



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO

MAESTRIA EN DERECHO

**DIVISIÓN DE ESTUDIOS DE POSGRADO DE LA FES
ARAGON**

La normatividad de la Constitución Federal respecto de la etapa ministerial de investigación del delito es ineficaz para garantizar la igualdad procesal del imputado.

T E S I S

**QUE PARA OPTAR POR EL GRADO DE MAESTRIA EN
DERECHO**

PRESENTA:

RICARDO MARTÍNEZ MATEO

TUTOR: DR. EN D. ALEJANDRO HERNANDEZ MERCADO.

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ARAGON DE LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.**

ESTADO DE MÉXICO, NOVIEMBRE DE 2015.



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.

La normatividad de la Constitución Federal respecto de la etapa ministerial de investigación del delito es ineficaz para garantizar la igualdad procesal del imputado.

	Páginas
<u>INDICE</u>	1 – 4
INTRODUCCIÓN	5 – 12
CAPITULO 1. LOS DERECHOS HUMANOS.	
1. 1. Antecedentes de los derechos humanos.	13
1.2. Definición de los derechos humanos.	21
1.3. El derecho humano de debido proceso.	27
1.3.1. El derecho humano de defensa penal.	35
1.4. Sistema interamericano de derechos humanos.	41
1.5. Supremacía de la Constitución y los tratados internacionales que se encuentren de acuerdo a ella.....	48
CAPITULO 2. EL PROCEDIMIENTO EN LA ETAPA PRELIMINAR DE INVESTIGACIÓN DEL DELITO.	
2.1. Antecedentes de sistema Procesal Acusatorio.	51
2.2. El objeto y finalidad del procedimiento Penal.	58
2.3. La investigación del delito en la etapa preliminar.	65
2.3.1. Las investigaciones inquisitorias en el sistema jurídico procesal penal mexicano.	73

2.3.2. La etapa preliminar de investigación, momento procesal para lesionar los derechos humanos del indiciado.	79
2.3.3. Las providencias precautorias.	84
2.3.4. Las pesquisas.	93
2.4. El conflicto entre las partes.	97
2.5. La aplicación del principio de defensa cuando inicia del procedimiento hacia el imputado.	102
2.6. El derecho del imputado de ser informado de la imputación.	109

CAPITULO 3. LA IGUALDAD PROCESAL EN LA ETAPA PRELIMINAR MINISTERIAL DE INVESTIGACION.

3.1. Teología del principio de igualdad.	116
3.2. El conocimiento de las diligencias de investigación de manera inmediata al imputado.	120
3.3. Momento en que debe de empezar la igualdad procesal del imputado para intervenir en el procedimiento de investigación.	125
3.4. La desigualdad procesal hacia el imputado por motivo de las diligencias de investigación sin su conocimiento de manera inmediata.	133
3.5. Consecuencias jurídicas de la desigualdad procesal en la etapa investigadora.	138
3.6. La negación de los principios del sistema acusatorio oral, en las investigaciones sin conocimiento del imputado.	142

CAPITULO 4. La ineficacia normativa federal constitucional procesal para garantizar la igualdad en la etapa ministerial de investigación del delito.

4.1. La realidad jurídica procesal constitucional en la etapa ministerial del delito.
.....**150**

4.2. La insuficiencia de límites constitucionales para salvaguardar la igualdad procesal en la etapa preliminar de investigación.**158**

4.3. La ineficacia procesal constitucional federal en la etapa preliminar de investigación.**164**

4.4. La ineficacia de la Constitución Federal para garantizar el debido proceso en la etapa preliminar de investigación del delito conforme a la Convención Interamericana de Derechos Humanos.....**173**

4.4.1. La ineficacia constitucional para garantizar el derecho de defensa en la etapa preliminar de investigación del delito.**183**

