiores intereses de la víctima del hecho delictivo debería determinar un cambio en los planteamientos del Ministerio Fiscal en este campo, de manera que la conformidad con el acusado quedase subordinada a la efectiva reparación de los perjuicios provocados a la víctima por el hecho delictivo o, cuando menos, se valorase a estos efectos la evitación de las consecuencias de victimización secundaria derivadas de la necesaria intervención de la víctima en el juicio oral.

En lo que respecta a la posición de Jueces y Tribunales hacia las víctimas del hecho delictivo debe señalarse que, aunque el contenido normativo de la legislación española en relación con la instrucción sumarial o la fase de juicio oral responde a la concepción del proceso como punto de encuentro entre el Estado y el imputado como supuesto autor del hecho delictivo, también contiene preceptos que atribuyen a las víctimas un papel de protagonismo en la labor jurisdiccional penal.

Son de destacarse las normas legales que incluyen entre las primeras diligencias a realizar por el Juez de Instrucción la de proteger a los ofendidos o perjudicados por el delito, sus familiares u otras personas y que atribuyen preferencia a este tipo de actuaciones sobre otras diligencias judiciales. El legislador español ha previsto la posibilidad de adoptar algunas medidas cautelares y de ordenar que se preste la debida asistencia facultativa a los heridos, enfermos y cualquier otra persona que, con motivo u ocasión de los hechos investigados, necesite dicha asistencia, haciendo constar, en su caso, lugar de su tratamiento, internamiento y hospitalización. Otros preceptos legales imponen al Juez de Instrucción la obligación de informar a las víctimas de sus derechos en el proceso, mediante la denominada "*diligencia de ofrecimiento de acciones*", aspecto por demás relevante.

Este trámite es fundamental, toda vez que permite a las víctimas conocer los derechos que les asisten en el proceso penal, y las medidas de asistencia previstas por la legislación vigente. Pero incluso en el caso de que las víctimas por el hecho delictivo decidieran no ejercitar su derecho a apersonarse en el proceso penal como parte acusadora, la legislación española faculta al Juez de Instrucción o al Tribunal para poner en conocimiento de los perjudicados u ofendidos que sean conocidos la petición de sobreseimiento del procedimiento formulada por el Ministerio Fiscal, a fin de que, en su caso, se apersonen como acusadores y ejerciten las correspondientes acciones.

Finalmente cabe destacar que, en el campo específico de la ejecución de la sentencia dictada en el proceso penal, algunas de las reformas introducidas en los últimos años en el Código Penal y en la legislación penitenciaria en España tienden a fortalecer la posición de las víctimas por el hecho delictivo haciendo depender las condiciones de ejecución de la pena privativa de libertad o la concesión de beneficios penitenciarios de la reparación efectiva del daño provocado a las víctimas. Por ejemplo, en los supuestos de suspensión de la ejecución o de sustitución de las penas privativas de libertad de

corta duración, que se hacen depender, en principio, de la reparación del daño a las víctimas o del esfuerzo desplegado por el victimario en ese sentido.⁴³

2.1.3 En el derecho mexicano.

Teniendo ya como punto de partida un breve esbozo al respecto del Derecho Alemán, es momento entonces de hacer las referencias debidas a lo que nuestro Derecho corresponde, no sin antes mencionar que muy a pesar de los diversos puntos de opinión que al respecto han suscitado y suscitarán dichas “comparaciones”, no sólo en esta investigación, sino a lo largo de diversas obras de reconocidos juristas nacionales y extranjeros, es por demás pertinente llevarlas a cabo con la única finalidad de ahondar en lo que al tema de la presente tesis se refiere, en las ausencias legislativas o atinos que nuestro Derecho pueda contener, precisamente frente a una de las más antiguas bases doctrinarias.

Por tal motivo, se abordará el tema de la libertad desde sus diversos actos en contraposición al Derecho Alemán, del cual en primera instancia se tocó el tema de las penas.

Así, se tiene que la condición para la procedencia de la libertad provisional, es la previa existencia de la prisión preventiva y tal y como lo menciona Julio Antonio Hernández Pliego en una de sus obras: “abona a sus propósitos, el atemperar las consecuencias de la necesidad procesal de sujetar al inculpado a dicha medida cautelar”.⁴⁴

Ahora bien, se presenta en nuestro Derecho el caso de que si al dictarse auto de formal prisión en contra de una persona como presunta responsable de un delito castigado con pena privativa de la libertad, la persona no se encuentra sujeta a prisión preventiva, y en caso de que no esté *subjúdice* un juicio de garantías promovido contra tal auto, en el que se le haya concedido al procesado la suspensión para que no sea privado de su libertad, o una vez que cause ejecutoria la sentencia en la que se sobresea en el juicio o se niegue al quejoso el amparo solicitado, es sólo entonces que el juez de la causa debe ordenar la reaprehensión del procesado, y una vez ejecutada tal orden, si lo solicita esta persona y procede legalmente, podrá concedérsele su libertad bajo caución; de no ser así, resulta ilegal e ilógico requerir al procesado que no está privado de su libertad, exhiba una determinada cantidad para poder gozar de su libertad caucional, ya que no puede otorgarse la libertad bajo caución a una persona que se encuentra en libertad. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, T. III, Febrero de 1996, Tesis: VI.3º.14 P, pág. 443.

⁴³ La introducción de estos criterios en la legislación penitenciaria y en los preceptos del Código Penal relativos a la libertad condicional de los condenados a penas privativas de libertad es consecuencia de la reforma operada por medio de la Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio, de medidas de reforma para el cumplimiento íntegro y efectivo de las penas (BOE de 1 de julio de 2003).

⁴⁴ **HERNÁNDEZ** Pliego, Julio Antonio. El proceso penal mexicano. Capítulo VII. Prisión preventiva y libertad provisional. Ed. Porrúa. Segunda edición. 2003. p. 301

Pero entonces surgen así las diversas opiniones y es precisamente Niceto Alcalá-Zamora y Castillo quien alude que: **“Surge así la razón de ser la de la libertad provisional, que mediante el mecanismo antes descrito, concilia la eficacia de la investigación, sumarial y la tutela de la libertad provisional.”**⁴⁵

Se entiende entonces que con fundamento en lo establecido por el Poder Constituyente al respecto de la garantía de la libertad provisional bajo caución, para los procesados que satisfagan los requisitos de la fracción I, Apartado A), del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sin disminuir o socavar las finalidades sociales que hacen referencia a preservar el proceso, garantizar la ejecución de la pena y asegurar la integridad del ofendido y la tranquilidad social, se reconoce el propósito de lograr un equilibrio entre las citadas garantías y la prisión preventiva que debe focalizarse sólo como una excepción a las mismas, tratándose de los procesados por los delitos graves sancionados con pena privativa de libertad.

Como institución, al igual que muchas otras, es “perfecta” y a razón de algunos autores como los antes mencionados, “no esconde la nobleza de su teología, en tanto se propone atemperar los trastornos que produce la prisión preventiva, que reduce a la cárcel mientras dura el procesamiento, a quien no se declara todavía culpable de un delito, con sólo poner una cantidad de dinero o alguna otra garantía, a disposición de la autoridad judicial, asegurando así que no se dará a la fuga, que estará presente en los actos del juzgamiento y no impedirá, llegando el caso, la ejecución del fallo que se pronuncie”.⁴⁶

Pero hablando un poco de historia y tratando de darle un poco de antecedentes a ésta figura, se debe decir que no era desconocido en el derecho romano imperial y que en esos años se estipulaba que no había necesidad de poner cadenas a todo aquel que estuviera en la disposición de dar fiadores, entendiéndose el hecho de que dicho sujeto no estuviera en el supuesto de haber cometido algún crimen, como para que no se lo pudieran encomendar ni a fiadores ni a soldados; también se admitía con las garantías que proporcionaba desde entonces la caución o la fianza y con las limitaciones derivadas de la gravedad del delito, si éste supuesto, se confirmara.

A la fecha, existen juristas que aseguran haber encontrado en la antigua Roma el antecedente más remoto de la libertad provisional, ubicándola específicamente en el *interdicto de homine libero exhibendo*, por el cual un procesado, a quien el particular ofendido hubiese detenido, de manera provisional era dejado en libertad por el pretor, mientras se decidía ya en el proceso penal, al respecto de su culpabilidad o de su inocencia.

⁴⁵ **ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO**, Niceto. et.al. Derecho Procesal Penal. T. II, Ed. Guillermo Kraft Ltda., Buenos Aires. ed.1945. pp. 288-289.

⁴⁶ **HERNÁNDEZ** Pliego, Julio Antonio. *El proceso penal mexicano*. Capítulo VII. Prisión preventiva y libertad provisional. Ed. Porrúa. Segunda edición. 2003. p. 302

Sergio García Ramírez asegura que la larga historia de la libertad provisional fue conocida entre los romanos, atenienses, y germanos y que se reglamentó por las Partidas. Fue regulada de manera restringida después, por la Ordenanza Francesa de 1670 y se tiene el antecedente de que el Código Napoleón la negó en delitos que merecieran pena aflictiva o infamante. También asegura el autor que un siglo antes en Escocia se expidió una ley haciéndola procedente, a menos que se tratara de crímenes penados con la muerte.⁴⁷

Ahora bien, por qué seguir abordando el tema de la libertad provisional teniendo como principio de este capítulo, la pena, como base de mucha de la legislación alemana; la respuesta es que la libertad provisional como una de las tantas figuras jurídicas en nuestro país, representa de alguna manera la fe que se tiene en el ser humano, sin olvidar tal y como lo muestran las nuevas Teorías del Derecho, que al igual que cualquier persona, el delincuente también lo es y merece por lo tanto, un respaldo del propio Estado, quien además de garantizar la paz social, también debe de velar por sus propios intereses, siendo éste, antes y después de delinquir, un ser social.

Así, nos encontramos entonces que la llamada “libertad caucional, libertad bajo fianza o libertad provisoria”, se puede llegar a definir como una medida cautelar que mediante el otorgamiento de una garantía, intenta asegurar la comparecencia del inculpado ante el Juez que conocerá de manera imparcial de su proceso o bien la efectividad de la ejecución de la condena que eventualmente se dicte en su contra.

Por lo tanto, se entiende que es una “medida precautoria, alternativa de la prisión preventiva, que implica forzosamente la obligación, para su beneficiario, de no sustraerse de la acción de la justicia, ya que se trata de una libertad restringida a los fines del proceso, pero susceptible de revocarse por alguna de las causas establecidas en la ley”.⁴⁸

Adentrándonos en la legislación como tal, el Código Federal de Procedimientos Penales en el artículo 135, párrafo segundo, dice:

*“...El Ministerio Público fijará la caución suficiente para garantizar que el detenido no se sustraerá a la acción de la justicia ni al pago de la reparación del daño...”*⁴⁹

Esto significa, que se hace extensivo su beneficio a los inculpados durante la averiguación previa, mediante la satisfacción de los requisitos que se señalan. La competencia del Ministerio Público pareciera que de manera paulatina, ha ido en crecimiento al grado de que hoy, según lo previene este numeral, puede conceder la libertad provisional indicada de manera similar a lo que tiene autorizado el juez: “E/

⁴⁷ GARCÍA Ramírez, Sergio. *Curso de Derecho Procesal Penal*, 3a. edición, Ed. Porrúa. México. ed.1980 p. 466.

⁴⁸ HERNÁNDEZ Pliego, Julio Antonio. Op.cit. p. 309

⁴⁹ Código Federal de Procedimientos Penales, Título Segundo. Averiguación previa, Capítulo III. Consignación ante los tribunales.

*Ministerio Público dispondrá la libertad del inculpado, en los supuestos y cumpliendo con los requisitos establecidos por el artículo 399 para los jueces”.*⁵⁰

Abordando ahora la figura de la libertad bajo protesta, es conveniente destacar a éste respecto que, su finalidad es permitir al inculpado conservar la libertad ambulatoria, mientras se tramita su proceso, sin la posible desventaja que presenta la libertad bajo caución.

Efectivamente, en tanto la libertad caucional se otorga en ciertas condiciones, la libertad protestatoria, dirigida a delincuentes primarios, no requiere de la exhibición de ninguna caución, sino que se sustituye la afiliación de la prisión por la palabra de honor del inculpado.⁵¹

La definición que el diccionario para juristas otorga a éste respecto, define la protesta como la acción y efecto de protestar, que significa la promesa, acompañada de aseveración, de ejecutar una cosa.⁵²

Entonces, se puede definir la libertad bajo protesta, como el derecho del inculpado a ser puesto en libertad, cautelarmente durante su enjuiciamiento, previa la satisfacción de los requisitos legales y otorgando la protesta de que no entorpecerá el objeto y los fines esenciales del proceso.

El Código Federal de Procedimientos Penales en el artículo 418, habla de que *“la libertad bajo protesta podrá decretarse siempre que concurren las circunstancias siguientes:*

- I. Que se trate de delitos cuya pena máxima no exceda de tres años de prisión. Tratándose de personas de escasos recursos, el Juez podrá conceder este beneficio cuando la pena privativa de libertad no exceda de cuatro años;*
- II. Que el inculpado no haya sido condenado por delito intencional;*
- III. Que éste tenga domicilio fijo y conocido en el lugar en donde se sigue o deba seguirse el proceso, o dentro de la jurisdicción del tribunal respectivo;*
- IV. Que la residencia del inculpado en dicho lugar sea de un año cuando menos;*
- V. Que el inculpado tenga profesión, oficio, ocupación o modo honesto de vivir; y*
- VI. Que a juicio de la autoridad que la conceda no haya temor de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia.*

*La libertad bajo protesta se sustanciará en la forma establecida para los incidentes no especificados. Serán aplicables a la libertad bajo protesta, las disposiciones contenidas en el artículo 411”.*⁵³

⁵⁰ Código Federal de Procedimientos Penales. *Ibid.*

⁵¹ HERNÁNDEZ Pliego. *Ibid.* p. 329.

⁵² PALOMAR De Miguel, Juan. *Diccionario para Juristas*. 2a. Edición 2003. Ed. Porrúa. p. 1097

⁵³ Código Federal de Procedimientos Penales, Título Decimoprimer. Incidentes. Sección primera. Incidentes de libertad. Capítulo II. Libertad provisional bajo protesta.

Con referencia al artículo 135-Bis, del Código Federal de Procedimientos Penales, reglamenta una especie de libertad provisional sin caución, que pueda conceder el Ministerio Público durante la averiguación previa y la autoridad judicial en el proceso, para el caso en que el término medio aritmético de la pena que corresponda al delito materia de la investigación, no exceda de tres años de prisión.

La condición para ello es que:

- I.- No exista riesgo fundado de que pueda sustraerse a la acción de la justicia;*
- II.- Tenga domicilio fijo con antelación no menor de un año, en el lugar de la residencia de la autoridad que conozca del caso;*
- III.- Tenga un trabajo lícito; y*
- IV.- Que el inculcado no haya sido condenado por delito intencional.*

Se puede hacer notar que lo anterior se encuentra al criterio del que redacta, mal ubicado, pues se localiza en el Título Segundo relativo a la Averiguación Previa y en el Capítulo III que habla de la Consignación de los Tribunales en lugar de hallarse en el Capítulo que concierne a la Libertad Provisional. Error que no sólo produce confusión, sino que además genera un desorden a la vista del propio Código, deduciéndose como un “freno” (para algunos nada importante), ante la actualidad del Derecho Penal en el resto del mundo.

En cambio, hay que destacar algunos aspectos, tales como que el propio Código autoriza al Ministerio Público el conceder este beneficio durante el desarrollo de la averiguación preliminar, siendo que con antelación dicha facultad otorgada a esta autoridad, se limitaba a la libertad bajo protesta.

Cuando se trata el caso de personas con pocos recursos económicos, es también importante destacar que se tiene previsto que éstas puedan evitar la prisión preventiva; sin embargo, no se ahondará demasiado en éste tema, pues la teoría como en muchos casos, no va de la mano con la práctica, y el trabajo de investigación se inclinaría hacia debates sociales que sin demeritarlos, no son el objetivo final.

Pero sí es muy acertado enfatizar que la concesión de la libertad sin caución, no necesita de la protesta por parte del inculcado, quien deberá cumplir con las condiciones previamente fijadas para que le sea otorgado dicho beneficio y queda ampliado como consecuencia, el campo de procedencia para mayores casos que los contemplados por la libertad bajo protesta, pues en la figura de la cual se ha desarrollado el tema, para concesionarla, no se fija como límite al máximo de la sanción privativa de la libertad, sino que hace referencia a delitos cuya pena de prisión, en su término medio aritmético, no exceda de tres años.

Por eso, realizarse una verdadera crítica cuando tratándose de un delito sancionado con menos severidad, se exija el otorgamiento de la protesta por parte del inculcado, para su procedencia, mientras que no se exija ese requisito para delitos cuya penalidad es más elevada, de donde puede concluirse que nada se perdería si decidiera

eliminarse de nuestros códigos procesales, la reglamentación de aquella libertad protestatoria.

Del mismo modo y tal y como lo asegura Hernández Pliego, *“no se fijan en la ley las causas de revocación de la libertad sin caución, como sí se hace en lo que mira a las otras especies de libertad provisional”*.⁵⁴

2.1.4 Similitudes y diferencias.

Para hablar de las similitudes y diferencias entre el Derecho Alemán, el Derecho Español y el Derecho Mexicano, es preciso citar en mucho la obra de la **Dra. Evelyn Haas**, Jueza del Tribunal Constitucional Federal de Alemania y Profesora de la Universidad Eberhard Karls de Tubinga, quien en el documento titulado “LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCEDIMIENTO PENAL ALEMÁN”, basado en la ponencia presentada en el XII Encuentro de Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y Salas Constitucionales de América Latina organizado por la Fundación Konrad Adenauer, Punta del Este, Uruguay, octubre de 2005, asegura entre otras cosas que para lograr tener un total entendimiento del sistema jurídico alemán, *“primeramente hay que conocer el sistema federal que tiene como forma de gobierno, y que difiere con el modelo que en Uruguay tenemos, especialmente en las relaciones que se dan entre las dieciséis entidades federativas y el gobierno federal. Así, por ejemplo, algunas de las Entidades Federativas utilizan su relativa independencia para experimentar con prisiones abiertas”*.