4.5. Las garantías procesales constitucionales para la protección de los derechos humanos.**192**

Propuesta. **202**

Conclusiones. **212**

Bibliografía. **223**

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo surgió porque el autor de esta tesis es litigante penalista y cuando acudió a las agencias del Ministerio Público en las distintas Entidades de la República Mexicana para saber la situación jurídica que guardaba el indiciado surgían varias cuestiones como son las siguientes: a) Se sabía por fuentes externas, como son testigos, investigaciones de la policía judicial, que había levantada una averiguación previa o carpeta de investigación en contra del presunto responsable pero la autoridad investigadora al solicitarle informes con la ley adjetiva en la mano, respondía que las investigaciones son reservadas, razón por la que no podía proporcionar información al respecto; b) Cuando hay un detenido por flagrancia la mayoría de los datos de pruebas ya habían sido recabadas sin la *presencia* del defensor; c) Los datos de pruebas como son los órganos de pruebas declaran sin la presencia de la contraparte; d) La mayoría de los datos de prueba son pre-constituidos, y de lo poco que le queda al abogado es ver si tiene contracciones o errores los datos de prueba; e) El poder omnímodo que tienen los agentes del Ministerio Público al ser parte y autoridad en esa instancia.

De lo anterior surgen varias situaciones de las que una gran parte de los abogados e indiciados saben pero se conforman o simplemente consideran que así debe ser o hay inconformidad, pero no hay los medios procesales y garantías que lo protejan, por lo que se afirma que hay situaciones que acontecen en el procedimiento preliminar de investigación que disminuye el principio de igualdad procesal como son: al indiciado se le hace saber en ocasiones con dilación la investigación ministerial en su contra; algunas investigaciones se realizan a espaldas del indiciado; el abogado se vuelve en observador para dar legalidad a los datos de prueba recabados por el Ministerio Público, porque no estuvo presente al momento de las diligencias de investigación y no puede intervenir cuando se están llevando a cabo, como es el caso cuando están declarando los testigos.

Las primeras acciones a revisar son la legalidad de los actos de autoridad, porque al estar en un marco de derecho, sabemos que las autoridades sólo pueden realizar lo que la ley les permite, conforme a los artículos 14, 16, 20 constitucionales, las distintas leyes adjetivas de los Estados Unidos Mexicanos, y el Código Nacional de Procedimientos Penales: No existe disposición legal que establezca que el indiciado tenga derecho de que el Ministerio Público *le haga saber de manera inmediata la denuncia* o ya sea la querrela que hay en su contra.

Ante estas situaciones se deduce que los principios de igualdad procesal, en la etapa ministerial del delito, está disminuido, como es el de contradicción, lo que a su vez propicia una merma al derecho humano de defensa; “derechos” que tienen su origen y que es la directriz por ser norma suprema en el artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, apartado B, fracción III y VI que a la letra prescribe:

“Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

“A...

“B...

“III. A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan...”.

VI. El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarlo...

C...”.

Estas disposiciones legales del ordenamiento constitucional mexicano en forma meridiana son garantistas, pero no protege al imputado de los actos de autoridad de los agentes del Ministerio Público, consistente en las *investigaciones secretas*, por ser clara en prescribir que el defensor e imputado tendrán acceso a los registros de investigación *hasta* que se le pretenda recibírsele declaración o entrevistarlo, propiciando se realicen investigaciones secretas, al “otorgar la garantía” al imputado de acceder a la investigación hasta el momento de la

declaración o entrevista, comparecencia al Ministerio Público, antes no se puede revisar la carpeta de investigación.

Lo anterior tiene su inicio en varias razones como son: la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no está ajustada a la realidad jurídica que impera en el país, al ser sabido por la ciudadanía mexicana que en las agencias del Ministerio Público los datos de prueba son alterados, distorsionados, tal como lo hizo ver la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal

¹; la cantidad de reformas constitucionales, las cuales algunas no se adecuan al derecho que pretende garantizar, como acontece, cuando la normatividad constitucional establece que nuestro proceso es acusatorio, mientras que en la etapa preliminar de investigación de acuerdo al artículo 20 Constitucional fracciones III y VI, fomentan investigaciones secretas en contra del imputado, al prescribir entre otras situaciones que al imputado le será informado de la imputación hasta que comparezca al Ministerio Público y tener derecho al acceso hasta que se le vaya a tomar declaración o entrevistarle, lo que origina que las investigaciones se extiendan indefinidamente en el tiempo sin que tenga conocimiento el indiciado de ellas, hasta el momento en que se esté en el supuesto marcado en la Constitución.