La autora asegura que si bien Alemania cuenta con un Código Penal Federal, la administración de justicia y de las prisiones es facultad de cada entidad federativa. Esta estructura básica no ha variado desde el Imperio Germánico de 1871. Así, *“el aumento del número de presos no es sólo una característica de la situación de la República Federal de Alemania, sino que también se presenta en la mayoría de los países de la Europa occidental. En efecto, la aplicación de penas privativas de libertad (sin condena condicional) y el porcentaje de presos varían considerablemente según el análisis comparativo internacional”*.

El escrito presentado por Hass, denota que a partir de las estadísticas es posible determinar que a pesar del descenso desde 1983, hay comúnmente 82 prisioneros por cada 100,000 habitantes. En este rubro Alemania queda clasificada como el tercer país europeo en cuanto a población penal.

“Esta alta tasa de presos está en relación con el hecho de que el tiempo promedio de privación de libertad es relativamente largo; sin embargo, no más de lo que es en los Países Bajos o los Escandinavos. Las penas privativas de libertad administrativa, y la vigilancia policiaca no existen en Alemania”.

⁵⁴ **HERNÁNDEZ** Pliego, Julio Antonio. Op.cit. pp. 337-338.

Pero aquí es donde es muy importante destacar que todas estas percepciones y medidas tomadas al respecto, se ven aplicadas mayoritariamente en el continente europeo, que pese a sus tan numerosas innovaciones en el ámbito del Derecho Penal, ni Alemania ni España han logrado una expansión de las mismas a nivel mundial como parte de una serie de estrategias ya alejadas de la clasificación económica y cultural de los países, sino más bien, como una forma de englobar la nueva visión que de los seres humanos tenemos precisamente los humanos, en esta actualidad. Es muy importante no olvidar que las exigencias derivadas de la defensa de los derechos de las víctimas en el proceso están vinculadas a una nueva filosofía del modelo procesal penal.

Pero tratándose del Derecho Español, es conveniente citar que en la actualidad es evidente que el nuevo modelo de proceso penal no puede suponer un detrimento de los derechos del imputado como consecuencia del fortalecimiento de la posición jurídica de la víctima. La innegable tensión entre los derechos del imputado y los de las víctimas ha obligado a los legisladores españoles a introducir criterios que permitan armonizar unos y otros, de ahí que se ha llegado a proponer que en la determinación del contenido esencial de los derechos fundamentales del imputado se atienda a planteamientos victimológicos.

La anterior, a la vista del Derecho Alemán y por qué no, hasta del Derecho Mexicano (tal y como lo comenta precisamente la Dra. Haas), resulta ser una propuesta paradigmática en este sentido, pues se refiere a la declaración testifical de la víctima en el acto del juicio oral. Sin embargo, pareciera que es incuestionable que el derecho fundamental a la presunción de inocencia impone de algún modo la existencia de prueba de cargo suficiente, practicada en el acto del juicio oral en condiciones de inmediación, contradicción y publicidad y acreditativa de la comisión del hecho delictivo por el victimario, la defensa del derecho de las víctimas a no sufrir un daño suplementario, como consecuencia de la necesidad de relatar lo acontecido en presencia del victimario, debe conllevar la posibilidad de articular mecanismos alternativos que permitan la declaración de las víctimas fuera del alcance visual del victimario y/o en ausencia de público asistente al juicio oral.

No cabe duda alguna de que los modernos sistemas procesales penales españoles se ven en la necesidad actual de articular mecanismos que permitan hacer frente a una demanda de Justicia Penal cada vez mayor. La propia dinámica del sistema hace que, en el caso de éste país, un número considerable de los procedimientos penales incoados por los Juzgados de Instrucción no pasen de una fase inicial y sean expulsados de dicho sistema inmediatamente después de su acceso a él. Como ya ha quedado expuesto y venga siendo entonces una sustancial diferencia con los países analizados, un porcentaje nada pequeño de los procedimientos penales incoados acaba siendo sobreseído por falta de autor conocido o archivado por no considerarse los hechos constitutivos de infracción penal (aproximadamente el 66% en total), de manera que sólo una pequeña parte de los procesos acaba en la fase de juicio oral. Probablemente, esto acerque más al Derecho Español y al Derecho Mexicano, de lo que se pueda imaginar.

Lo cierto es que existen propuestas de medios alternativos para la resolución del conflicto derivado de la comisión del hecho delictivo, como son la mediación, la reparación, el arbitraje u otras técnicas autocompositivas que el Derecho Español incluye en la denominada “desformalización del proceso penal”. La admisión e incorporación de estos medios alternativos implica para España un cambio sustancial en la garantía jurisdiccional que trae como consecuencia la vigencia del principio de legalidad en materia procesal penal y en la relación entre el Derecho penal sustantivo y el Derecho procesal penal.

Muy a pesar de las diversas opiniones que se tienen a partir de las anteriores propuestas, la introducción de estos mecanismos alternativos está vinculada a las doctrinas relativas a la justicia reparadora, que conciben la reparación del daño causado a las víctimas como finalidad esencial del Derecho Penal, mediante la que se satisfacen las necesidades de prevención general y especial, mismas que podrían verse adoptadas por algunos otros países.

Y es aquí cuando se puede hablar de nuestro país, pues es precisamente España quien propone la distinción entre dos tipos de criminalidad: la denominada “criminalidad de bagatela” que no necesita de la respuesta penal clásica y la gran criminalidad, para la que se continúa considerando necesario el acervo de garantías.

Tanto el Derecho Alemán como el Español, se encuentran de acuerdo en que los medios alternativos aportan ventajas innegables, pero no puede desconocerse que su adopción y correcto funcionamiento dependen de la concurrencia de algunos condicionantes, entre los que destaca la necesidad de libre disponibilidad de los derechos que se discuten en las situaciones jurídicas a las que pretenden aplicarse. Por ello, su territorio natural de actuación es el de los sistemas procesales que aceptan en mayor o menor medida el principio de oportunidad, entendido como facultad que se reconoce al titular de la acción penal para disponer, bajo determinadas condiciones, de su ejercicio con independencia de que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado. Es de pensarse que tal vez sea el campo del proceso penal de menores en el que opera con más amplitud el principio de oportunidad dentro del sistema procesal español.

Entonces y retomando como base lo anteriormente citado, se pueden hallar diferencias con el sistema de procedimientos penales mexicano, pues en específico el alemán se caracteriza entre muchas otras cosas, por la desunión entre el procedimiento de investigación o etapa de instrucción y la audiencia del juicio oral. Se sabe que en el primero, la competencia primaria reside en la fiscalía, la audiencia del juicio oral, por su parte, se realiza bajo la competencia central de los tribunales.

“En este punto, el temor que más ha ocupado la jurisprudencia de la Corte Constitucional Federal ha sido la admisibilidad de los registros domiciliarios. Específicamente, la Corte precisó en un gran número de resoluciones los requisitos constitucionales para registros o allanamientos domiciliarios. Es así como la intervención en la inviolabilidad del domicilio debe encontrarse en una relación adecuada con la intensidad de la sospecha y debe además ser necesaria para la

investigación y persecución del delito”, asegura Evelyn Haas. Será conveniente no perder de vista que sólo el Juez podrá disponer de una medida de ésta índole y tratándose como bien es sabido, de casos excepcionales.

Ahora bien, Haas toca el tema de los juicios orales como una de las notorias diferencias entre el Derecho Alemán y el Derecho Mexicano, siendo éste punto ya no de tanta actualidad, pues habrá que recordar que de manera no acelerada, varios Estados de nuestro país han comenzado a realizar dichos juicios en virtud de las reformas constitucionales actuales; sin embargo, no es menos importante la opinión de la autora a este respecto que cita: *“De importancia central desde el punto de vista constitucional es finalmente la audiencia del juicio oral ante el tribunal, como la instancia a la que el artículo 92 de la Ley Fundamental asigna la competencia judicial. En tanto parte medular del procedimiento penal, esta audiencia apunta a la investigación de todos los hechos objetivos y subjetivos relevantes, y debe poner al juez en condiciones de formarse una opinión acerca de la cuestión de culpabilidad”*.

“La audiencia oral se abre o se deniega por el juez mediante auto separado después de haber examinado la acusación de la fiscalía. Según el derecho alemán, la realización del juicio oral sólo es necesaria en casos graves. En casos sencillos de menor intensidad criminal, el delito puede ser sancionado por orden judicial escrita que sustituye la audiencia del juicio oral. En ciertas circunstancias, el procedimiento también puede ser sobreseído por culpabilidad menor o por prescripción, que haya extinguido, al igual que una amnistía, la pretensión punitiva del Estado, o, por la edad avanzada o la decrepitud del inculpado. Pero por regla general, esto ya lo hará la fiscalía, de modo que no se llegará a la formulación de una acusación; en el caso de una amnistía o de la existencia de una prescripción, ni siquiera a la apertura de la etapa de instrucción”.

Por último, diremos que en Alemania, tal y como se hace referencia en los datos proporcionados por el escrito, la ejecución penal no es objeto de estudio por los profesores de derecho penal y procesal penal, sino por los de criminología, que a diferencia de México, es por el contrario.⁵⁵

⁵⁵ HAAS, Evelyn. Las Garantías Constitucionales en el Procedimiento Penal Alemán. XII Encuentro de Presidentes y Magistrados de los Tribunales Constitucionales y Salas Constitucionales de América Latina organizado por la Fundación Konrad Adenauer, Punta del Este, Uruguay. 2005. Instituto de Investigaciones jurídicas de la UNAM. www.juridicas.unam.mx. (Consulta realizada en noviembre de 2008).

CAPÍTULO III. LA LIBERTAD COMO GARANTÍA CONSTITUCIONAL.

3.1 La libertad. Breve introducción.

A lo largo de este estudio, hemos ahondado al respecto del ser humano y su relación con el Derecho Penal en el transcurso de la historia y tomando como base, países que han forjado mucho de lo que ahora es nuestro Derecho. Así, hablando de la libertad, podemos ya traducirla como esa facultad propia de la persona humana, que presenta dos aspectos fundamentales establecidos en razón del ámbito donde aquella se despliega. Se puede mencionar en primer lugar, la selección de objetivos vitales, así como los medios adecuados para su realización que puede tener lugar en el intelecto de la persona, sin transcendencia objetiva. En este caso, la potestad electiva no implica sino una libertad subjetiva o psicológica ajena al campo del Derecho.

En segundo término, como el individuo no se conforma con concebir los fines y medios respectivos para el logro de su bienestar vital, sino que procura hacerlos tangibles, surge entonces la libertad social, es decir, aquella potestad que tiene la persona de poner en práctica tanto los conductos como los fines que se ha forjado. La libertad social por consiguiente, trasciende a la realidad, traducida en aquella facultad que tiene la persona humana de hacer visibles sus fines vitales mediante la práctica real de los medios idóneos para ello. Precisamente, ésta es la libertad que interesa al Derecho, ya que la subjetiva o psicológica, se ve relegada a la intimidad de la conciencia humana.

Llegamos de esta manera a acotar que la libertad social, será la única que se tomará en consideración en este estudio, por su propia concepción y finalidad. Justamente, ésta libertad de la que hablamos, es la que el propio ser humano puede utilizar y hasta expandir de diferentes maneras y en diversos ámbitos o terrenos. Por ejemplo, cuando la actuación libre humana se ejerce en una determinada órbita y bajo una forma particular, se tiene a la libertad específica, que es una derivación de la libertad social genérica que se ejercita bajo ciertas formas y en una esfera determinada, es decir, las libertades específicas constituyen aspectos de la libertad genérica del individuo, o sea, modos o maneras especiales de actuar.

Como se ha visto en capítulos anteriores, toda convivencia humana implica necesariamente limitaciones a la actividad objetiva del sujeto; por ende, él mismo se encontrará impedido para desarrollar cualquier acto que engendre conflictos dentro de la vida social; las limitaciones o restricciones impuesta por el orden y armonía sociales a la actividad de cada quien, se establecen por el Derecho, el cual, por esta causa, se convierte en la condición indispensable *sine qua non*, de toda sociedad humana, tal y como lo marca Burgoa Orihuela, quien asegura que: “... la libertad social u objetiva del hombre se revela como la potestad consistente en realizar trascendentemente los fines que él mismo se forja por conducto de los medios idóneos que su arbitrio le sugiere, que es en lo que estriba su actuación externa, la cual sólo debe tener las restricciones que establezca la ley en aras de un interés social o estatal o de un interés legítimo

privado ajeno."⁵⁶

3.2 La libertad como garantía individual.

Entendiendo la libertad como una potestad inseparable de la naturaleza humana, tal y como se ha visto con anterioridad, se entiende entonces que *si filosóficamente el ser humano como tal tiene que ser libre, realmente también debe poseer este atributo*. La libertad desde tiempos remotos ya estaba reservada a una clase privilegiada, a un sector que imponía su voluntad sobre el resto de la población constituida por los esclavos.

Desde la edad media y hasta los tiempos modernos, la libertad humana no existía como atributo real de todos los hombres; situación por demás confusa, pero verídica. Muy a pesar de las concepciones filosóficas que aseguraban que todos los hombres, sin distinción alguna, son igualmente libres, los privilegios y la reserva de libertad a favor de grupos sociales determinados subsistieron. No fue sino hasta la revolución francesa cuando se proclamó la libertad universal del ser humano; todo hombre, se dijo entonces, por el hecho de ser tal, nace libre. Fue así como todo individuo ante el Derecho se reputó colocado en una situación exactamente igual a la de sus semejantes, lo que ha hecho llevar dicha idea a campos como el económico y por supuesto, social, dando origen a las llamadas garantías sociales.

La libertad individual se convirtió en un derecho público cuando el Estado se obligó a respetarla; un derecho para el gobernado como potestad o facultad de reclamar al Estado y a sus autoridades el respeto, la observancia del poder libertario individual, concebido en los términos a que aludíamos anteriormente; una obligación, para la entidad política y sus órganos autoritarios, consistente en acatar, pasiva o activamente, ese respeto.

Es entonces cuando la libertad humana se concibe como el contenido de un derecho subjetivo público cuyo titular es el gobernado, con la obligación estatal correlativa impuesta al Estado y a sus autoridades.

Sin embargo, teniendo en cuenta que la libertad es una potestad compleja, se deben contemplar aspectos como su aplicación y desarrollo, su implantación o reconocimiento por el orden jurídico constitucional. Éste podría ser el método que se adopta en nuestra Constitución, la cual no consagra una garantía genérica de libertad, como lo hacía la Declaración Francesa de 1789, sino que consigna varias libertades específicas a títulos de derechos subjetivos públicos.

⁵⁶ **BURGOA** Orihuela, Ignacio. *Las Garantías Individuales*. Capítulo V, Garantías de Libertad. Ed. Porrúa. México. p. 303.

3.3 Garantías específicas al respecto de la libertad.

3.3.1 La Educación (artículo 3° constitucional)

“Artículo 3o.- Todo individuo tiene derecho a recibir educación. El Estado - federación, estados, Distrito Federal y municipios-, impartirá educación preescolar, primaria y secundaria. La educación preescolar, primaria y la secundaria conforman la educación básica obligatoria.

La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia.

I. Garantizada por el artículo 24 la libertad de creencias, dicha educación será laica y, por tanto, se mantendrá por completo ajena a cualquier doctrina religiosa;

II. El criterio que orientará a esa educación se basará en los resultados del progreso científico, luchará contra la ignorancia y sus efectos, las servidumbres, los fanatismos y los prejuicios.

Además:

a) Será democrático, considerando a la democracia no solamente como una estructura jurídica y un régimen político, sino como un sistema de vida fundado en el constante mejoramiento económico, social y cultural del pueblo;

b) Será nacional, en cuanto -sin hostilidades ni exclusivismos- atenderá a la comprensión de nuestros problemas, al aprovechamiento de nuestros recursos, a la defensa de nuestra independencia política, al aseguramiento de nuestra independencia económica y a la continuidad y acrecentamiento de nuestra cultura, y

c) Contribuirá a la mejor convivencia humana, tanto por los elementos que aporte a fin de robustecer en el educando, junto con el aprecio para la dignidad de la persona y la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, cuanto por el cuidado que ponga en sustentar los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos los hombres, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos;

III. Para dar pleno cumplimiento a lo dispuesto en el segundo párrafo y en la fracción II, el Ejecutivo Federal determinará los planes y programas de estudio de la educación preescolar, primaria, secundaria y normal para toda la República. Para tales efectos, el Ejecutivo Federal considerará la opinión de los gobiernos de las entidades federativas y del Distrito Federal, así como de los diversos sectores sociales involucrados en la educación, en los términos que la ley señale.

IV. Toda la educación que el Estado imparta será gratuita;

V. Además de impartir la educación preescolar, primaria y secundaria señaladas en el primer párrafo, el Estado promoverá y atenderá todos los tipos y modalidades educativos -incluyendo la educación inicial y a la educación superior, necesarios para el desarrollo de la nación, apoyará la investigación científica y tecnológica, y alentará el fortalecimiento y difusión de nuestra cultura.

VI. Los particulares podrán impartir educación en todos sus tipos y modalidades. En los términos que establezca la ley, el Estado otorgará y retirará el reconocimiento de validez oficial a los estudios que se realicen en planteles particulares. En el caso de la educación preescolar, primaria, secundaria y normal, los particulares deberán:

a) Impartir la educación con apego a los mismos fines y criterios que establecen el segundo párrafo y la fracción II, así como cumplir los planes y programas a que se refiere la fracción III, y

b) Obtener previamente, en cada caso, la autorización expresa del poder público, en los términos que establezca la ley;

VII. Las universidades y las demás instituciones de educación superior a las que la ley otorgue autonomía, tendrán la facultad y la responsabilidad de gobernarse a sí mismas; realizarán sus fines de educar, investigar y difundir la cultura de acuerdo con los principios de este artículo, respetando la libertad de cátedra e investigación y de libre examen y discusión de las ideas; determinarán sus planes y programas; fijarán los términos de ingreso, promoción y permanencia de su personal académico; y administrarán su patrimonio. Las relaciones laborales, tanto del personal académico como del administrativo, se normarán por el apartado A del artículo 123 de esta Constitución, en los términos y con las modalidades que establezca la Ley Federal del Trabajo conforme a las características propias de un trabajo especial, de manera que concuerden con la autonomía, la libertad de cátedra e investigación y los fines de las instituciones a que esta fracción se refiere, y

VIII. El Congreso de la Unión, con el fin de unificar y coordinar la educación en toda la República, expedirá las leyes necesarias, destinadas a distribuir la función social educativa entre la Federación, los Estados y los Municipios, a fijar las aportaciones económicas correspondientes a ese servicio público y a señalar las sanciones aplicables a los funcionarios que no cumplan o no hagan cumplir las disposiciones relativas, lo mismo que a todos aquellos que las infrinjan”.⁵⁷

Es preciso analizar el artículo 3° de nuestra Ley Fundamental, ya propiamente no

⁵⁷ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Título primero, Capítulo I, De las Garantías Individuales. <http://ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/articulos>.

contiene ningún derecho subjetivo público en los términos asentados con anterioridad, es decir, lo más apropiado sería no encontrarlo comprendido dentro del título “Garantías Individuales”; en realidad, éste artículo debería estar incluido en la Ley Suprema a título de prevención general y si actualmente permanece inserto dentro del referido capítulo, es por un resabio histórico, ya que bajo la Constitución del 57 y la del 17, y hasta antes de la reforma de diciembre de 1934, tal precepto contenía un derecho público subjetivo individual, al consignar la libertad de enseñanza.

De ahí que observamos que de alguna manera no importa esa relación jurídica como generadora de ese derecho subjetivo público para el gobernado ni de esa obligación estatal-autoritaria correlativa. El mencionado artículo no consigna ninguna libertad específica como contenido de una posible potestad jurídica subjetiva del gobernado; si bien es cierto, excluye dentro de un considerable ámbito educacional, la libertad de enseñanza, al imponer a ésta un determinado contenido.

La educación estatal, que no debe confundirse con la mera transmisión de conocimientos culturales o científicos, es el medio para la formación de la conciencia de la niñez y de la juventud en torno al ser y modo de ser nacionales. Esta finalidad no excluye que el gobernado fuera el ámbito en que dicha educación se imparta, ejercite su libertad de expresión en esencia en todos sus aspectos y que abrace la fe religiosa que se adecúe a su conciencia. Desde un punto de vista político, la educación estatal debe impartirse sobre la base de los principios democráticos, lo que significa la exclusión de cualquier doctrina que funde la soberanía del Estado y el gobierno de un pueblo en voluntades autocráticas u oligárquicas, han comentado diversos estudiosos del Derecho en nuestro país.

Se hace notar entonces que la educación pública en México ha oscilado entre un régimen de libertad y un sistema de control estatal, tal y como lo señala el Maestro Burgoa Orihuela, pero esto tuvo un comienzo y fue precisamente en el pueblo azteca, donde existían dos instituciones educativas, el Tepochcalli y el Calmecac. En ellas se impartía respectivamente enseñanza a los jóvenes pertenecientes a la clase media y a los de la clase acomodada de la sociedad. Pasando a la época colonial, la educación estaba al mando de la Iglesia católica y del Estado y por lo tanto, poseía un contenido religioso que proscribía toda libertad de enseñanza.

Fue en la *Constitución Federal* de 1824, que entre las facultades del Congreso General figuraba la tocante en promover la ilustración mediante el establecimiento de colegios de marina, artillería e ingenieros, de institutos en que se enseñaran las ciencias naturales y exactas, las políticas y morales, así como las “nobles artes y lenguas”, sin perjudicar, mediante todo ello, “la libertad que tienen las legislaturas para el arreglo de la educación pública en sus respectivos Estados”, nos dice Ignacio Burgoa.

En diciembre de 1934 se dio una primera reforma al artículo 3° constitucional, cuyo sello distintivo, fue imprimir en la enseñanza pública un determinado contenido ideológico y una cierta finalidad, concebidos en los siguientes términos: *“La educación que imparta al Estado será socialista, además de excluir doctrina religiosa, combatirá el fanatismo y los prejuicios, para lo cual la escuela organizará sus enseñanzas y*

actividades en forma que permita crear en la juventud un concepto racional y exacto del universo y de la vida social”.

Para diciembre de 1946 se volvió a reformar dicho artículo, suprimiendo el calificativo de “socialista” que se había atribuido a la educación impartida por el Estado; es decir, se establece que la educación estatal debe administrarse con base a los principios políticos, sociales y económicos que sustentan al régimen implantado por nuestra Carta Magna.

Con la Constitución del 57, el artículo 3° ya comprendía una garantía individual de libertad, puesto que sin restricción alguna, declaraba que la enseñanza era libre, lo cual significaba que todo individuo tenía la potestad de impartir toda clase de conocimientos, sin que el Estado o sus autoridades pudieran obligarlo a adoptar determinado método e ideario educativos, porque ésta, ya no se encontraba precisamente en manos religiosas.

Pero es la reforma de 1992 la que implantó por Decreto Congressional publicado el 28 de enero de ése año, la que declara que la educación que imparta el Estado será laica y que se mantendrá por completo ajena a cualquier doctrina religiosa. Reitera los principios fundamentales conforme a los cuales la educación estatal debe desarrollarse.

3.3.2 La Libertad de Trabajo (artículo 5° constitucional)

“Artículo 5o.- A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.

La Ley determinará en cada Estado cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo.

Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento, salvo el trabajo impuesto como pena por la autoridad judicial, el cual se ajustará a lo dispuesto en las fracciones I y II del artículo 123.

En cuanto a los servicios públicos, sólo podrán ser obligatorios, en los términos que establezcan las leyes respectivas, el de las armas y los jurados, así como el desempeño de los cargos concejiles y los de elección popular, directa o indirecta. Las funciones electorales y censales tendrán carácter obligatorio y gratuito, pero serán retribuidas aquéllas que se realicen profesionalmente en los términos de esta Constitución y las leyes correspondientes. Los servicios profesionales de índole social serán obligatorios y retribuidos en los términos de la ley y con las

excepciones que ésta señale.

El Estado no puede permitir que se lleve a efecto ningún contrato, pacto o convenio que tenga por objeto el menoscabo, la pérdida o el irrevocable sacrificio de la libertad de la persona por cualquier causa.

Tampoco puede admitirse convenio en que la persona pacte su proscripción o destierro, o en que renuncie temporal o permanentemente a ejercer determinada profesión, industria o comercio.

El contrato de trabajo sólo obligará a prestar el servicio convenido por el tiempo que fije la ley, sin poder exceder de un año en perjuicio del trabajador, y no podrá extenderse, en ningún caso, a la renuncia, pérdida o menoscabo de cualquiera de los derechos políticos o civiles.

La falta de cumplimiento de dicho contrato, por lo que respecta al trabajador, sólo obligará a éste a la correspondiente responsabilidad civil, sin que en ningún caso pueda hacerse coacción sobre su persona”.⁵⁸

Extensión y limitaciones constitucionales a dicha libertad.

La libertad de trabajo es una de las garantías que más contribuyen a la realización de la felicidad humana, que sin perderla de vista dentro de nuestro estudio es una de las partes importantes en lo que se resuelve toda la teleología del hombre dentro de un terreno de lo que muchos juristas denominan normalidad.

A lo anterior hay que agregar que por diversas teorías, la libertad de trabajo es concebida “como la facultad que tiene el individuo de elegir la ocupación que más le convenga para conseguir sus fines vitales, es la manera indispensable *sine qua non*, para el logro de su felicidad o bienestar”. Es decir, que cuando al hombre le sea impuesta una actividad que no se adecúe a sus propios intereses, no sólo tiene truncada la posibilidad para ser feliz, sino también para desenvolver su propia personalidad convirtiéndose así en un ser abyecto y desgraciado.

Retomando un poco y por partes lo establecido por el artículo 5° constitucional, tenemos que: “*A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos*”, de lo cual desprendemos el siguiente análisis y crítica como una mera aportación al respecto de cada una de las limitaciones contenidas.

Como se aprecia de la simple lectura de esta disposición, la libertad de trabajo tiene una limitación en cuanto a su objeto: se requiere que la actividad comercial, industrial, profesional, etc., sea lícita. Ahora bien, la ilicitud de un acto o de un hecho es una circunstancia que implica contravención a las buenas costumbres o a las normas de

⁵⁸ CONSTITUCIÓN POLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Titulo primero, Capitulo I, De las Garantías Individuales.

orden público, tal y como queda por sentado al entenderlo. En el primer caso la ilicitud tiene un contenido inmoral, esto es, se refiere a una contraposición con la moralidad social que en un tiempo y espacio determinados exista,⁵⁹ en el segundo caso, la ilicitud se presenta como una disconformidad, como una inadecuación entre un hecho o un objeto y una ley de orden público.

Otra limitación constitucional establecida por el artículo en comento, es la que toca el tema de la libertad de trabajo al respecto de que sólo podrá vedarse por determinación judicial cuando se ataquen los derechos de tercero. Esto más bien se trata de una posibilidad de limitación, la cual se actualiza por determinación o sentencia judicial recaída en un proceso previo en que se cumplan los requisitos contenidos en el artículo 14 constitucional en favor de aquel a quien se pretende privar de ese derecho libertario. De la redacción constitucional, se desprende a su vez que la determinación judicial que da por actualizada la mencionada posibilidad, prohíbe o impide la libertad misma, esto es, intercede (amén de usar dicho término) a un individuo la potestad que tiene que optar por la ocupación que más le acomode.

Se deduce entonces que lo que el constituyente quiso decir fue no establecer la posibilidad de que un hombre fuese privado de la libertad de trabajo considerada ésta como facultad del individuo para dedicarse a cualquier oficio, profesión, comercio, etc., que más le agrade, sino más bien facultar al juez para prohibir a una persona que continúe ejerciendo una actividad perjudicial para los derechos de terceros. Propiamente la Constitución en este caso no contiene una limitación general, abstracta a la libertad de trabajo, sino una facultad otorgada al juez para prohibir a un individuo que se dedique a una determinada labor cuando el ejercicio de ésta implique una vulneración a los derechos de otra persona cualquiera.

Una limitación más a la libertad de trabajo consiste en que el ejercicio de la misma, sólo podrá vedarse por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Por lo tanto, la autoridad administrativa en general, independientemente de su jerarquía e índole, no tiene facultad para restringir a un individuo el ejercicio de la libertad de trabajo sin sujetarse para ello a una disposición legal en el sentido material. Toda autoridad gubernativa entonces, para limitar la libertad de industria, comercio, etc., en perjuicio de una o más personas, debe apoyarse en una norma jurídica que autorice dicha limitación en los casos por ella previstos, en vista siempre de una posible vulneración a los derechos de la sociedad. Entonces la autoridad administrativa está impedida para decretar restricciones a la libertad de trabajo, lo cual significa, además de una contravención al artículo 5° constitucional, una violación al artículo 16 de la Ley Suprema a través de la garantía de fundamentación legal.

El fundamento legal que toda resolución gubernativa debe tener para limitar el ejercicio de dicha libertad, puede consistir en una disposición reglamentaria o en una Ley, esto es expedida por el Poder Legislativo, en otras palabras, el término “ley” que se emplea

⁵⁹ Este precepto de ilicitud deriva del artículo 1830 del Código Civil, que dice: “*Es ilícito el hecho que es contrario a las leyes de orden público o a las buenas costumbres*”.

en el artículo 5° citado, cuando una autoridad se apoya en reglamentos gubernativos para vedar la libertad de trabajo en determinados casos, “viola” el propio artículo ya señalado, si se toma la palabra “ley” que se emplea en su estricto sentido material e intrínseco, es decir, como disposición creadora, modificativa, extintiva o reguladora de situaciones jurídicas, abstractas e impersonales, independientemente de la autoridad de que provenga, con evidencia que un reglamento administrativo puede servir de fundamento a una resolución gubernativa para limitar o prohibir la libertad de trabajo en determinados casos.

En conclusión, los reglamentos administrativos, si bien material o intrínsecamente pueden reputarse como leyes, formalmente son considerados como actos emanados del Poder Ejecutivo, por lo que, no teniendo ésta facultad constitucional para reglamentar las garantías individuales, no puede, por ende, *mutuo proprio*, señalar los casos generales en que el ejercicio de la libertad de trabajo ataque los derechos de la sociedad y, en consecuencia, limitar o prohibir ésta en determinadas hipótesis.

Posicionándonos un poco más allá y hablando específicamente de la incompetencia de las autoridades administrativas y de la ineficacia de los reglamentos que éstas expidan para reglamentar las garantías individuales, es importante hacer notar que han sido declaradas por la *jurisprudencia* de la Suprema Corte de Justicia y en especial por lo que toca al artículo 5° constitucional, en los siguientes términos: *“La facultad para reglamentar el artículo 4 constitucional (actualmente 5) es exclusiva del Poder Legislativo de los Estados o de la Unión y la reglamentación que hagan las autoridades administrativas, es anticonstitucional”*. De lo anterior se concluye que un reglamento administrativo no debe “reglamentar” una garantía individual, en especial la relativa a la libertad de trabajo, que es a lo que equivaldría la determinación de los casos en que se vulneren los derechos de la sociedad y por consecuencia, la prohibición del ejercicio de dicha libertad en los mismos.

Otra limitación constitucional a la libertad de trabajo es la contenida en el texto, que dice: *“En cuanto a los servicios públicos sólo podrán ser obligatorios, en los términos que establezcan las leyes respectivas, el de las armas y el de los jurados, así como el desempeño de los cargos concejiles y los de elección popular, directa o indirecta. Las funciones electorales y censales tendrán carácter obligatorio y gratuito, pero serán retribuidas aquellas que se realicen profesionalmente en los términos de esta Constitución y las leyes correspondientes. Los servicios profesionales de índole social serán obligatorios y retribuidos en los términos de la ley y con las excepciones que ésta señale”*. Esta prevención constitucional implica una limitación a la libertad de trabajo porque constriñe al individuo a desempeñar *ciertos servicios aun en contra de su propia voluntad*.

La obligación en el desempeño de los servicios y funciones públicas que enumera el párrafo transcrito del artículo 5° constitucional se justifica plenamente; y es justamente que si se analiza cada uno de dichos servicios o funciones, se puede llegar a la conclusión de que su ejercicio tiene un gran interés nacional o al menos social. Dicho interés está colocado sobre las voluntades particulares, por lo que toda persona debe contribuir, en la medida de sus posibilidades y capacidades, a servirlo y protegerlo,

sobre todo en la defensa del país.

La obligatoriedad de los servicios públicos que indica dicha disposición constitucional es meramente declarativa. En consecuencia, como en tal prescripción se expresa, toca a la legislación secundaria federal o local, según el caso, determinar las condiciones, circunstancias y demás pormenores en que se deben desarrollar los servicios públicos obligatorios, tal y como lo señala con precisión Burgoa Orihuela.

La libertad de trabajo está constitucionalmente asegurada por la terminante declaración, contenida en el mismo artículo 5°, de que *“Nadie podrá ser obligado a prestar trabajos personales sin la justa retribución y sin su pleno consentimiento”*; de tal forma que sí el propio precepto impone la obligatoriedad, mas no la gratuidad en lo que respecta a los servicios públicos de las armas, de los jurados, de los cargos concejiles y de los de elección popular directa o indirecta, así como a los profesionales de carácter social; pero por lo que concierne a las funciones electorales y censales, éstas deben desempeñarse obligatoria y gratuitamente, es decir, sin o contra el consentimiento del gobernado y sin retribución alguna.

La limitación constitucional a que nos vamos a referir está concebida en el multicitado arábigo 5° constitucional que dice: *“La ley determinará en cada Estado cuáles son las profesiones que necesitan título para su ejercicio, las condiciones que deban llenarse para obtenerlo y las autoridades que han de expedirlo”*. La limitación que involucra esta prevención constitucional se traduce en la prohibición impuesta a aquellos individuos que no tengan el título correspondiente para ejercer las profesiones en que este requisito exija. Por ende, de acuerdo con esta limitación constitucional a la libertad de trabajo, toda aquella persona que desee dedicarse a alguna actividad para cuyo desempeño se requiera el título correspondiente, debe obtener éste de la autoridad u organismo designados por la ley como competentes para expedirlo.

De acuerdo con la disposición legal comentada y haciendo referencia nuevamente a la *jurisprudencia* de la Suprema Corte, es a las diferentes entidades federativas a las que corresponde, por las que corresponden por conducto del Poder Legislativo local, señalar legalmente las profesiones que requieren título para su ejercicio.

No obstante, a pesar de que los motivos y fines que inspiraron a la ley reglamentaria citada revelan, indudablemente existe una loable tendencia para reservar a la sociedad contra los usurpadores y suplantadores de diversas profesiones (quienes, sin poseer los conocimientos científicos y técnicos les sea otorgado un título por alguna institución docente oficialmente autorizada o reconocida, han contribuido a desprestigiar las actividades profesionales en sus diferentes ramas), varias disposiciones transitorias, así como ciertos decretos y acuerdos que con base en ellas se fueron expidiendo, hicieron nulatorios tan saludables propósitos, al menos durante los primeros años de vigencia del consabido ordenamiento.

Por último cabe destacar que otras limitaciones constitucionales a la libertad de trabajo las introduce el artículo 123 de nuestra Ley Suprema, como lo ha establecido la jurisprudencia de la Suprema Corte. Bien es cierto que este precepto constitucional

contiene una serie de garantías sociales que se manifiestan a modo de relaciones jurídicas existentes entre dos clases sociales y económicas distintas y que por tal causa no regula ninguna garantía individual; sin embargo, dicho artículo involucra varias limitaciones a la libertad de trabajo y entonces, tenemos una relación más de la cual abordar el debido análisis.

Así, una de esas limitaciones consiste en que un menor de dieciséis años no debe desempeñar ninguna labor insalubre o peligrosa, ejercitar un trabajo nocturno industrial o prestar sus servicios después de las diez de la noche en establecimientos comerciales. Por otra parte, la fracción III del propio precepto de la Ley Fundamental dispone que los niños menores de catorce años no deberán trabajar o ser sujetos de un contrato de trabajo.

Es en esta relación entre los artículos 5° y 123 Constitucionales donde percibimos claramente la aplicación concreta de la tesis del insigne Ignacio L. Vallarta relativa a la extensión normativo-constitucional de las garantías individuales, puesto que las disposiciones que acabamos de citar, involucradas en el segundo de los preceptos aludidos, y el cual no está incluido en el título de “Garantías Individuales”, reglamentan, limitándola o prohibiéndola, la libertad de trabajo consagrada como derecho subjetivo público en el primer artículo citado.