El sistema mexicano procesal en la etapa de preliminar de investigación del delito o que le denomina el ahora Código Nacional de Procedimientos Penales, etapa inicial, es *arcaico*, que tiene su origen en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 20, apartado “B”, fracciones III y VI, tal como se mencionó anteriormente. Se afirma que es arcaico considerando la evolución procesal penal en la etapa preliminar del delito, llamada etapa inicial, que se ha llevado a cabo en distintos países como es el país de España, para ampliar la igualdad procesal al imputado y así fortalecer el principio de contradicción, tal como se puede corroborar con la ley de enjuiciamiento penal de España vigente para el año 2013 y que es retomada para su nuevo proyecto de código de procedimientos penales, que desde el año de 1978, ha establecido garantía del imputado de que la autoridad le informe de forma inmediata de la denuncia o querrela en su contra en su artículo 118, que prescribe:

Artículo 118. “... La admisión de denuncia o querrela o cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra

¹ López Ugalde, Antonio, Procuración de Justicia y Derechos Humanos propuestas y análisis, México, CDHDF, 2003, p. 14.

persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculpados²”.

Véase la notoria diferencia entre la ley de enjuiciamiento de España respecto el derecho del imputado para que le sea informado inmediatamente de la denuncia o querrela, mientras que nuestra Constitución establece, cuando es sin detenido, “las garantías de tener a acceso o informado de los antecedentes de la investigación”, cuando se le vaya a tomar declaración, entrevistarlo o cuando comparece al Ministerio Público, entredichas garantías reducen el principio de contradicción y en consecuencia la igualdad procesal de las partes.

El sistema procesal penal mexicano en cuanto a la etapa ministerial del delito, tiene rasgos inquisitoriales, lo que ha sido confirmado por especialistas en la materia como es por Elías Polanco Braga al decir: “En la secuela procedimental en la etapa inicial o preliminar, el Ministerio Público ante la *notitia criminis*, investiga en forma inquisitiva y secreta, con la intervención en algunas diligencias del juez de control³”; lo que acontece aún con las reformas en materia procesal penal de fecha 18 de junio del 2008.

Lo anterior tiene su razón al no haber correspondencia o paralelismo entre el derecho sustantivo y el adjetivo, tal como lo hizo ver Zaffaroni (estudio del sistema procesal en Latinoamérica), y los modelos o leyes adjetivas del pasado son reproducciones del código napoleónico que tienen una ideología monárquica no compatible con los derechos humanos, tóxicos jurídicos se vienen acarreado contaminando al demás sistema procesal⁴.

La igualdad que genera el artículo 20 Constitucional, en sus fracciones III, VI, está limitada e incluso propicia que se lesionen los demás derechos como el de defensa y principios de debido proceso, contradicción; que son secuelas del mismo ordenamiento supremo por lo siguiente:

² Ley de enjuiciamiento criminal de España, vigente en el 2013.

³ Polanco Braga, Elías, “El nuevo sistema de enjuiciamiento penal mexicano”, *Revista de Cultura Jurídica de los Seminarios de la Facultad de Derecho*, UNAM, México, núm. 4, octubre- diciembre de 2011, p. 170

⁴ Cfr. Zaffaroni Eugenio, Raúl, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (informe final)*, Buenos Aires, Ed. Depalma, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Tomo II, 1986, pp. 114 – 115.

El *ius puniendi*, como es sabido es la pretensión que tiene el Estado para aplicar la pena, que tiene su origen en la denuncia o ya sea la querrela realizada por una (s) persona, de la cual tiene conocimiento el Ministerio Publico, desde este momento empieza el derecho de recabar datos de prueba para ejercer su acción penal; mientras que el imputado cuando no está detenido, empieza el derecho de ofrecer datos de pruebas hasta el momento que comparece al Ministerio para que le sea tomada la declaración o entrevista; en atención que la Constitución es clara que es hasta ese momento que tiene derecho al acceso a los registros de investigación el indiciado.