3.3.3 La Libre Expresión de las Ideas (artículo 6° constitucional).

“Artículo 6o.- La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado.

Para el ejercicio del derecho de acceso a la información, la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, se regirán por los siguientes principios y bases:

I. Toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo federal, estatal y municipal, es pública y sólo podrá ser reservada temporalmente por razones de interés público en los términos que fijen las leyes. En la interpretación de este derecho deberá prevalecer el principio de máxima publicidad.

II. La información que se refiere a la vida privada y los datos personales será protegida en los términos y con las excepciones que fijen las leyes.

III. Toda persona, sin necesidad de acreditar interés alguno o justificar su utilización, tendrá acceso gratuito a la información pública, a sus datos personales o a la rectificación de éstos.

IV. Se establecerán mecanismos de acceso a la información y procedimientos de revisión expeditos. Estos procedimientos se sustanciarán ante órganos u organismos especializados e imparciales, y con autonomía operativa, de gestión y de decisión.

V. Los sujetos obligados deberán preservar sus documentos en archivos administrativos actualizados y publicarán a través de los medios electrónicos disponibles, la información completa y actualizada sobre sus indicadores de gestión y el ejercicio de los recursos públicos.

VI. Las leyes determinarán la manera en que los sujetos obligados deberán hacer pública la información relativa a los recursos públicos que entreguen a personas físicas o morales.

VII. La inobservancia a las disposiciones en materia de acceso a la información pública será sancionada en los términos que dispongan las leyes”.

La libre manifestación de las ideas, pensamientos, etc., constituye especialmente a la fecha uno de los factores indispensables para el progreso cultural y social de nuestro país; es decir que impulsando la investigación científica que propicia el descubrimiento de nuevos principios, sustentándose teorías innovadoras, colmándose lagunas en sistemas ya existentes, criticándose vicios, defectos y aberraciones de los mismos, es como se puede llegar a lo que doctos y no en la materia, denominan como “construcción cultural”. Se entiende entonces que resultando como una derivación específica de la libertad en general la libre manifestación de las ideas, es que contribuye para el cabal desenvolvimiento de la personalidad humana, estimulando su perfeccionamiento y elevación culturales.

La libertad de expresión de pensamiento es la amenaza que más se teme; resulta más que evidente que dicha libertad es un factor imprescindible de la cultura y solo puede concebirse como un derecho público subjetivo dentro de los auténticos regímenes democráticos.

“Se ha dicho „que las ideas no se matan’ pero si se pueden matar a quienes tratan de hacerlas realidad”, en palabras de Ignacio Burgoa, quien agrega que nunca a ningún tirano le interesaron las ideas como tales. Preocupación o no a lo largo del tiempo de filósofos u hombres de ciencia, es una realidad.

Así, la libertad de pensamiento se encuentra totalmente ligada a la libertad de expresión en su sentido más amplio, es decir, utilizando todos los medios desde la oral y escrita, hasta las formas más técnicas y evolucionadas de comunicación y difusión (radio, televisión, cinematógrafo, prensa, etc.) y es esta libertad la que supone otras libertades o derechos tales como la libre discusión o la libre tolerancia sin la cual no es posible la libertad de pensamiento jurídicamente entendida.⁶⁰

⁶⁰ Revista de derecho y ciencias sociales. Año IV, núm. 11, noviembre de 1968, págs. 243 y 244.

Extensión jurídica de la libre expresión de las ideas.

La garantía individual consignada en el artículo 6° constitucional tutela la *manifestación de ideas*, existiendo dos formas de emitir o exteriorizar los pensamientos: de manera oral y de manera escrita.

Si relacionamos los artículos 6° y 7° de la Carta Magna, que se “unen” expresamente con la libertad de publicar y escribir, se puede llegar a la conclusión de que la garantía individual contenida en el permiso se contrae a la manifestación o emisión verbal u oral de las ideas (pensamientos, opiniones, etc.), la cual puede tener lugar concretamente en conversación, discursos, polémicas, conferencias y en general, en cualquier medio de exposición por conducto de la palabra. Desde luego, el sujeto activo de la relación jurídica en que se traduce dicha garantía tiene el *derecho público subjetivo* de que el Estado y sus autoridades respeten la expresión verbal de sus ideas, pensamientos, opiniones, etc., formulada mediante los diferentes actos indicados (discursos, discusiones, conversaciones, conferencias, etc.), sin coartarla o limitarla, salvo las limitaciones constitucionales específicas.

“Por consiguiente, la obligación estatal o autoritaria que deriva de dicha garantía individual, estriba en una abstención de parte del sujeto pasivo de la relación jurídica respectiva, o sea en un no hacer, traducido en la intromisión en la esfera del individuo cuyo contenido es la libre expresión eidética”, aseguran juristas. De conformidad con la disposición constitucional transcrita, nos encontramos en el entendido de que ningún juez o ninguna autoridad administrativa, de cualquier orden que sea, puede inquirir sobre la expresión de las ideas del gobernado y por ende, éste no puede ser sometido a ninguna investigación para fijarle una cierta y supuesta responsabilidad al formular tal manifestación y para imponerle la sanción correspondiente, salvo los casos constitucionales de excepción.

Limitaciones constitucionales a la libertad de expresión de ideas.

La manifestación del pensamiento tiene las siguientes limitaciones establecidas por la propia Ley Fundamental; de acuerdo con ellas, la Ley Suprema consigna a la garantía de libre emisión del pensamiento, ésta es objeto de inquisición judicial o administrativa en los siguientes casos:

1. cuando se ataque a la moral;
2. cuando ataque los derechos de tercero;
3. cuando provoque algún delito, y
4. cuando perturbe el orden público.

En efecto, ni la Constitución, ni la legislación secundaria, ni la jurisprudencia brindan un criterio seguro y fijo para establecer en qué casos la libre expresión de pensamiento ataca la moral, los derechos de tercero o perturba el orden público.

Breve reseña histórica de la libertad de expresión de ideas.

Vale completamente la pena hacer una breve revisión histórica al respecto de la libertad que ha tenido el ser humano de expresar sus ideas, sabiendo que desde tiempos remotos la humanidad ha tenido la imperiosa necesidad de expresar libremente sus ideas, situación que nunca tuvo consagración jurídica, sino hasta el advenimiento de la Revolución Francesa.

La manifestación de las ideas en las épocas históricas anteriores a la Revolución Francesa y salvo excepciones concernientes a algunos regímenes sociales, no se perfilaba como un derecho público, como una garantía para el Estado y sus autoridades, sino que se ostentaba como un simple fenómeno fáctico, cuya existencia y desenvolvimiento estaban al arbitrio del poder público.

En la antigüedad clásica, principalmente en Grecia y en Roma, la libre emisión del pensamiento cristalizó en escuelas, teorías y concepciones filosóficas, jurídicas y políticas que han servido de luminaria para sociedades posteriores, a pesar de que dicha libertad, sólo se haya registrado como un mero fenómeno fáctico sin obligatoriedad jurídica para el poder público.

No fue sino a partir del año de 1789 cuando la libre manifestación de las ideas adquiere un carácter jurídico público, incorporándose como garantía individual o derecho del hombre en la mayoría de las constituciones de los países democráticos. Considerando a la libre expresión de las ideas como un derecho inalienable e imprescriptible del ser humano, la famosa declaración francesa de 1789 establecía en sus artículos 10 y 11: *“Nadie debe ser molestado por sus opiniones, aun religiosas, con tal de que su manifestación no trastorne el orden público establecido por la ley”*.

En México, desde la *Constitución de Apatzingán*, se reconoció al gobernado, como garantía individual, el derecho de manifestar libremente sus ideas con ligeras limitaciones provenientes de “ataques al dogma” (es decir a la religión católica), “turbaciones a la tranquilidad u ofensas al honor de los ciudadanos” (art. 40). La Constitución Federal de 1824, si bien no se refería directamente a la manifestación verbal de las ideas, consignó como garantía para la libertad de imprenta o expresión escrita de las mismas, la obligación impuesta al Poder Legislativo consistente en “proteger y arreglar la libertad política de imprenta, de modo que jamás se pueda suspender su ejercicio, y mucho menos abolirse en ninguno de los Estados ni territorios de la Federación”.

3.3.4 La libertad de imprenta (artículo 7° constitucional)

“Artículo 7o.- Es inviolable la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquiera materia. Ninguna ley ni autoridad puede establecer la previa censura, ni exigir fianza a los autores o impresores, ni coartar la libertad de imprenta, que no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública. En ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento del delito.

Las leyes orgánicas dictarán cuantas disposiciones sean necesarias para evitar que so pretexto de las denuncias por delitos de prensa, sean encarcelados los expendedores, "papeleros", operarios y demás empleados del establecimiento donde haya salido el escrito denunciado, a menos que se demuestre previamente la responsabilidad de aquéllos".

Esta libertad en especial representa uno de los derechos más preciados del hombre, como ha quedado demostrado a través de los tiempos; es por medio de su ejercicio que no sólo se divulga y propaga la cultura, sino que se abren nuevos horizontes a la actividad intelectual, donde se pretenden corregir errores y defectos de gobierno dentro de un régimen jurídico. Es importante destacar que la libertad de imprenta es una conquista netamente democrática; su desempeño tiende a formar una opinión pública en lo tocante a la forma de realización de las actividades gubernativas y en cualquier otro aspecto de la vida social; la libertad de imprenta no sólo representa un medio de depurar la administración pública para sanearla de sus propósitos y desaciertos mediante una crítica sana, sino que es un estímulo para los gobernantes honestos y competentes que deben ver en ella el conducto para llegar al punto máximo de su gestión.

Bajo esta garantía individual, tal como está concebida en la Constitución, se comprenden a la vez dos libertades específicas: la de escribir y la de publicar escritos. En efecto, lo que la Constitución pretende garantizar mediante la consagración de derechos públicos individuales relativos a la libertad, es precisamente su ejercicio social, objetivo y trascendente; así tratándose de la libertad de pensamiento, se instituyó ésta como expresión, manifestación, exteriorización o emisión de ideas, por lo tanto y en lo que concierne a la libertad de imprenta, nuestra Carta Magna establece la garantía individual respectiva que atañe a la emisión, expresión o exteriorización del pensamiento, por medios escritos.

En la mente del constituyente no estuvo la intención de tutelar jurídicamente el simple hecho de escribir, sino "el deseo de proteger la manifestación pública de lo que se escribe, que no es otra cosa que su publicación o emisión". Por lo anterior, es posible que hubiera sido suficiente que el artículo 7° constitucional haya hecho referencia únicamente a la libertad de publicar o de publicación, ya que ésta presupone la de escribir, la cual sin la primera, es ajena al campo social, quedando sustraída al orden jurídico, como lo está la mera concepción de una idea que no se exterioriza de ninguna forma.

Extensión jurídica de la libertad de imprenta o de la publicación.

Esta garantía tutela la manifestación del pensamiento, de las ideas, de las opiniones, de los juicios etc., por medios escritos, a diferencia del artículo 6° constitucional, que preserva la emisión verbal, traducida en discursos, conferencias, convenciones, radiotransmisiones, así como cualquier expresión eidética, literaria o artística. Como declaración general inserta en el artículo 7° de la Constitución, se contiene la prevención de que todos los individuos que habiten el territorio nacional, independientemente de su condición particular, pueden describir y publicar escritos

sobre cualquier materia, tal y como lo comenta Burgoa.

Limitaciones constitucionales a la libertad de imprenta.

Encontramos en una primera instancia que la libertad de imprenta se podrá coartar o impedir cuando su ejercicio implique un ataque o falta de respeto a la vida privada; dicho criterio que sirve de base para consignar esta restricción resulta a todas luces demasiado vago e impreciso, opinión que también abrigaron los constituyentes de 1857. En efecto, la “vida privada” de una persona puede tener tantos matices, puede extenderse a una tan variada gama de actos, que propiamente cualquier escrito que criticase una de esas múltiples modalidades estaría vedado por el artículo 7° constitucional.

Otro de los casos en que la libertad de imprenta puede coartarse, es el tocante a la circunstancia de que el ejercicio de este derecho importe un ataque a la moral. Este criterio de limitación a la libertad de escribir y publicar escritos adolece de la misma vaguedad e imprecisión que las que afectan al anteriormente tratado. La moral, por esencia misma, es tan relativa, tan variable, que impropiamente puede constituir una pauta para restringir un derecho subjetivo individual.

La Suprema Corte a la fecha, no se ha preocupado por delimitar el alcance de muchos conceptos que como los citados, son de vital importancia para la subsistencia misma de derechos e instituciones. En varias ocasiones, al pretender establecer qué se entiende por la moralidad pública, nuestro máximo tribunal se ha mostrado francamente tautológico y por ende, incapaz de elucidar dicho concepto; ha afirmado que se ataca a la moralidad pública “cuando existe un choque de un hecho con el sentimiento moral público” o “con el estado moral público” o “con el estado moral contemporáneo de la sociedad.”⁶¹

Se encuentra en tercer lugar otra limitación general a la libertad de imprenta y como prohibición de su ejercicio en los casos concretos comprendidos en aquélla, tenemos el supuesto de que mediante el desempeño de su derecho se altere la paz pública. Este criterio limitativo o prohibitivo, a diferencia de los otros dos, no es tan vago ni impreciso; antes bien, es aplicable con relativa facilidad en el terreno de los hechos, precisamente porque se basa en un fenómeno notorio: la paz pública; tomada ésta como sinónimo de tranquilidad, de inalteración del orden público en determinadas circunstancias y bajo sus múltiples y variados aspectos.

Al hablar de un cuarto aspecto de limitación constitucional a la libertad de imprenta y que ha sido reiterada por la jurisprudencia de la Suprema Corte, es la contenida en el párrafo XIII del artículo 130 de la Ley Fundamental, el cual prescribe: *“Las publicaciones periódicas de carácter confesional, ya sean por su programa, por su título o simplemente por sus tendencias ordinarias, no podrán comentar asuntos políticos nacionales ni informar sobre actos de las autoridades del país, o de particulares, que se relacionen directamente con el funcionamiento de las instituciones públicas”*. A

⁶¹ Tomo XXXIX, pág. 867. Quinta Época del Semanario Judicial de la Federación.

diferencia de otras limitaciones o prohibiciones a la libertad de imprenta que ya se contenían en la Constitución del 57, ésta no se estableció sino en la Constitución vigente, a modo de “prevención general”, debiendo haber sido más correcto y lógico incorporarla al texto mismo del artículo 7° constitucional, por concernir directamente la garantía individual que éste involucra.

En materia educativa existe la posibilidad, autorizada por el mismo artículo 3° constitucional, para que a través de leyes o reglamentos se limite la libertad de imprenta, sin que las limitaciones legales o reglamentarias respectivas deban reputarse contrarias al citado derecho público subjetivo. Conforme al mencionado precepto de nuestra Ley Fundamental, la educación que imparta el Estado en sus distintas personalidades jurídico-políticas –federación, entidades federativas o municipios–, así como la que se suministre en planteles particulares autorizados oficialmente, está sujeta a determinadas exigencias teleológicas que denotan un cierto contenido ideológico, tendientes a formar en el educando una conciencia cívica y social en torno a la democracia, a la comprensión de la nacionalidad mexicana y a la atención y solución de sus principios y problemas y a la igualdad y fraternidad que deban existir entre todos los hombres, independientemente de sus condiciones étnicas o de su situación económica.

A lo anterior habría sólo que agregar las condiciones actuales y de desacuerdo en que se encuentran al día de hoy instituciones federales con gobiernos locales a éste respecto, ya que a raíz de dicha limitación y en los albores de la construcción de un nuevo panorama educativo, es que se debaten los contenidos temáticos en distintas regiones de nuestro país.

Seguridades jurídico-constitucionales de la libertad de imprenta.

Es posible que la primera de ellas consista en que en ningún caso podrá secuestrarse la imprenta como instrumento de delito (art. 7). El hecho delictuoso a que se refiere esta prohibición está constituido por aquellos ataques que por medio de impresos en general, se dirigen en contra de la vida privada, de la moral o de la paz pública. Tales hechos implican lo que se llama delitos de imprenta, que tipifica la ley relativa expedida por Don Venustiano Carranza.

Otra garantía que en materia penal tiene la libertad de imprenta por lo que respecta a los delitos que su ejercicio pueda motivar en los supuestos ya especificados, es la consistente en que en ningún caso se podrán encarcelar, so pretexto de delitos de prensa, a los “*expendedores, papeleros, operarios y demás empleados del establecimiento donde haya salido el escrito denunciado, a menos que se demuestre previamente la responsabilidad de aquellos*”.

3.3.5 Derecho de petición (artículo 8° constitucional)

“Artículo 8o.- Los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho de petición, siempre que ésta se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los

ciudadanos de la República.

A toda petición deberá recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve término al peticionario”.

Otra garantía específica de la libertad es la que se conoce con el nombre de derecho de petición; la existencia de este derecho como garantía individual es la consecuencia de una exigencia jurídica y social en un régimen de legalidad como el nuestro.

En efecto, sociológica e históricamente el derecho de petición se revela como la exclusión o negación de la llamada *vindicta privada*, en cuyo régimen a cada cual le era dable hacerse justicia por su propia mano. Cuando se estime que la tolerancia al hecho de que cualquiera persona, al sentirse vulnerada en sus derechos, pudiera ella misma, sin la intervención de autoridad alguna, reclamar esa vulneración exigiendo por su cuenta el respeto a su esfera jurídica y el cumplimiento de los compromisos u obligaciones contraídos a su favor, significaba un principio de caos y desorden en la vida social, el poder público se investió con la facultad de ser el garante del orden jurídico, manifestada en actos de autoridad lo que, con el auxilio de la fuerza material en casos necesarios, harían efectivo el Derecho.

El régimen histórico de venganza privada fue dejando paso al régimen de autoridad en solución de los conflictos y contiendas surgidos entre los miembros de la sociedad humana; es decir, era precisamente el individuo que veía menoscabados sus derechos por cualquier causa el que ya no ejercía directamente represalias contra aquél o aquéllos a quienes consideraba como autores de tal menoscabo o afrenta, sino que acudía a las autoridades competentes para que por conducto de ellas se resolviera el conflicto suscitado.

Se sabe que fue así como el individuo tuvo potestad de ocurrir a la autoridad para que ésta, en ejercicio del poder soberano social, obligara al incumplidor o al delincuente a realizar, en beneficio del acusante, las prestaciones omitidas o violadas o a reparar el daño producido y purgar una pena, respectivamente.