Para ello el Ministerio Publico puede ser que de inmediato le informe sobre la denuncia que hay en contra del imputado o “hasta el momento” que comparezca o se le vaya a tomar declaración o entrevista lo que se traduce que es hasta tenga todos o la mayoría de los datos incriminatorios para que mande a llamar al indiciado; de lo que se desprende lo siguiente:

- El Ministerio Publico tiene ventaja de tiempo para recabar los datos de pruebas.
- No hay disposición legal constitucional que obligue al Ministerio Publico para informar *inmediatamente* al indiciado de la imputación que hay en su contra.
- Los datos de pruebas recabados por el Ministerio Publico, son pre-constituidos, teniéndose que conformar el indiciado de estos, y hacer sus observaciones y en el mejor de los casos sus objeciones.
- No hay disposición legal constitucional que faculte al imputado o defensor a estar presente en las diligencias realizadas por el Ministerio Publico.

De lo antes mencionado dicho artículo constitucional protege de forma meridiana al imputado, al tener el Ministerio Publico ventaja para recabar datos de pruebas y pre-constituirlas, y no hay disposición legal constitucional que obligue al Ministerio Público para que informe al indiciado de la imputación que hay en su contra de *forma inmediata*, lo que trae como consecuencia la ventaja del

representante social para recabar datos de pruebas a su arbitrio de forma unilateral, sin que haya contradicción hasta que no sea informado al imputado, motivo por el que se dice que las pruebas son pre-constituidas, y al momento que el imputado se presenta a la Agencia del Ministerio Público le hacen saber todas sus garantías, pero el peso de la investigación está en los datos prueba, de las cuales no estuvo presente el indiciado para *contradecirlas inmediateamente*; por lo que respecta al defensor está en parecida situación porque lo único que le queda conformarse a lo ya establecido o recabado por el Ministerio Público, de lo cual genera que el derecho de defensa es lesionado al no estar presente al momento que son recabados los datos de pruebas, y que son las causas por las que no es extraño los informes que realiza la CDHDF, en lo referente a la manipulación, alteración, abuso de poder que llevan a cabo en ocasiones algunos agentes del Ministerio Público. Porque como es planteado en esta tesis, es la misma disposición Constitucional artículo 20, Fr. III, VI, genera estas consecuencias.

El derecho humano de defensa, debido proceso, se contiene en la Constitución Mexicana, pero es el mismo ordenamiento supremo que lo limita, habiendo discrepancias de lo trata de proteger cuando ella misma lo restringe, como es el caso de que el imputado tiene derecho al acceso a datos de la investigación hasta que se le pretenda tomar declaración, pero antes no, es por ello que se plantea como tesis la ineficacia de la Constitución para garantizar la igualdad procesal del imputado, lo que se afirma por lo antes mencionado y desarrollo del presente trabajo de investigación.

No basta que estén mencionados los derechos en la Constitución, además se necesita los elementos procesales para su resguardo, es a lo Fix Zamudio ha llamado justicia material, es por medio del ordenamiento procesal constitucional que se protegen las disposiciones fundamentales, al respecto el autor mencionado dice:

“...la verdadera garantía de las disposiciones fundamentales consiste precisamente en protección procesal⁵...”.

Es por ello que una de las propuestas que se plantean en el presente trabajo es elevar a norma constitucional en el artículo 20 Constitucional, apartado B, garantía procesal en la etapa de investigación ministerial para que al presunto responsable sea *informado de forma inmediata la imputación* que haya en su contra, para que pueda en la prontitud ejercitar su derecho a la defensa, contradicción y tratar de fortalecer la igualdad procesal en esta etapa de investigación.

Y por si fuera poco lo antes mencionado respecto las garantías del indiciado en la etapa investigación ministerial estaban protegidos, pero conforme la actual redacción del artículo 20 Constitucional, apartado “B”, queda a interpretación y son suprimidas algunas garantías en favor del indiciado en la etapa ministerial de investigación del delito, porque el termino imputado es entendido formalmente cuando el Ministerio Público hace la imputación ante el juez de control, y el artículo 20 Constitucional apartada B, lo define como imputado por lo que queda a interpretación si las garantías contenidas en su IV (Se le recibirán los testigos y demás **pruebas** pertinentes que ofrezca...), VI (Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el **proceso**.), sean aplicadas al procedimiento preliminar de investigación ministerial, lo que en su anterior redacción, antes de la reforma de 18 de junio del 2008, lo especificaba en su fracción X, que las fracciones V y VII, (que contenían semejantes derechos), también iban hacer observadas en la averiguación previa, por lo que se observa que conforme la actual redacción en su fracción VI, es especifica de que le facilitaran todos los medios de prueba hasta el proceso, por lo que conforme la redacción vigente del 20 Constitucional, suprime ese derecho fundamental en la etapa preliminar de investigación.

⁵ Fix Zamudio, Héctor, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México, UNAM, 1974, serie B, estudios comparativos, d) Derecho latinoamericano núm. 5, p. 26.

CAPITULO 1. LOS DERECHOS HUMANOS.

1. 1. Antecedentes de los derechos humanos.

Los antecedentes de los derechos humanos son los mismos de la historia de la humanidad, porque fueron adquiridos por luchas sociales que anhelaban una sociedad justa, el fortalecimiento de la dignidad humana, respeto de los seres humanos:

“Desde el punto de vista del ser humano, en cuanto sujeto corporal, constatamos por ejemplo, un proceso histórico de explosión de demandas de derechos, y el fortalecimiento del sentido de dignidad humana y de los movimientos sociales, que propugnan por una sociedad más justa y fundada en el respeto a los seres humanos y a sus derechos inalienables como criterio rector de la complejidad de la vida social”⁶.

Los derechos humanos tienen su razón de ser para protegerse del abuso del poder, instaurar las condiciones de respeto hacia el ser humano; el objeto de estos se desprende de lo establecido por la UNESCO:

“una protección de manera institucionalizada de los derechos de la persona humana contra excesos del poder cometidos por los órganos del Estado y de promover paralelamente el establecimiento

[Los derechos humanos son el objeto de protección de las garantías del gobernado, cuando se hacen valer y se oponen frente al gobierno del Estado; pero en atención que dichos derechos son gozados por toda persona física, frente a los demás miembros de la sociedad...no hay similitud entre tales instituciones, menos aún porque las garantías del gobernado son creación humana (de una Asamblea Legislativa), en tanto que los derechos naturales no tienen esa condición, sino que son anteriores al Estado mismo, el que solamente los reconoce y establece medios de protección para que imperen frente a todo mundo.

Del Castillo del Valle Alberto, *Derechos Humanos Garantías y Amparo*, ed. 3ª, México, EJE, 2012, p. 20.]

⁶ Balvin Álvarez, Jesús William, *Globalización de los Derechos...Repensando la condición humana*, Colombia, Instituto Popular de Capacitación, 2003, pp. 17 y ss.

de condiciones humanas de vida, así como el desarrollo multidimensional de la personalidad⁷”.

Para Cipriano Gómez Lara, respecto de la cuestión de que los derechos humanos son antiguos desde su misma historia, dice: “...la historia es antigua, y parece ser que los calificativos más apropiados para la idea que se pretende ubicar, son los derechos básicos o fundamentales del hombre⁸...”.

Los derechos humanos son los derechos elementales que tiene la persona por el sólo hecho de ser, por vivir en sociedad, entonces es innegable referirse a la corriente filosófica del *ius naturalismo*:

“El *iusnaturalismo*, por otra parte, no puede pretender que la sociedad abandone el ordenamiento jurídico positivo para someterse a otro alternativo. Lo que sí plantea sin vacilar es una dimensión “normativa” (no meramente descriptiva) de lo jurídico, que implica una exigencia de comportamiento para quien lo maneja. Lo jurídico queda, por una parte, situado como *exigencia real*, (en una dimensión prepositiva) y proyectado, por otra, inevitablemente hacia un proceso de positivación sin el que quedaría convertido en piadoso deseo. Sus exigencias (“jurídicas” por su contenido) aspiran a realizarse formalmente, positivándose⁹”.

Corriente filosófica que explica que el derecho deriva de la esencia del hombre, siendo potestades, prerrogativas *inherentes* al ser humano, así como lo explica Imer Benjamín:

“En la historia del derecho, la corriente de la filosofía jurídica que apareció inicialmente y que dominó el campo de las doctrinas del

⁷ Cit. García Becerra, José Antonio, *Teoría de los derechos humanos*, México, Universidad Autónoma de Sinaloa, 1991, p. 16.