La potestad jurídica de petición, cuyo titular es el gobernado en general, es decir, toda persona moral o física que tenga este carácter, se deriva como derecho subjetivo público individual de la garantía respectiva consagrada en el artículo 8 de la Ley Fundamental.

3.3.6 Libertad de reunión y asociación (artículo 9° constitucional)

“Artículo 9o.- No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito; pero solamente los ciudadanos de la República podrán hacerlo para tomar parte en los asuntos políticos del país. Ninguna reunión armada tiene derecho de deliberar.

No se considerará ilegal, y no podrá ser disuelta una asamblea o reunión que

tenga por objeto hacer una petición o presentar una protesta por algún acto a una autoridad, si no se profieren injurias contra ésta, ni se hiciere uso de violencias o amenazas para intimidarla u obligarla a resolver en el sentido que se desee”.

Extensión de esta libertad específica.

La garantía individual mencionada se refiere a dos especies de libertades: la de *reunión* y de la *asociación*. Por esta razón precisamente es que hay que delimitar a ambas, fijando sus características y diferencias.

Por derecho de asociación se entiende toda potestad que tienen los individuos de unirse para constituir una entidad o persona moral, con la substantividad propia y distinta de los asociantes y que tiende a la consecución de determinados objetivos, cuya realización es constante permanentemente. Así pues, se entiende entonces que la libertad de asociación, al ejercitarse, engendra las siguientes consecuencias:

- a) Creación de una entidad con personalidad y substantividad jurídicas propias y distintas de las que corresponden a cada uno de sus miembros individuales.
- b) Persecución de fines u objetivos permanentes y constantes.

Por el contrario, el *derecho de reunión* se revela bajo una forma diversa; cuando varias personas se reúnen, este acto no importa la producción de una entidad moral en los términos apuntados pues simplemente se trata de una pluralidad de sujetos desde un mero punto de vista aritmético la cual, por lo demás, tiene lugar a la virtud de la realización de un fin concreto y determinado, verificado el cual, aquélla deja de existir.

Las consecuencias que se derivan del ejercicio del derecho de reunión son diferentes de las que produce el desempeño de la libertad de asociación; esto es que la libertad de reunión, al actualizarse, no crea una entidad propia con substantividad y personalidad diversa e independiente de la de cada uno de sus componentes; además, una reunión, contrariamente a lo que sucede con una asociación, es transitoria.

Dichas libertades específicas no están consignadas en términos absolutos a título de derechos públicos individuales, es decir, que para que la facultad de asociación y reunión sean tales, su ejercicio se debe llevar a cabo pacíficamente, esto es, exento de violencia. Por ende, una reunión o una asociación que no se forme pacíficamente o que los objetivos que persigan extrínsecamente un carácter de violencia o delictuoso, no estarán protegidas por el artículo 9 constitucional.

De la relación jurídica que implica la garantía específica de la libertad comentada en el citado Artículo se deriva para el sujeto activo de la misma un *derecho subjetivo público individual*, consistente en la potestad o facultad que tiene el individuo de reunirse con sus semejantes con cualquier objeto lícito y de manera pacífica (libertad de reunión), así como de constituir con ellos toda clase de asociaciones (*lato sensu*) que persigan un fin lícito y cuya realización no implique violencia de ninguna especie.

La obligación que tiene a su cargo todas las autoridades del país, en el sentido de no coartar el derecho de asociaciones y de reunión pacífica, así como de no disolver ninguna asamblea o reunión conforme a lo dispuesto por el segundo párrafo del multicitado artículo 9 constitucional, emana directamente de este precepto. En consecuencia, el ejercicio del derecho público subjetivo correspondiente, no debe estar condicionado a ningún requisito cuya satisfacción queda al arbitrio o criterio de la autoridad.

Al respecto nuestro máximo tribunal sostiene que *“Los artículos 6, 7, 9 y 30 constitucionales consagran con el rango de garantías individuales la libre manifestación de ideas, la libertad de escribir y publicar escritos sobre cualquier materia, el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito y el inalienable derecho que tiene el pueblo de alterar o modificar la forma de su gobierno, estas garantías no pueden ni deben entenderse sino dentro del marco de la legalidad, o sea que pueden organizarse grupos políticos de las más diversas ideologías siempre y cuando su actuación la realicen dentro de las normas fijadas por el sistema jurídico que nos rige, sin emplear la violencia ni atentar contra el orden establecido, porque en el momento en que los integrantes de un grupo político organizado al amparo de las garantías que establece la Constitución Política Mexicana actúa en contravención a los principios de la misma, se hacen acreedores a las sanciones que correspondan a la ilicitud de su conducta, ya que aún cuando en estricta lógica debe admitirse que cualquier grupo o partido político tiende a llegar al fondo para implantar un gobierno acorde a su ideología, su actuación tendiente a esa finalidad tendrá que encuadrarla forzosa y necesariamente dentro de los cánones que señalan las leyes”*.⁶²

Limitaciones constitucionales a la libertad de asociación.

Encontramos que la primera limitación que establece la Ley Fundamental a la mencionada libertad consiste en que *“solamente los ciudadanos de la república podrán ejercerla para tomar parte en los asuntos políticos del país”*. Esta limitación se justifica plenamente, ya que en efecto, las reuniones o asociaciones políticas tienden a integrar el gobierno nacional con personas, que sean miembros de ellas, que sustenten determinada ideología y propugnen la realización de un cierto programa. Sin embargo y tomando en cuenta los postulados de diversos juristas mexicanos y extranjeros y en vista de que el porvenir de la patria depende en gran parte de la conducta pública de dichas personas, resulta pues evidente que éstas deben ser electas y sostenidas por mexicanos, pues de otra forma, surgiría el peligro de poner la formación del gobierno en manos extranjeras con menoscabo de la soberanía nacional y con posible pérdida de la independencia, situación por demás extrema y para muchos remota.

Otra limitación al ejercicio de la libertad de reunión es la que estriba en que cuando ésta es armada no tiene derecho a deliberar. El propósito del legislador en este caso estimamos que consistió en evitar violencias peligrosas que pudieran suscitarse entre varias personas armadas reunidas, con motivo de discusiones. Además, esta restricción viene a corroborar el requisito o condición de “no violencia” que existe en el artículo 9

⁶² Apéndice 1975, Primera Sala. *Tesis III*. (Tesis 92 del apéndice 1985).

constitucional para conceptuar a toda reunión o asociación dentro del objeto tutelar de la garantía individual que consagra, impidiendo que este derecho pueda ejercitarse en forma “no pacífica” mediante el empleo de las armas.

Hablando de otra limitación constitucional a la libertad de asociación o de reunión la encontramos en el artículo 130, párrafo noveno, que dice: *“Los ministros de los cultos nunca podrán, en reunión pública o privada constituida en junta, ni en actos del culto o de propaganda religiosa, hacer crítica de las leyes fundamentales del país, de las autoridades en particular o, en general, del gobierno; no tendrán voto activo ni pasivo, ni derecho para asociarse con fines políticos”*. Las prohibiciones que se establecen por la mencionada disposición constitucional tienen como inspiración la amarga experiencia histórica de México, donde el clero para mantener sus privilegios anti-igualitarios y abusando de la influencia moral que ejercía sobre las masas populares, organizaba y financiaba levantamientos, patrocinando solapadamente a generales para atacar militarmente a leyes e instituciones progresistas y humanitarias.

Por último, un par de limitaciones a la libertad de asociación y de reunión descubrimos en el párrafo XIV del artículo 130 constitucional. La primera de ellas se refiere al derecho de asociación, en el sentido de prohibirse *“la formación de toda clase de agrupaciones políticas, cuyo título tenga alguna palabra o indicación que la relacione con alguna confesión religiosa”*; la segunda, es la que contrae el párrafo XVI del artículo 130 constitucional y se refiere, ya no a la libertad de asociación, sino a la de reunión, en el sentido de que en los templos no podrán celebrarse reuniones o juntas de carácter político, estando la autoridad facultada para disolverlas, en caso de que se efectúen.

3.3.7 Libertad de posesión y portación de armas (artículo 10 constitucional).

“Artículo 10. Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la Ley Federal y de las reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional. La ley federal determinará los casos, condiciones, requisitos y lugares en que se podrá autorizar a los habitantes la portación de armas”.

El precepto original.

Este precepto disponía: *“Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen libertad de poseer armas de cualquier clase, para su seguridad y legítima defensa, hecha excepción de las expresamente prohibidas por la ley y de las que la nación reserve para el uso exclusivo del Ejército, de las Armas y Guardia Nacional, pero no podrán portarlas en las poblaciones sin sujetarse a los reglamentos de policía”*.⁶³

⁶³ El correspondiente Artículo de la Constitución de 1857, decía: *“Todo hombre tiene derecho de poseer y portar armas para su seguridad y legítima defensa. La ley señalará cuáles son las prohibiciones y la pena en que incurrirán los que las portaren”*.

El precepto vigente.

En noviembre de 1957 se presentó una iniciativa presidencial ante el Congreso de la Unión para modificar el artículo 10 constitucional en el sentido de federalizar el otorgamiento de autorizaciones para portar armas, pretendiéndose que la legislación federal determinara los casos, condiciones, requisitos y lugares en que la portación pudiera ejercerse por los particulares. La exposición de motivos en que se apoya dicha iniciativa expresa lo siguiente:

“Las condiciones que prevalecían en el país durante el siglo pasado y principios del actual, poco propicias para que las autoridades defendieran eficazmente a los habitantes en contra del ataque violento a la vida o derechos, determinó la necesidad de instruir como garantía individual la de poseer y portar armas para la seguridad y legítima defensa que quedó consagrada en el artículo 10 de las Constituciones Políticas de 1857 y 1917, respectivamente.

La posesión de armas en el domicilio de todo gobernado debe tener por objeto, según se dijo, la seguridad y la legítima defensa de éste. Interpretando por exclusión la disposición constitucional mencionada, se llega a la conclusión de que la posesión de cualquier arma no prohibida que no propenda al mencionado objeto, no es materia del derecho público subjetivo correspondiente. La hipótesis respectiva se plantearía en el caso de que una persona tuviese en su domicilio armas que por su propia naturaleza no fuesen útiles para la seguridad y legítima defensa de su poseedor, sino que tuviesen un mero valor histórico”.

CAPÍTULO IV. LA LIBERTAD CON RESERVAS DE LEY.

3.1 Existencia jurídica y validez

El Código Federal de Procedimientos Penales, en su Título Segundo, Averiguación Previa del Capítulo III Consignación ante Los Tribunales, estipula en el párrafo quinto del artículo 134:

*“El juez que reciba la consignación con detenido procederá de inmediato a determinar si la detención fue apegada a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o no; en el primer caso ratificará la detención y en el segundo decretará la **libertad con las reservas de ley**”.*

Sin embargo, en el párrafo segundo del mismo artículo, se señala previamente que:

“No obstante lo dispuesto por la Fracción II del artículo 15 del Código Penal Federal, el Ministerio Público podrá ejercitar la acción penal en los términos del párrafo precedente

(En cuanto aparezca de la averiguación previa que se han acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en los términos del artículo 168, el Ministerio Público ejercerá la acción penal ante los tribunales y expresará, sin necesidad de acreditarlo plenamente, la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera, así como las demás circunstancias que la ley prevea) y, en su caso, las excluyentes del delito que se actualicen por la falta de los elementos subjetivos del tipo, serán analizados por el juzgador después de que se haya dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso según corresponda, sin perjuicio del derecho del inculpado de acreditar ante el propio Ministerio Público la inexistencia de los mencionados elementos subjetivos del tipo”.

Es decir, que tal y como lo marca el Código Penal Federal en su Capítulo IV de las Causas de Exclusión del Delito, artículo 15, fracción II:

“El delito se excluye cuando:

II.- Se demuestre la inexistencia de alguno de los elementos que integran la descripción típica del delito de que se trate”.

Partiendo de esta base que nos plantean ambos artículos de los códigos Federal de Procedimientos Penales y Penal Federal, respectivamente, es que damos pie al verdadero análisis de la existencia jurídica y validez de la figura “LIBERTAD CON RESERVAS DE LEY”.

En la opinión de destacados juristas nacionales y extranjeros, la *Libertad con Reservas de Ley*, es una figura que del todo no es clara a la fecha, de tal suerte, que ha sido considerada por muchos como INEXISTENTE, por lo que se crea un vacío jurídico ante la aplicación de la misma por parte del Juez y el planteamiento que el mismo legislador hace de ella.

Planteado lo anterior, entonces bien valdría la pena preguntarse: ¿Qué es la *Libertad con Reservas de Ley*? ¿Cuál es la base jurídico-doctrinaria que sustenta la existencia

de la misma, en razón de comprobarse una detención no apegada a derecho? ¿El criterio del Juez es el único que resulta válido, haciendo a un lado el del propio Ministerio Público, que ha sido quien se ha ocupado de la investigación y puesta a disposición del inculpado? ¿Cuál es la razón por la que continuamente el Ministerio Público hace uso también de dicha figura (“derivada de la libertad” en su sentido estricto) sin encontrarse contemplada como una de sus facultades el decretarla u otorgarla?

Los cuestionamientos en torno a dicho planteamiento se ven aún más remarcados, ya que ante el sentido común de cualquier jurista, resulta complejo entender el criterio del legislador cuando plantea el hecho de que es el Juez quien puede decretar dicha libertad, en virtud de reconocer que se encuentra ante una detención realizada lejos de lo planteado por la Carta Magna, siendo que el Ministerio Público se aseguró (lo anterior en apego al código adjetivo) antes de enviar la consignación al juzgador, de haber cumplido con todos los requisitos formales y legales de integración de la misma, o por lo menos, así se presume. Entonces, ¿existe algún tipo de contradicción legal no resuelta a la fecha que contraponen lo hecho por el Ministerio Público de lo determinado por el Juez?

Con lo anterior, es ya necesario saber lo que prescribe el artículo 16 constitucional; en su párrafo sexto, que indica: *“Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y **ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia**, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder”*.

Mientras que en su párrafo octavo dice: *“En casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la **libertad con las reservas de ley**”*.

De lo anterior, sólo se deduce que el Juez al recibir dicha consignación con detenido deberá proceder a determinar si la detención fue apegada a la Constitución y de no ser así, se señala que *“decretará la libertad con las reservas de ley”*, omitiendo lo que el mismo artículo subraya dos párrafos anteriores, al enmarcar el hecho de que pueda existir un riesgo de que el indiciado “pueda sustraerse a la acción de la justicia”, de tal suerte que ambos conceptos parecen contraponerse en una misma concepción, pues si bien es cierto que no se detalla lo que se entiende por *libertad con reservas de ley*, tampoco se aclara entonces dentro del citado artículo constitucional, qué es lo que motiva específicamente al Juez a hacer uso de esta figura jurídica, existiendo el riesgo latente de evitar así la acción de la justicia, pues el hecho es de que en virtud de la autoridad que la legislación le confiere al Ministerio Público, éste pone a disposición del juzgador a un sujeto probable responsable de un delito, más no así, a alguien del que se deduce completa inocencia.

De aquí entonces que se derive el tan discutido hecho de que el funcionario que imparta justicia, no puede ser “juez y parte” y más aún, si lo anterior se encuentra

consagrado de alguna manera en nuestra Carta Magna por lo que respecta al artículo 14, párrafo segundo, que a la letra dice:

“En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”.

Con mayor claridad entonces, se comprende lo planteado en párrafos anteriores al respecto de determinar con certeza qué es lo que se entiende por *Libertad con Reservas de Ley*, siendo que ésta sólo se encuentra contemplada y enmarcada en aplicación tan sólo por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y por el Código Federal de Procedimientos Penales, sin encontrarse en algún otro código o ley especial. Con lo anterior, no se intenta de ninguna manera demeritar lo que de nuestra constitución emana, siendo esta la Ley Suprema de nuestro país; más bien, lo que se pretende es destacar el hecho de que aún de ella, no surge una definición clara y específica al respecto de lo que se puede entender o llegar a interpretar del concepto de la *Libertad con Reservas de Ley*, siendo que probablemente y en espera del cumplimiento de las expectativas que la Carta Magna supone, es que se debería abordar mucho más a éste respecto. De ahí que la conclusión a priori pareciera inclinarse al hecho de que de dicha figura jurídica sólo existen meras interpretaciones por parte de las autoridades judiciales y que más que decir del propio legislador, las que se han ido reforzando con el desempeño del trabajo diario y hasta con la costumbre, siendo que el Derecho Penal en nuestro país, por lo que toca a la libertad, dista mucho de ser consuetudinario.

Ahora bien, la presunción que hace el arábigo¹⁶ Constitucional ha quedado por lo tanto, al descubierto por denominarlo de alguna manera, pues si bien es cierto que este trabajo de tesis tiene como tema central la denominada *“Libertad con Reservas de Ley”*, también lo es el hecho de que el concepto de LIBERTAD sí se encuentra contenido en nuestras leyes, más no así *“con las Reservas de Ley”*, entendiéndose por esto, como una figura alterna a la libertad llana y simple que es, pero a la vez deja de serlo, como si se tratase de un rompecabezas jurídico en el que hay una pieza de más que no embona en el proceder jurídico establecido, siendo que a lo largo de la historia de la humanidad, el término “libertad” nunca se ha dejado a la zaga de medianas interpretaciones o simples ideas vanguardistas; por la libertad, las guerras; por la libertad, los grandes pensadores; por la libertad, la defensa de la humanidad; etc.

Así entonces, pareciera que además de quedar completamente limitadas las funciones del Ministerio Público al igual que las del juzgador, también y muy de paso, se establece un control de legalidad por el Juez, quien deberá calificar si la acción del Ministerio Público se apegó a la autorización constitucional, decretando la libertad del detenido en caso de que así no sea, circunstancia cien por ciento cuestionable.