⁸ Gómez Lara, Cipriano, “El debido proceso como derecho humano”, en Nuria González Martín (coord.), *Sistemas jurídicos contemporáneos, derecho comparado, temas diversos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. II, serie doctrinaria 283, 2006, p. 342.

⁹ Ollero Tassara, Andrés, *Derechos humanos entre la moral y el derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 288.

derecho fue el iusnaturalismo. Para éste, el derecho deriva de la esencia del hombre. El derecho es la suma de potestades y prerrogativas inherentes o consustanciales al ser humano. Por tanto, el derecho como objeto de estudio se reduce al derecho natural o justo que fundamenta el contenido del derecho; es decir, al derecho intrínsecamente justo, cuya validez es objetiva o material¹⁰.

Asimismo la *validez* de las normas radica en la esencia de *equidad, igualdad y justicia* que se contengan en las mismas, por ser parte de la vida humana. Esta corriente a su vez se divide en un *ius* naturalismo teológico, racional, ya sea para la validez de la norma sea tomado el hombre como hijo de dios o por el carácter racional del ser humano, tal como lo refiere el autor antes mencionado:

“La validez del derecho deriva de la esencia del hombre. Por tanto, el derecho debe ser consustancial a la vida humana, y reconocer los criterios éticos y virtuosos que deben coincidir con la naturaleza del hombre. La corriente del iusnaturalismo se divide en dos grandes grupos: el teológico y el laico o racional. La diferencia entre estas subdivisiones estriba en que la primera propone que la validez del derecho natural o justo, se origina en la naturaleza del hombre como "hijo de Dios", y la segunda, sustituye la idea del Creador, por el carácter racional del ser humano; esto es, que el derecho es válido porque resulta de la naturaleza del hombre como <ser racional>¹¹”.

Además con esta corriente filosófica del *ius* naturalismo se enaltece el derecho intrínsecamente justo ante el hermetismo jurídico que presenta el *ius* positivismo, el cual se encuentra en declive a nivel teórico ideológico, como propuesta metodológica, tal como lo refiere Andrés Saldaña: “...lo que es hoy una verdad innegable es que el positivismo jurídico se encuentra en declive, no

¹⁰ Flores Mendoza, Imer Benjamín, “La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica” *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, septiembre-diciembre 1997, nueva serie XXX, número 90, pp. 1001-1033.

¹¹ *Idem*.

solamente a nivel teórico e ideológico, sino también como propuesta metodológica (para emplear la trilogía de Bobbio)¹²...”.

En la globalización de los derechos humanos hay que distinguir principalmente dos situaciones: a) el ser humano como ser social, natural, corporal y concreto; b) el carácter institucional de carácter sistemático de la vida social. De lo que es una realidad que el ser humano y sus derechos esenciales por ser persona corporal por el hecho de ser, están por encima de las instituciones: “el orden social es para la vida de los seres humanos, y desde ella se le juzga, y no al revés¹³”.

El orden social es el producto del conjunto de acciones e interacciones de los grupos humanos teniéndose que tomar en cuenta dos aspectos o dimensiones de la acción humana: a) La dimensión intencional de los grupos humanos, individuos y actores sociales –demandas, proyectos, estrategias-; b) Los procesos que se generan por el conjunto de dichas interacciones, porque todo lo que sucede en la vida social, es producto de los planes humanos o de estrategias determinadas a priori¹⁴.

Es por eso que los derechos humanos en cuanto perspectiva del ser humano por ser un ente natural y corporal, tiene su fundamento el de afrontar las amenazas que afectan la posibilidad esencial vivir y existencia de los seres humanos:

“La globalización como proceso, es una perspectiva del ser humano en cuanto ser natural y corporal, hablamos del surgimiento de desafíos y amenazas que afectan la posibilidad de vivir y la existencia de todos los seres humanos. Por ejemplo: la crisis ecológica, la pobreza extrema y la exclusión que afectan hoy a la mayoría de la población mundial; o la ruptura de los vínculos de sociabilidad y de las instituciones vinculantes, a

¹² Saldaña, Andrés, Prologo en *Derechos humanos entre la moral y el derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. XIII y XIV.

¹³ Balvin Álvarez, Jesus William, *op. cit.*, nota 6, pp. 16 y ss.