Es tiempo entonces, de fundamentar conforme a lo dispuesto por nuestras leyes, las funciones de cada uno de los actuantes, es decir, del Ministerio Público y del propio Juez, siendo que por su parte, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República señala en su artículo 4° que:

“Corresponde al Ministerio Público de la Federación:

I. Investigar y perseguir los delitos del orden federal. El ejercicio de esta atribución comprende:

A) En la averiguación previa:

a)...

m) Solicitar al órgano jurisdiccional la prisión preventiva de los indiciados en términos de las disposiciones legales aplicables...

r) Determinar el ejercicio de la acción penal o la reserva de la averiguación previa, conforme a las disposiciones aplicables;

s) Determinar el no ejercicio de la acción penal, cuando:

1. Los hechos de que conozca no sean constitutivos de delito;

2. Una vez agotadas todas las diligencias y los medios de prueba correspondientes, no se acredite el cuerpo del delito o la probable responsabilidad del indiciado;

3. La acción penal se hubiese extinguido en los términos de las normas aplicables;

4. De las diligencias practicadas se desprenda plenamente la existencia de una causa de exclusión del delito, en los términos que establecen las normas aplicables;

5. Resulte imposible la prueba de la existencia de los hechos constitutivos de delito por obstáculo material insuperable, y

6. En los demás casos que determinen las normas aplicables;

B) Ante los órganos jurisdiccionales:

a) Ejercer la acción penal cuando exista denuncia o querrela, esté acreditado el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad de quien o quienes en él hubieren intervenido, solicitando las órdenes de aprehensión o de comparecencia...

c) Poner a disposición de la autoridad judicial a las personas detenidas dentro de los plazos establecidos por la ley...

f) Impugnar, en los términos previstos por la ley, las resoluciones judiciales;

C) En materia de atención y seguridad a la víctima o el ofendido por algún delito:

a) Proporcionar asesoría jurídica a la víctima u ofendido e informarle de los derechos que en su favor establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y, cuando lo solicite, sobre el desarrollo del procedimiento penal...

II. Vigilar la observancia de la constitucionalidad y legalidad en el ámbito de su competencia, sin perjuicio de las atribuciones que legalmente correspondan a otras autoridades jurisdiccionales o administrativas. En ejercicio de esta atribución el Ministerio Público de la Federación deberá...

V. Promover la pronta, expedita y debida procuración e impartición de justicia”.

Si se analizan las fracciones sustraídas del artículo completo de la Ley Orgánica en cita, es que se observa el remarcamiento dentro de las funciones del Ministerio Público, el

apego a la legalidad y el respeto que debe de guardar en todo momento, para con las garantías individuales del inculpado, siendo que se le establece que en su función de investigar y perseguir delitos del orden federal, un apego a lo dispuesto por nuestra Carta Magna en todo momento.

Sin embargo, y ya siendo momento de adentrarnos de igual forma en el diario actuar de dicha autoridad, es que se observa en repetidas circunstancias, que es el propio Ministerio Público quien también otorga la multicitada “*Libertad con Reservas de Ley*”, al encontrarse ante la certeza jurídica (tal y como lo indica la Ley), de que no se reúnen ni demuestran fehacientemente los elementos del cuerpo del delito o por la falta de alguno de ellos o en su defecto, al hallarse ante contradicciones que dificulten el esclarecimiento de la responsabilidad del inculpado ante los hechos cometidos, tal y como lo señala en su Título Quinto “*Disposiciones comunes a la Averiguación Previa*”, Capítulo I, de la Comprobación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del inculpado, el artículo 168 del Código Federal de Procedimientos Penales:

“El Ministerio Público acreditará el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad del indiciado, como base del ejercicio de la acción penal; y la autoridad judicial, a su vez, examinará si ambos requisitos están acreditados en autos.

Por cuerpo del delito se entiende el conjunto de los elementos objetivos o externos que constituyen la materialidad del hecho que la ley señale como delito, así como los normativos, en el caso de que la descripción típica lo requiera.

La probable responsabilidad del indiciado se tendrá por acreditada cuando, de los medios probatorios existentes, se deduzca su participación en el delito, la comisión dolosa o culposa del mismo y no exista acreditada a favor del indiciado alguna causa de licitud o alguna excluyente de culpabilidad.

El cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad se acreditarán por cualquier medio probatorio que señale la ley”.

Sin embargo, sigue siendo el propio Código Federal de Procedimientos Penales, el que señala muchas de las facultades del Ministerio Público, pero jamás como una de ellas, la de decretar la *Libertad con Reservas de Ley* y así lo refuerza tanto el artículo 2° perteneciente al Título Preliminar que señala:

“Compete al Ministerio Público Federal llevar a cabo la averiguación previa y ejercer, en su caso, la acción penal ante los tribunales.

En la averiguación previa corresponderá al Ministerio Público:

- I.- Recibir las denuncias o querellas que le presenten en forma oral o por escrito sobre hechos que puedan constituir delito;*
- II. Practicar y ordenar la realización de todos los actos conducentes a la acreditación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado, así como a la reparación del daño;*

- III.- Solicitar a la autoridad jurisdiccional las medidas precautorias de arraigo, aseguramiento o embargo que resulten indispensables para la averiguación previa, así como las órdenes de cateo que procedan;
- IV. Acordar la detención o retención de los indiciados cuando así proceda. Realizada la detención se procederá a su registro inmediato. En el caso del acuerdo de retención se procederá a actualizar su registro;
- V. Solicitar el apoyo de la policía para brindar protección a víctimas, ofendidos, testigos, jueces, magistrados, agentes del Ministerio Público y de la policía, y en general, de todos los sujetos que intervengan en el procedimiento, en los casos en que exista un riesgo objetivo para su vida o integridad corporal;
- VI.- Asegurar o restituir al ofendido en sus derechos en los términos del artículo 38;
- VII.- Determinar la reserva o el ejercicio de la acción penal;
- VIII.- Acordar y notificar personalmente al ofendido o víctima el no ejercicio de la acción penal y, en su caso, resolver sobre la inconformidad que aquéllos formulen;
- IX.- Conceder o revocar, cuando proceda, la libertad provisional del indiciado;
- X.- En caso procedente promover la conciliación de las partes; y
- XI.- Las demás que señalen las leyes”;

Así también, el artículo 135, dice:

“Al recibir el Ministerio Público Federal diligencias de averiguación previa, si hubiere detenidos y la detención fuere justificada, hará inmediatamente la consignación a los tribunales, si se cumple lo previsto en el párrafo primero del artículo 134; si tales requisitos no se satisfacen, podrá retenerlos ajustándose a lo previsto en los artículos 193, 194 y 194 bis. Si la detención fuere injustificada, ordenará que los detenidos queden en libertad.

El Ministerio Público dispondrá la libertad del inculpado, en los supuestos y cumpliendo con los requisitos establecidos por el artículo 399 para los jueces (En el Título Décimo Primero denominado Incidentes, de la Sección Primera de los Incidentes de Libertad, correspondiente al Capítulo I, de la Libertad Provisional Bajo Caución, en su artículo 399 que dice: Todo inculpado tendrá derecho durante la averiguación previa o el proceso a ser puesto en libertad provisional, inmediatamente que lo solicite, si se reúnen los siguientes requisitos:

I.- Que garantice el monto estimado de la reparación del daño

Tratándose de delitos que afecten la vida o la integridad corporal, el monto de la reparación no podrá ser menor del que resulte aplicándose las disposiciones relativas de la Ley Federal del Trabajo;

II.- Que garantice las sanciones pecuniarias que en su caso puedan imponérsele;

III.- Que caucione el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, que la ley establece en razón del proceso; y

IV.- Que no se trate de alguno de los delitos calificados como graves en el artículo 194.

La caución a que se refiere la fracción III y las garantías a que se refieren las fracciones I y II, podrán consistir en depósito en efectivo, fianza, prenda, hipoteca o fideicomiso formalmente constituido). *El Ministerio Público fijará la caución suficiente para garantizar que el detenido no se sustraerá a la acción de la justicia ni al pago de la reparación del daño...Cuando el delito merezca pena alternativa o no privativa de libertad, se dispondrá la libertad sin necesidad de caución.*

Cuando el Ministerio Público deje libre al indiciado, lo prevendrá a fin de que comparezca cuantas veces sea necesario para la práctica de diligencias de averiguación previa, y, concluida ésta, ante el Juez a quien se consigne, quien ordenará su presentación y si no comparece sin causa justa y comprobada, ordenará su aprehensión, mandando hacer efectiva la garantía otorgada.

El Ministerio Público podrá hacer efectiva la garantía si el indiciado desobedeciere, sin causa justificada, las órdenes que dictare. La garantía se cancelará y en su caso se devolverá por el Ministerio Público, cuando se resuelva el no ejercicio de la acción penal. Consignado el caso, tal garantía se considerará prorrogada tácitamente, hasta en tanto el Juez no decida su modificación o cancelación”.

Ante tal realidad, en los casos precedentes, es el propio Ministerio Público quien hace suya la facultad de determinar si un inculpado es libre “*Con las Reservas de Ley*” o si su libertad depende o no de una medida pecuniaria; tomándose la primera como una medida de coacción que pretende influir en la mentalidad del probable responsable, en el sentido de que no pueda disponer al cien por ciento de su libertad, pareciendo esto que en cualquier momento la autoridad ministerial lo puede volver a requerir y no sólo para dar paso al seguimiento de las investigaciones, sino de comprobarse su culpabilidad, ya entonces como el responsable de la comisión de un delito. Pero ante la práctica sin sustento, sigue quedando ésa laguna jurídica que deja a la interpretación del Ministerio Público, lo que debe entenderse por “*Libertad con Reservas de Ley*”, aplicándola éste, a juicio de su propia experiencia y como costumbre de su diaria actividad, pues hasta el momento, no hay quién ni la manera en que se pueda oponer a ello, pues se ha dado por sentada en la práctica la existencia de la figura jurídica estudiada.

Contrario a todo lo anteriormente planteado y aportando mucho más a la confusión que el propio legislador tiene al respecto de lo que se puede llegar a entender por la figura de “*Libertad con Reservas de Ley*”, encontramos que es la propia Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, quien agrega un problema más a la competencia y facultades de las que goza el Ministerio Público de la Federación y es que en su artículo 28, perteneciente al Capítulo De los Auxiliares del Ministerio Público de la Federación, señala lo siguiente:

“De conformidad con los artículos 21 y 119 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y las normas aplicables en el marco del Sistema Nacional de Seguridad Pública, el Procurador General de la República acordará con las autoridades locales competentes de los tres órdenes de gobierno la forma en que deban desarrollarse las funciones de auxilio local al Ministerio Público de la Federación.

*Sujetándose a las disposiciones constitucionales y legales aplicables, cuando los agentes del Ministerio Público del fuero común auxilien al Ministerio Público de la Federación, recibirán denuncias y querellas por delitos federales, practicarán las diligencias de averiguación previa que sean urgentes, resolverán sobre la detención o libertad del inculpado, bajo caución o **con las reservas de ley**, y enviarán sin dilación alguna el expediente y el detenido al Ministerio Público de la Federación”.*

Remitiéndonos a los Códigos de Procedimientos Penales para algunos Estados de la República , encontramos que no siempre se faculta al Ministerio Público del Fuero Común, para otorgar la *Libertad con Reservas de Ley*, hecho que aunque parezca por demás confuso, la propia Ley Orgánica señalada si autoriza a resolver a éstos auxiliar del Ministerio Público de la Federación, una libertad con las reservas de ley, más no así

al propio encargado de la investigación y persecución de los delitos del orden federal, por el cual se justifica la existencia de dicha ley.

Parecieran hechos aislados, sin embargo, la relación entre ellos es más que evidente, partiendo del hecho de que hasta el momento entonces, las facultades del Ministerio Público de la Federación, son divagantes y se realizan apegadas mucho más a la interpretación, que a las leyes. Pero el problema no radica del todo en el actuar de dicha autoridad, siendo que las bases legales que le fueron proporcionadas para sustentar su función, son equívocas, confusas y hasta contradictorias de lo planteado por ellas mismas. Como es de esperarse y no queriendo justificar el actuar de nadie, es que el Ministerio Público de la Federación, eche mano de las herramientas que la propia legislación le medio proporciona para desempeñar su cargo que fundamentalmente, se refiere a la procuración de justicia.

Cabría entonces la aceptable posibilidad, de realizar algún otro estudio aislado al respecto de lo que el legislador entiende en principio por el concepto de “justicia”, para así, tratar de entender lo que deriva entonces como el concepto de libertad.

Apartándonos un poco solamente, de lo concerniente al Ministerio Público, es que damos paso a lo tocante al Juez, en el mismo sentido y por supuesto, en relación a la figura de la *Libertad con Reservas de Ley*. Empezando por tratar de limitar sus funciones y/o atribuciones que le otorga la ley; y es que en el Título Tercero Aplicaciones de las Sanciones, Capítulo I, Reglas Generales, el artículo 51 del Código Penal Federal señala:

“Dentro de los límites fijados por la ley, los jueces y tribunales aplicarán las sanciones establecidas para cada delito, teniendo en cuenta las circunstancias exteriores de ejecución y las peculiares del delincuente...”

De igual forma, el artículo 52 del mismo Código indica:

“El juez fijará las penas y medidas de seguridad que estime justas y procedentes dentro de los límites señalados para cada delito, con base en la gravedad del ilícito y el grado de culpabilidad del agente, teniendo en cuenta:

- I.- La magnitud del daño causado al bien jurídico o del peligro a que hubiere sido expuesto;*
- II.- La naturaleza de la acción u omisión y de los medios empleados para ejecutarla;*
- III.- Las circunstancias de tiempo, lugar, modo u ocasión del hecho realizado;*
- IV.- La forma y grado de intervención del agente en la comisión del delito, así como su calidad y la de la víctima u ofendido;*
- V.- La edad, la educación, la ilustración, las costumbres, las condiciones sociales y económicas del sujeto, así como los motivos que lo impulsaron o determinaron a delinquir. Cuando el procesado perteneciere a algún pueblo o comunidad indígena, se tomarán en cuenta, además, sus usos y costumbres;*
- VI.- El comportamiento posterior del acusado con relación al delito cometido; y*

VII.- Las demás condiciones especiales y personales en que se encontraba el agente en el momento de la comisión del delito, siempre y cuando sean relevantes para determinar la posibilidad de haber ajustado su conducta a las exigencias de la norma”.

De lo cual se desprende, que aunque el Juez tiene una serie de funciones, ninguna de ellas, según el Código Penal Federal, es la de otorgar la *Libertad con Reservas de Ley*, por lo que a primera vista son sus funciones precisamente las que del todo no son claras, pues aunque la Carta Magna, siendo la Ley Suprema de este país y el Código Federal de Procedimientos Penales, lo facultan para hacer uso de dicha figura jurídica y en el entendido de que por encima de nuestra constitución no existe ninguna otra ley, prevalece una notoria confusión o falta de especificidad en el legislador no sólo para esclarecer tal y como se ha afirmado con antelación, los límites de la *Libertad con Reservas de Ley*, sino también en el Derecho Sustantivo, ahondar mucho más al respecto de ésta facultad otorgada al Juzgador.

Resulta entonces a la vista del jurista penal, por demás plagadas de vacíos en las diversas leyes y códigos al respecto de éste sólo tema; y es que es justamente al momento del ejercicio de las funciones que se suscitan y generan de pronto confusiones que si bien es cierto, se resuelven como la costumbre dicta, también lo es, que no es precisamente lo esperado de las autoridades especializadas en impartir justicia y mucho menos, de los órganos jurisdiccionales.

Así, encontramos precisamente en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 14, párrafo segundo lo siguiente:

“En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”.

Si dicho párrafo auxilia en mucho a la interpretación del propio artículo 16 constitucional, entonces la ley y la interpretación que de ella se desprende, es aún menos clara, no perdiendo de vista, claro está, que es el Juez quien decreta la *Libertad con Reservas de Ley* al encontrarse en el caso de que la detención haya sido contraria a los mandatos constitucionales. Sin embargo, pareciera pertinente aclarar por parte del legislador, qué es lo quiso decir “...por mayoría de razón...”, pues si bien es cierto que el criterio jurídico de un Juez es garantía de experiencia o prudencia al momento de la aplicación legal, también habría que destacar lo que en un momento dado se planteó al respecto de la propia experiencia del Ministerio Público de la Federación, al intentar poner una consignación con detenido ante la mirada del juzgador, sabiendo que ha incumplido conscientemente con la fracción II del apartado C del artículo 4° de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, lo cual resulta sin mayores pretensiones, por demás absurdo.

Con lo que respecta al Título Segundo, del Capítulo I denominado Penas y Medidas de Seguridad, el artículo 24 del Código Penal Federal, hace todo un listado de las mismas, sin que dentro de ellas, se encuentre la *Libertad con Reservas de Ley*; el punto es que,

si las penas y medidas de seguridad solamente las puede decretar el Juez, el cuestionamiento es por qué no existe dentro de ellas la figura estudiada, la que sí decreta por mandato de la Constitución. Entonces, si de la Carta Magna se desprenden todas las leyes que rigen las conductas generales y especiales de los ciudadanos a lo largo y ancho de nuestro país, ¿por qué leyes y códigos, adjetivos y sustantivos no comprenden más allá de lo citado en lo referente a la *Libertad con Reservas de Ley*?

Probablemente esta cuestión ya haya sido muy discutida por legisladores y juristas nacionales y extranjeros, pero no puede ser pasada por alto ante el estudio de la parte medular de éste estudio de tesis; de tal suerte que nos remitimos a manera de colofón, nuevamente al artículo 134 del Código Federal de Procedimientos Penales, encontrando que en él se especifica con puntualidad lo que el Ministerio Público debe y tiene que hacer para consignar a un detenido ante el Juez. Es pertinente entonces citar el artículo completo, a diferencia de lo que se hizo al principio de éste Capítulo:

“CAPITULO III

Consignación ante los tribunales

Artículo 134.- *En cuanto aparezca de la averiguación previa que se han acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, en los términos del artículo 168, el Ministerio Público ejercerá la acción penal ante los tribunales y expresará, sin necesidad de acreditarlo plenamente, la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos cuando la descripción típica lo requiera, así como las demás circunstancias que la ley prevea.*

No obstante lo dispuesto por la Fracción II del artículo 15 del Código Penal Federal, el Ministerio Público podrá ejercitar la acción penal en los términos del párrafo precedente y, en su caso, las excluyentes del delito que se actualicen por la falta de los elementos subjetivos del tipo, serán analizados por el juzgador después de que se haya dictado el auto de formal prisión o de sujeción a proceso según corresponda, sin perjuicio del derecho del inculcado de acreditar ante el propio Ministerio Público la inexistencia de los mencionados elementos subjetivos del tipo.

Para el libramiento de la orden de aprehensión, los tribunales se ajustarán a lo previsto en el segundo párrafo del artículo 16 constitucional y en el 195 del presente Código.

Si el ejercicio de la acción penal es con detenido, el tribunal que reciba la consignación radicará de inmediato el asunto, y se entenderá que el inculcado queda a disposición del juzgador, para los efectos constitucionales y legales correspondientes, desde el momento en que el Ministerio Público lo interne en el reclusorio o centro de salud correspondiente. El Ministerio Público dejará constancia de que el detenido quedó a disposición de la autoridad judicial y entregará copia de aquélla al encargado del reclusorio o del centro de salud, quien asentará el día y la hora de la recepción.

El juez que reciba la consignación con detenido procederá de inmediato a determinar si la detención fue apegada a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos o

no; en el primer caso ratificará la detención y en el segundo decretará la libertad con las reservas de ley.

En caso de que la detención de una persona exceda los plazos señalados en el artículo 16 de la Constitución Política citada, se presumirá que estuvo incomunicada, y las declaraciones que haya emitido el indiciado no tendrán validez.

En el pliego de consignación, el Ministerio Público hará expreso señalamiento de los datos reunidos durante la averiguación previa que, a su juicio, puedan ser considerados para los efectos previstos en el artículo 20 fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en los preceptos de este Código relativos a la libertad provisional bajo caución, tanto en lo referente a la determinación del tipo penal, como por lo que respecta a los elementos que deban tomarse en cuenta para fijar el monto de la garantía”.

3.2 En materia federal.

Una vez planteada la realidad de nuestra legislación en materia penal, bien vale la pena revisar la historia de la misma, en busca de los antecedentes de la *Libertad con Reservas de Ley* en nuestro país; lo anterior porque es importante no sólo hallar el momento justo del “surgimiento” de dicha figura, sino también porque hay que saber reconocer las circunstancias sociales y económicas diferentes de las de hoy, por las que atravesaba la nación, que pudieron en un momento dado, dar origen a este recurso de la justicia mexicana o propiciar su aparición. Las posibilidades son variadas y la primera de ellas la encontramos en el Diario de los Debates del Congreso Constituyente de fecha 1° de diciembre de **1916**, que se extiende hacia los ciudadanos diputados de aquella época el denominado “Proyecto de Constitución Reformada”, proyecto que engloba todas las reformas políticas de aquella época que se habían manifestado como indispensables para cimentar sobre bases sólidas, las instituciones. Por ejemplo:

“El procedimiento criminal en México ha sido hasta hoy, con ligerísimas variantes, exactamente el mismo que dejó implantado la dominación española, sin que haya llegado a templar en lo más mínimo su dureza, pues esa parte de la legislación mexicana ha quedado eternamente atrasada, sin que nadie se haya preocupado en mejorarla.

Diligencias secretas y procedimientos ocultos de que el reo no debía tener conocimiento, como si no se tratase en ellos de su libertad o de su vida; restricciones del derecho de defensa impidiendo al mismo reo y a su defensor asistir a la recepción de pruebas en su contra, como si se tratase de actos indiferentes que de ninguna manera podrían afectarlo y, por último, dejar la suerte de los reos casi siempre entregada a las maquinaciones fraudulentas y dolosas de los escribientes, que por pasión o por vil interés alteraban sus propias declaraciones, la de los testigos que deponían en su contra, y aun las de los que se presentaban a declarar en su favor.

La ley concede al acusado la facultad de obtener su libertad bajo fianza durante el curso de su proceso; pero tal facultad quedó siempre sujeta al arbitrio caprichoso de los jueces, quienes podían negar la gracia con sólo decir que tenían temor de que el acusado se fugase y se sustrajera a la acción de la justicia.

Finalmente, hasta hoy no se ha expedido ninguna ley que fije de una manera clara y precisa, la duración máxima de los juicios penales, lo que ha autorizado a los jueces para detener a los acusados por tiempo mayor del que fija la ley al delito de que se trata, resultando así prisiones injustificadas y enteramente arbitrarias.

A remediar todos los males tienden las reformas del artículo 20.

El artículo 21 de la Constitución de 1857 dió (sic) a la autoridad administrativa la facultad de imponer como corrección hasta quinientos pesos de multa, o hasta un mes de reclusión en los casos y modo que expresamente determine la ley, reservando a la autoridad judicial la aplicación exclusiva de las penas propiamente tales.

Este precepto abrió una anchísima puerta al abuso, pues la autoridad administrativa, se consideró siempre en posibilidad de imponer sucesivamente y a su voluntad, por cualquiera falta imaginaria, un mes de reclusión, mes que no terminaba en mucho tiempo.

La reforma sobre este particular se propone, a la vez que confirma que los jueces tienen la facultad exclusiva de imponer penas, sólo concede a la autoridad administrativa castigar a la infracción de los reglamentos de policía, que por regla general sólo da lugar a penas pecuniarias y no a reclusión, la que únicamente se impone cuando el infractor no puede pagar la multa.

Pero la reforma no se detiene allí sino que propone una innovación que de seguro revolucionará completamente el sistema procesal que durante tanto tiempo ha regido en el país, no obstante todas sus imperfecciones y deficiencias.

Las leyes vigentes, tanto en el orden federal como en el común, han adoptado la Institución del Ministerio Público, pero tal adopción ha sido nominal, porque la función asignada a los representantes de aquél, tiene carácter meramente decorativo para la recta y pronta administración de justicia.

Los jueces mexicanos han sido, durante el periodo corrido desde la consumación de la Independencia hasta hoy, iguales a los jueces de la época colonial: ellos son los encargados de averiguar los delitos y buscar las pruebas, a cuyo efecto siempre se han considerado autorizados a emprender verdaderos asaltos contra reos, para obligarlos a confesar, lo que sin duda alguna desnaturaliza las funciones de la judicatura.

La sociedad entera recuerda horrorizada los atentados cometidos por los jueces que, ansiosos de renombre, veían con positiva fruición que llegase a sus manos un proceso que les permitiera desplegar un sistema completo de opresión en muchos casos contra personas inocentes, y en otros contra la tranquilidad y el honor de las familias, no

respetando, en sus inquisiciones, ni las barreras mismas que terminantemente establecía la ley.

La misma organización del Ministerio Público, a la vez que evitará ese sistema procesal tan vicioso, restituyendo a los jueces toda la dignidad y toda la respetabilidad de la magistratura, dará al Ministerio Público toda la importancia que le corresponde, dejando exclusivamente a su cargo la persecución de los delitos, la busca de los elementos de convicción, que ya no se hará por procedimientos atentatorios y reprobados, y la aprehensión de los delincuentes.

Por otra parte, el Ministerio Público, con la policía judicial represiva a su disposición, quitará a los presidentes municipales y a la policía común la posibilidad que hasta hoy han tenido de aprehender a cuantas personas juzgan sospechosas, sin más mérito que su criterio particular.

Con la institución del Ministerio Público, tal como se propone, la libertad individual, quedará asegurada; porque según el artículo 16, nadie podrá ser detenido sino por orden de la autoridad judicial, la que no podrá expedirla sino en los términos y con los requisitos que el mismo artículo exige.”⁶⁴

Hasta este momento histórico, no se tiene ninguna referencia de la figura jurídica que nos ocupa, sin embargo, en virtud de los abusos, es que pareciera que se van sentando las bases para el establecimiento de la misma; sin embargo, para tales efectos, es que surge la figura del Ministerio Público, dejando lo anterior al descubierto, que cabe la posibilidad de que la figura “*Libertad con Reservas de Ley*”, no era entonces ni siquiera necesaria. Remontándonos de igual manera a la historia de nuestro país es que encontramos en el Diario Oficial de la Federación del 5 de febrero de 1917, el decreto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que reforma la del 5 de febrero del 1857, en la cual textualmente el multicitado artículo 16 dice a la letra:⁶⁵

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

⁶⁴ Diario de los Debates, Querétaro a 1º de diciembre de 1916, pp. 2, 5-6

⁶⁵ Edición elaborada por la Dirección General de Bibliotecas de la Cámara de Diputados, H. Congreso de la Unión, con base en la edición impresa del Diario Oficial de la Federación del 5 de febrero de 1917.

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

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

Es de mencionarse que en diversas fechas, posteriormente a la de la publicación del ya mencionado artículo 16 constitucional, éste sufrió diversas adiciones y reformas (mismas que de alguna u otra forma, resultan repetitivas, ya que sólo se modificaron algunas palabras o términos que no desvirtuaban del todo el sentido puro del artículo), pero fue hasta que en fecha 3 de septiembre de 1993, se publicó en el diario oficial, el decreto por el cual la Comisión Permanente del Honorable Congreso de los Estados Unidos Mexicanos, declaró adicionado y reformado el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y donde apareció por primera vez el término **“LIBERTAD CON RESERVAS DE LEY”** para quedar como sigue:

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

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

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

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

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

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

Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial: este plazo podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. Todo abuso de lo anteriormente dispuesto será sancionado por la ley penal. En toda orden de cateo, sólo...⁶⁶

Es pertinente agregar que el presente artículo, ha sufrido diversas adiciones y reformas en fechas posteriores a la que hemos transcrito, siendo una de las más recientes, la correspondiente al 18 de junio del año 2008, para quedar de la siguiente manera, destacándose el hecho de que el párrafo concerniente a la *Libertad con Reservas de Ley*, no fue modificado:

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

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado con pena privativa de libertad y obren datos que establezcan que se ha cometido ese hecho y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

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

Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención.

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

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

⁶⁶ **DIARIO OFICIAL**, viernes 3 de septiembre de 1993, Decreto por el cual se reforman los artículos 16, 19, 20 y 119, y se deroga la fracción XVIII del artículo 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, p. 5

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

Por delincuencia organizada se entiende una organización de hecho de tres o más personas, para cometer delitos en forma permanente o reiterada, en los términos de la ley de la materia.

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

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

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas, excepto cuando sean aportadas de forma voluntaria por alguno de los particulares que participen en ellas. El juez valorará el alcance de éstas, siempre y cuando contengan información relacionada con la comisión de un delito. En ningún caso se admitirán comunicaciones que violen el deber de confidencialidad que establezca la ley.

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

Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos. Deberá

existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.

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

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

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

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

Aunado a esto es importante resaltar lo que los artículos transitorios de ese decreto dicen en lo que respecta al artículo 16 Constitucional:

“Primero: El presente decreto, entrará en vigor al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial de la Federación, con excepción de lo dispuesto en los artículos transitorios siguientes.

Segundo: El sistema procesal penal acusatorio previsto en el artículo 16, párrafos segundo y decimotercero; 17, párrafos tercero, cuarto y sexto; 19, 20, 21, párrafo séptimo, de la Constitución, entrará en vigor cuando lo establezca la legislación secundaria correspondiente, sin exceder el plazo de ocho años, contando a partir del día siguiente de la publicación de este Decreto.

En consecuencia la Federación, los Estados y el Distrito Federal, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán expedir y poner en vigor las modificaciones u ordenamientos legales que sean necesarios a fin de incorporar el sistema procesal penal acusatorio. La Federación, los Estados y el Distrito Federal, adoptaran el sistema penal acusatorio en la modalidad que determinen, sea regional o por tipo de delito.

En el momento en que se publiquen los ordenamientos legales a que se refiere el párrafo anterior, los poderes u órganos legislativos competentes deberán emitir, asimismo, una declaratoria que se publicará en los órganos de difusión oficiales, en la que señale expresamente que el sistema procesal penal acusatorio ha sido incorporado en dichos ordenamientos y, en consecuencia, que las garantías que consagra esta Constitución empezarán a regular la forma y términos en que se substanciarán los procedimientos penales”.

Hay mucho que decir al respecto de la evolución que ha tenido el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sobre todo, bajo la perspectiva actual y de carácter mundial de la Victimología y es que salta a la vista el hecho de que nuestra ley fundamental se encuentra de alguna u otra manera, posicionada a favor de la víctima y no así del victimario. Juristas alemanes y españoles, hablan hoy de la “justicia justa”, es decir, ni a favor total de la víctima ni en contra absoluta del victimario, pues es importante no perder de vista el hecho de que ambas partes en ningún momento pierden la calidad de ciudadanos y por lo tanto, las garantías que ello conlleva.

Más no así, nuestras leyes muy a pesar de surgir de entre las injusticias cometidas en contra de los victimarios, es que no son lo suficientemente claras al respecto de evaluar sus garantías a la par de las de la víctima; de ahí que el modo tan “rudimentario” de aplicar la justicia en el siglo XIX en nuestra nación, de cómo resulta la limitación de poderes y facultades de las autoridades que tiene a su cargo la impartición de la justicia, pero cabe aclarar, sin cambiar la visión que ellos mismos tienen de la figura del victimario.

Tal postura ha sido por demás criticada a lo largo y ancho de la comunidad internacional, pues si bien es cierto que mucho de nuestro derecho vio su origen en países europeos como Alemania y España, no ha avanzado al mismo ritmo que estos y justamente en el caso de expresar con tal certeza la “existencia” de una figura jurídica INEXISTENTE en algunas otras legislaciones, como lo es el de la *Libertad con Reservas de Ley*, cuando esta es decretada por el agente del Ministerio Público de la Federación.

Por ejemplo, la Constitución Española no contempla en ninguno de sus artículos, la *Libertad con Reservas de Ley* y sólo precisa:

“Artículo 17.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la Ley.

2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendientes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.

3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la Ley establezca.

4. *La Ley regulará un procedimiento de habeas corpus para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por la Ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional*.⁶⁷

A fin de concluir ésta primera parte del Capítulo, es que una vez investigado y analizado el desarrollo histórico que nos enfrenta a la aparición de la figura “*Libertad con Reservas de Ley*”, es que no encontramos más que razones que justifican a la vista del legislador su inserción en las reformas que ha tenido el artículo 16 de nuestra Carta Magna, pero no así la definición, limitación y base doctrinaria que propició su origen situación que se complica aún más bajo la mirada de las nuevas reformas penales que se acontecen hoy en día, y la pregunta sería al respecto de quién o quiénes decretarán este “tipo de libertad” si así se le puede denominar o en su defecto, si la *Libertad con Reservas de Ley* persistirá en los juicios orales, materia de otro análisis.

3.3 En materia castrense.

Es necesario tratándose de la *Libertad con Reservas de Ley*, echar más que un vistazo a la materia castrense y para ello, hay que tomar en cuenta un poco de la historia del Ejército Mexicano, la propia del País y de sus luchas; así, y al hacer una revisión minuciosa del proceso de evolución de las fuerzas armadas de nuestro país hasta llegar a su actual condición, requiere analizar de cierta manera el papel que les ha tocado desempeñar en el cumplimiento de nuestros objetivos y aspiraciones colectivas.

La historia nos demuestra que a lo largo de ella ha sido el pueblo mexicano quien ha acudido a las armas siempre que ha sido necesario asegurar la defensa de su autonomía y de sus derechos, amenazado en ocasiones por las presiones externas y en otras por la agresión de enemigos internos; heredero de una u otra forma de esa tradición, el ejército actual es una institución cuya función principal es la defensa del orden legal, la paz interior y la salvaguarda de la soberanía. Y tal y como lo marca en sus estatutos internos la Secretaría de la Defensa Nacional: “*Las Fuerzas Armadas son parte del pueblo. Participan en sus afanes de justicia, mantienen el culto a los símbolos nacionales, son baluarte de los principios humanistas y son también gestores de desarrollo y fraternal apoyo de la sociedad en momentos de desastre*”.⁶⁸

La Ley Orgánica del Ejército y Fuerza Aérea Mexicanos, en el capítulo de Órganos del Fuero de Guerra, estipula en los artículos 26, 27, 28 y 29, los órganos competentes para conocer de los delitos del Fuero Militar, así como su estructura; a continuación se detallan dichos Artículos:

“Artículo 26.- El Fuero de Guerra es competente para conocer de los delitos y las faltas contra la disciplina militar de acuerdo como lo establece el Artículo 13 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

⁶⁷ **Constitución Española de 1978.** <http://www.congreso.es/funciones/constitucion/indice.htm>

⁶⁸ **Secretaría de Defensa Nacional.** <http://www.sedena.gob.mx>

Artículo 27.- Los Órganos del Fuero de Guerra conocerán de los delitos en los términos que establece el Código de Justicia Militar.

Artículo 28.- Los Órganos del Fuero de Guerra son:

- I. Supremo Tribunal Militar;*
- II. Procuraduría General de Justicia Militar; y*
- III. Cuerpo de Defensores de Oficio.*

Artículo 29.- La organización y funcionamiento del Supremo Tribunal Militar, Procuraduría General de Justicia Militar y Cuerpo de Defensores de Oficio, quedan establecidos en el Código de Justicia Militar”.

Así mismo el Código de Justicia Militar, en su libro tercero titulado “Del procedimiento”, en el Título Segundo “De los procedimientos previos al juicio”, del Capítulo VI. “De la aprehensión, detención y prisión preventiva”, dice en los artículos 505, 506, 507 y 508:

“Artículo 505. Fuera del caso de pena impuesta por sentencia irrevocable o de corrección disciplinaria, la libertad de las personas sólo puede ser restringida con el carácter de aprehensión, detención o prisión preventiva; pero es necesario que tal restricción se verifique en los términos de los artículos 16, 18 y 19 de la Constitución Federal.

Artículo 506. Salvo lo que se previene en el artículo siguiente, nadie podrá ser aprehendido sino por autoridad competente y en virtud de orden escrita que ella dicte, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

Artículo 507. En los casos de delito flagrante, el indiciado podrá ser detenido sin necesidad de orden, por cualquier persona, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud a la del Ministerio Público Militar. En esos casos y en los urgentes el juez que reciba la consignación del detenido, deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

La prolongación de la detención del inculpado será sancionada en los términos de este Código.

Artículo 508. Son competentes para librar órdenes de aprehensión, los jueces y el Supremo Tribunal Militar, en su caso y para que puedan hacerlo se requiere:

- I. Que el Ministerio Público la haya solicitado; y*
- II. Que se reúnan los requisitos señalados en el artículo 16 de la Constitución Federal.*

Toda orden de aprehensión se notificará al Ministerio Público”.

Resulta por demás obvio que la legislación castrense se derive de la Carta Magna, máxima ley de los mexicanos; sin embargo, deja mucho que desear el hecho de que al igual que las legislaciones penales federales, no exista en ella una amplitud del sentido que se le da o se le puede proporcionar a la figura *Libertad con Reservas de Ley*,

siendo que aunque muchos de los artículos tocantes a dicho tema, son casi una réplica de los Códigos Penal Federal y Federal de Procedimientos Penales, valdría la pena hacer una serie de especificaciones porque se trata de leyes especiales, aplicables sólo a un sector de la población.

CONCLUSIONES.

Resulta a luz final del presente trabajo de Tesis, una gustosa labor el realizar las presentes conclusiones, que hablarán más que nada, de una exhaustiva investigación en el área teórica y por supuesto laboral, al respecto de la figura jurídica denominada “Libertad con Reservas de Ley”, que ha encontrado un camino más rumbo a su perfecta comprensión y limitación, en esta investigación.

Así, y no sin antes aclarar que lo plasmado en páginas anteriores no se trata de ninguna forma de una serie de ataques ni al legislador ni a quien aplica sus leyes, es que dicha investigación concluye con la certeza de que la Libertad con Reservas de Ley muy a pesar de encontrarse plasmada en nuestra Carta Magna como un derecho del que goza todo aquel que haya sido detenido lejos de los preceptos constitucionales, sigue siendo de manera tangible, una incógnita emanada de la confusión y contradicciones que las propias leyes penales mexicanas han hecho una realidad.

Muy a pesar de que la libertad no es un concepto matemático susceptible de definición precisa y aplicable a ciertas y específicas circunstancias, la realidad histórica señala a través de su natural desarrollo, características propias del concepto que no pueden ser pasadas por alto en su aplicación y que mucho menos, pueden quedar de lado al momento de llevarla a cabo, de tal suerte que convenga o no, la libertad goza de formas adquiridas a través de años de conformación que son únicas y exclusivas de ella.

Como lo contempla BECCARIA en su tratado Del delito y de la pena⁶⁹, puede servirnos de ejemplo la siguiente apreciación: “...cansados de vivir en un continuo estado de guerra y de gozar una libertad que venía a ser inútil por la incertidumbre de conservarla... sacrificaron una parte de ella para disfrutar la restante con seguridad y tranquilidad”.

Y precisamente es que una de ellas no es la que hace referencia a “Las Reservas de la Ley”, pues además de la inconsistencia de dicho precepto, valdría la pena también resaltar el punto en el que el único facultado para otorgarla es la figura del Juez, tomando en cuenta que el criterio del Ministerio Público es hecho a un lado, desde el momento en que se determina según el artículo 16 constitucional, la posibilidad de que la detención del indiciado haya sido hecha contraria a las garantías que salvaguarda nuestra ley máxima, siendo que de manera constante y reiterativa, las leyes especiales protegen tal aspecto como protección del propio inculpado, marcando que en cada una de las actuaciones que lleve a cabo el Ministerio Público, deberá observar detenidamente, la legalidad y apego al derecho en cada uno de sus actos, respetando por supuesto, los derechos humanos de cualquier persona que tenga que ver con las diligencias practicadas.

⁶⁹ BECCARIA, C. *Dei delitti e delle pene* (1964), a cargo de F. VENTURI, Einaudi, Turín, 1981, cap. I, p. 11. Desde la versión de JUAN ANTONIO DE LAS CASAS de 1774 existen numerosas traducciones y ediciones españolas, entre ellas la de F. TOMÁS Y VALIENTE, Aguilar, Madrid, 1969.

No así es muy a pesar de la puntualidad en lo relativo al párrafo anterior, es que diversas leyes se contraponen no sólo al definir y limitar las funciones tanto del juzgador como del propio Ministerio Público, siendo el primero el único capaz de decretar la Libertad con Reservas de Ley en casos específicos, pero adjudicándose el segundo dicha función, sin estar ésta comprendida en los artículos que determina la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, como las funciones del persecutor de delitos.

A todo lo anterior, hay que agregar que por mucho tiempo, se ha considerado a la institución del Ministerio Público como el órgano de acusación de la sociedad y que probablemente de ahí precisamente, provenga el hecho de la invasión de funciones de parte de dicho funcionario. Sin embargo, los tiempos actuales no permiten ni dan margen de error de tales características, pues el ser humano ha logrado reconocer que la defensa de su libertad y hasta de las libertades ajenas, se tiene que dar frente a otro ser humano por el cual alguien en algún momento pudo haber entregado hasta su vida, para que justamente, gozara de la libertad que ahora le permite “juzgar” la de los demás.

Tan es así, que no existe del todo, un criterio normativo que permita al Juez el empleo de diversas herramienta contempladas por la ley, que le permitan esclarecer si hubo o no, una detención contraria a derecho, pero al encontrarse facultado ejerce su libertad de juicio y de criterio, misma que tiene latente la posibilidad de error y con ello, causar una afectación mayor a la sociedad que con la propia detención de la persona indiciada.

A todo esto, no hay que olvidar la tendencia actual del Derecho en el mundo, que habla de voltear la cara hacia los inicios de lo que la humanidad conoció como Derecho, es decir, a aquellas primeras teorías que hablan al respecto de ver en el hombre un ente social por naturaleza y que como consecuencia “normal” de ello, se encuentra la opción de trasgredir las propias fronteras de conducta que ha marcado el mismo hombre. Lo anterior, con el puro afán de no olvidar que tanto la víctima como el propio victimario son parte de esa sociedad que creó el motor que ahora la tiene en marcha.

Y es que mucho se ha hablado de la posibilidad de la creación de nuevas ramas y técnicas que permitan ver al hombre a través del Derecho, no como el enemigo en potencia que en cualquier momento pudiera o no, transgredirlo, sino más bien, como la persona libre de tomar cualquier decisión, siendo consciente de las consecuencias que conlleva, pero en el entendido de que de cualquier forma, nunca deja de ser “persona” y por lo tanto, nunca debe de dejar de gozar de la propia protección del Estado.

Pareciera entonces y de cierto tiene mucho, que las conclusiones del presente trabajo se inclinan del lado en que la visión del Derecho con relación al hombre, sigue muy estancada, tanto en la teoría como en la práctica, dando por sentado que los destacados avances que ha sufrido la materia, se han dado con tal lentitud, que la humanidad ha tenido que experimentar cambios verdaderamente dramáticos, para poder llevarlos a buen final, para lo cual, muchos de ellos llegan a resultar hasta tardíos o en su defecto obsoletos, precisamente porque cuando llegan a suscitarse, el mundo lejos de nosotros, ya experimentó otros tantos, lo que nos deja en el rezago total y

absoluto.

Hablando específicamente de “Libertad con Reservas de Ley”, encontramos claramente que legislaciones como la Española o la Alemana, la desconocen, pues sus afanes están ahora mismo puestos en la oralidad de los juicios, materia en la que México, con mucha dificultad y dudas, va dando sus primeros pasos.

Ante una realidad como la presente, es que la investigación concluye que la legislación penal de nuestro país se encuentra sumergida en un marasmo absoluto de artículos poco claros, repetitivos y contrarios en sí mismos, que impiden que las autoridades encargadas de procurar, administrar e impartir justicia, no choquen entre sí, ya sea en criterios jurídicos y hasta laborales en el afán de desempeñar su función relacionados unos con otros, intentando no perder de vista los derechos del presunto responsable. Ahora bien, también es cierto, que habrá que legislar mucho más al respecto de la “Libertad con Reservas de Ley” o en su caso tomar la postura más adecuada acorde con la actualidad, que impida a todas luces el ejercicio de la misma por parte de quien no la encuentra dentro de sus funciones.

Sólo así se podrá lograr el acierto del legislador a las exigencias de los principios de legalidad y, con ello, convertir esos principios en efectivas y auténticas garantías individuales limitadoras del poder; pues parece bastante obvio que, en otras situaciones, es el propio legislador quien puede sentir la tentación de burlar alguna de las consecuencias derivadas de las máximas legales, sobre todo en los sistemas modernos, donde el Congreso de la Unión no encarna una legitimidad diferente a la del poder ejecutivo y que en algunas ocasiones la ambigüedad de los conceptos jurídicos pueden ser utilizados a beneplácito por parte del aplicador de esa norma como mejor le parezca y con ello sacar un provecho tanto político como social.

Efectivamente, la Constitución no deja dudas en cuanto a su fuerza normativa o como fuente del Derecho, como ley máxima; y, por lo demás, son muy numerosas las diversas interpretaciones que hacen Magistrados y Ministros de la Suprema Corte sobre lo que se debe entender con tal o cual norma constitucional, al caso en estudio la libertad con las reservas de ley o las alusiones a la legalidad contenidas a lo largo de su articulado. Lo cierto es, sin embargo, que un examen atento de sus preceptos penales resulta en cierto modo desalentador y exige un esfuerzo hermenéutico que debiera ser innecesario en nuestra Constitución de 1917.

Está claro que, de un lado el principio de legalidad requiere que sea la ley el instrumento normativo que monopolice la regulación de todos aquellos aspectos que intervienen en la represión penal, desde la hipótesis de la conducta delictiva, cumpliendo los requisitos del procedimiento (integrase también las diligencias de averiguación previa), determinando la pena o medida de seguridad, que impone el órgano jurisdiccional, hasta el cumplimiento de la condena; son las clásicas garantías criminal, penal, jurisdiccional y de ejecución.

Pero, por otro lado, la exigencia no se circunscribe a que dichas regulaciones figuren en una categoría normativa denominada ley; es preciso además que esta última reúna

ciertos requisitos y, en concreto, que sea una ley previa, lo que conlleva la prohibición de la retroactividad; que sea una ley escrita, lo que por regla general se interpreta no sólo como una exclusión de la costumbre, sino también como una exigencia de reserva de ley, esto es, de reserva en favor de la decisión legislativa; que sea una ley escrita o, mejor dicho, que se aplique estrictamente y sin permitir el razonamiento analógico, y, por último, que sea una ley cierta o precisa, lo que equivale a un principio de determinación en la descripción de los elementos de la norma capaz de impedir o cercenar el arbitrio jurisdiccional.

No es extraño, por ello, que la doctrina se haya visto estimulada a buscar en la cláusula de los derechos humanos el fundamento general de unas garantías cuya mención expresa ha sido omitida por la Constitución.

Entonces nos encontramos con el siguiente cuestionamiento, la Libertad con Reservas de Ley ¿es absoluta o relativa? La libertad, como derecho humano o como garantía constitucional es absoluta, pero si se utiliza la reserva de la ley, nos encontramos que es relativa esa libertad, Y si ésta no ha sido diseñada por el legislador para que la aplique el Ministerio Público de la Federación, luego entonces, al determinar la indagatoria criminal debe decretar la libertad absoluta del detenido y no con las reservas de ley, puesto que ello únicamente significa que la indagatoria se continuará integrando hasta por el tiempo que prescriba la acción punitiva del Estado, con la posibilidad de ejercer esa acción ante los tribunales respectivos, pero si se continúa decretando esa libertad bajo las reservas de la ley, seguirá, como hasta ahora, creando un estado caótico de inseguridad jurídica, tanto en el indiciado como en su familia y por ende, a la sociedad en su conjunto.

Así las cosas, si con las reformas al sistema penal mexicano se pretende dar transparencia, celeridad, inmediatez y confianza a la ciudadanía, a través de los juicios orales, se debe incluir en las normas procedimentales un instrumento jurídico claro y concreto que no permita la interpretación, de ningún operador, de la Libertad con Reservas de Ley, ya que la reserva de ley estimula una interpretación restrictiva, que de hecho dejaría en manos de la procuración y administración de justicia la delimitación de las fronteras entre la licitud y la ilicitud penal.

BIBLIOGRAFÍA.

- **AGUILAR** Camín, Héctor. et.al. A la sombra de la Revolución Mexicana. Ed. Cal y arena. México. ed. 1998.
- **BEJAR** Navarro, Raúl. El mexicano. Aspectos culturales y psicosociales. Ed. UNAM. México. ed. 1988.
- **BURDEAU**, Georges. Tratado de ciencia política. Tomo I, Volumen I, II y III; Tomo II, Volumen I y II; Tomo III, Volumen I y II. Ed. UNAM. México. ed. 1982.
- **CARPIZO**, Jorge. El presidencialismo mexicano. Ed. Siglo XXI. México. ed. 1979.
- **CARRILLO** Prieto, Ignacio. Elementos de política jurídica. Ed. UNAM. México. ed. 1992.
- **CASTRO** V., Juventino. Garantías y amparo. Ed. Porrúa. México. ed. 1989.
- **CISNEROS** Rangel, Georgina. et.al. Formulario especializado en el procedimiento penal. Ed. Harla. México. ed. 1998.
- **DE LA PEÑA**, Sergio. La formación del capitalismo en México. Ed. Siglo XXI. México. ed. 1983.
- **GARCÍA-PELAYO** y Gross, Ramón. Pequeño Larousse ilustrado. Ed. Larousse. México. ed. 1995.
- **LAJOUS**, Alejandra. et.al. Manual de historia del México contemporáneo (1917-1940). Ed. UNAM. México. ed. 1988.
- **LÓPEZ** Rosado, Felipe. Introducción a la Sociología. Ed. Porrúa. México. ed. 1976.
- **MARGADANT** F., Guillermo. Panorama de la historia universal del derecho. Ed. Miguel Ángel Porrúa. México. ed. 1996.
- **MARTÍNEZ** Garnelo, Jesús. La investigación ministerial previa. Ed. OGS. México. ed. 1996.
- **NORIEGA** Elío, Cecilia. El constituyente de 1842. Ed. UNAM. México. Ed. 1986.
- **OSORIO** y Nieto, César Augusto. La averiguación previa. Ed. Porrúa. México. ed. 1990.
- **PIRENNE**, Henri. Historia económica y social de la Edad Media. Ed. Fondo de Cultura Económica. México. ed. 1986.

- **REYES** Heróles, Jesús. El liberalismo mexicano. La sociedad fluctuante. Tomo II. Ed. UNAM. México. ed. 1958.
- **SÁNCHEZ**, Francisco José de Andrea. Diccionario de derecho parlamentario mexicano. Ed. Cambio XXI. México. ed. 1993.
- **SAYEG** Helú, Jorge. El constitucionalismo social mexicano. Tomo 2. Ed. UNAM. México. ed. 1987.
- **SILVA** Herzog, Jesús. Breve historia de la Revolución Mexicana. Los antecedentes y la etapa modernista. Ed. Fondo de Cultura Económica. México. ed. 1986.
- **SILVA** Herzog, Jesús. Breve historia de la Revolución Mexicana. La etapa constitucionalista y la lucha de facciones. Ed. Fondo de Cultura Económica. México. ed. 1986.
- **SEMO**, Enrique. et.al. México un pueblo en la historia. Ed. Universidad Autónoma de Puebla. México. ed.1983.
- **STEEL** G. D., Robert. et.al. Bioestadística. Principios y procedimientos. Ed. Mc Graw Hill. México. ed. 1985.
- **TIMASHEFF** S., Nicholas. La teoría sociológica. Ed. Fondo de Cultura Económica. México. ed. 1986.
- **VALADÉS**, José C. El porfirismo. Historia de un régimen. Tomo I, II y III. Ed. UNAM. México. ed., 1987.
- **VELA** Treviño, Sergio. La prescripción en materia penal. Ed. Trillas. México. ed. 1996.
- **VILLORO** Toranzo, Miguel. Introducción al estudio del derecho. Ed. Porrúa. México. ed. 2004.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Penal Federal.
- Código Federal de Procedimientos Penales.
- Código de Justicia Militar.
- Jurisprudencia.
- Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.
- Reglamento de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República.
- Acuerdos y Circulares.

ÍNDICE

	Pág.
RECONOCIMIENTOS.	1
INTRODUCCIÓN.	3
CAPÍTULO I. Libertad como derecho humano.	
1.1 Antecedentes	
1.1.1 Panorama general.	5
1.1.2 Concepto de derechos humanos.	6
1.1.3 Evolución histórica de los derechos humanos.	6
1.1.4 El fundamento de los derechos humanos	9
1.1.4.1 Fundamentación Iusnaturalista.	10
1.1.4.2 Fundamentación Historicista.	10
1.1.4.3 Fundamentación Ética.	10
1.1.5 Iusnaturalismo y Derecho humanos.	10
1.1.6 Esclavitud y libertad.	15
1.2 Antecedentes en México	
1.2.1 Historia.	20
1.2.2 La protección jurisdiccional de los Derechos Humanos en México.	23
1.2.3 La protección no jurisdiccional de los Derechos Humanos en México.	24
CAPÍTULO II. Legislación.	
2.1 La libertad en materia criminal.	
2.1.1 En el derecho alemán.	25
2.1.2 En el derecho español.	31
2.1.3 En el derecho mexicano.	38

2.1.4	Similitudes y diferencias.	43
-------	----------------------------	----

CAPÍTULO III. La libertad como garantía constitucional.

3.1	La Libertad. Breve introducción.	47
3.2	La libertad como garantía individual.	48
3.3	Garantías específicas al respecto de la libertad.	
3.3.1	La educación (Art. 3° Constitucional).	49
3.3.2	La libertad del trabajo (Art. 5° Constitucional). Extensión y limitaciones constitucionales a dicha libertad.	52 53
3.3.3	La libertad de expresión de las ideas (Art. 6° Constitucional). Extensión jurídica de la libre expresión de ideas. Limitaciones constitucionales a la libertad de expresión de ideas. Breve reseña histórica de libertad de expresión de ideas.	57 59 59 60
3.3.4	La libertad de imprenta (Art. 7° Constitucional). Extensión jurídica de la libertad de imprenta o de la publicación. Limitaciones constitucionales a la libertad de imprenta. Seguridades jurídico-constitucionales de la libertad de imprenta.	60 61 62 63
3.3.5	Derecho de petición (Art. 8° Constitucional).	63
3.3.6	Libertad de reunión y asociación (Art. 9° Constitucional). Extensión de ésta libertad específica. Limitaciones constitucionales de la libertad de asociación.	64 65 66
3.3.7	Libertad de posesión y portación de armas (Art. 10 Constitucional). El precepto original. El precepto vigente.	67 67 68

CAPÍTULO IV. La libertad con reservas de Ley.

4.1	Existencia jurídica y validez.	69
-----	--------------------------------	----

4.2 En materia federal.	79
4.3 En materia castrense.	87
CONCLUSIONES.	89
BIBLIOGRAFÍA.	94
▪	