¹⁴ *Cfr. Idem.*

través de las cuales, los distintos sectores de una sociedad hacen posible, aunque de una manera conflictiva, la convivencia”¹⁵.

Los antecedentes de los derechos humanos se puede decir que son los mismos de la historia de la humanidad civilizada, como su evolución, teniendo como fundamento el sólo hecho de ser persona para que le sean respetados sus derechos esenciales de vivir y existencia humana, que han venido reconociéndose en las diferentes instituciones sociales por medio de luchas o enfrentamientos históricos, tratando de tener una sociedad más justa, fundado en el respeto de los seres humanos y derechos inalienables que debe tener toda persona, sin que el orden social los limite, porque este es para los seres humanos, por el sólo hecho de ser y existir en una sociedad.

El tema de derechos abarca varias aristas, dentro las que mencionaremos que tiene relación con la dignidad de las personas, la política y democracia de un país: por lo que respecta con la democracia, al grado de que se puede decir que es una “...condición indispensable para el desarrollo de la democracia y la propia existencia de los Estados contemporáneos¹⁶...”, en los que se cumplan con “estándares mínimos que permitan una sana convivencia, como sucede en las cláusulas democráticas cada vez más comunes en los tratados bilaterales¹⁷”. Este estándar mínimo se puede observar en la declaración universal de 1948, que constituye una parte del *ius cogens* internacional¹⁸.

En cuanto que los derechos humanos tienen relación con la dignidad humana para que los gobernantes en la creación de las leyes y aplicación, los ciudadanos y comunidad internacional en sus relaciones personales, políticas, civiles se dirijan bajo un marco jurídico de respetar la dignidad humana:

“Los derechos humanos no son sino la expresión jurídica de la dignidad de las personas y su función es precisamente permitir y

¹⁵ *Ibidem*, p. 16.

¹⁶ Martínez Bullé y Goyri Víctor M. “Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad”, *Boletín de derecho comparado*, México, UNAM, núm. 136, enero-abril de 2013, pp. 39-67.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 39-67.

¹⁸ *Cfr. Idem*.

garantizar su respeto, y la democracia es el ámbito en el que se pueden desarrollarse las relaciones políticas de la comunidad en un marco de respeto a la dignidad¹⁹.

Es de mencionarse que los derechos humanos tienen la característica de: "...casi todos los derechos humanos son derechos²⁰", los cuales "son vividos cotidianamente²¹", que "necesitan ir acompañados de su necesaria protección"²². Lo anterior se menciona en razón que como lo hace ver Alberto del Castillo del Valle, la garantía y derechos humanos no es lo mismo, porque los derechos humanos es el objeto, mientras que la garantía es el medio de protección de los derechos humanos:

"Los derechos humanos son el objeto de protección de las garantías del gobernado, cuando se hacen valer y se oponen frente al gobierno del Estado; pero en atención que dichos derechos son gozados por toda persona física, frente a los demás miembros de la sociedad...no hay similitud entre tales instituciones, menos aún porque las garantías del gobernado son creación humana (de una Asamblea Legislativa), en tanto que los derechos naturales no tienen esa condición, sino que son anteriores al Estado mismo, el que solamente los reconoce y establece medios de protección para que imperen frente a todo mundo²³".

Es por ello que los derechos humanos, Estado constitucional y democracia, es una triada de categorías o "*ciclo constitucional garantista*"²⁴, que tienen que relacionarse para que por medio de garantías individuales sean protegidos los derechos fundamentales que se encuentran prescritos en la Constitución y tratados internacionales.

¹⁹ *Idem*, pp. 39-67.

²⁰ Uribe Arzate, Enrique, "Una aproximación epistemológica a los derechos humanos desde la dimensión vivencial pragmática", *Boletín de derecho comparado*, UNAM, México, núm., 132, septiembre-diciembre, 2011, pp. 1233-1257.

²¹ *Idem*.

²² *Idem*.

²³ Del Castillo del Valle Alberto, *Derechos Humanos Garantías y Amparo*, ed. 3ª, México, EJE, 2012, p. 20.

²⁴ Uribe Arzate, Enrique, *op. cit.*, nota 20, p. 1233-1257.

En cuanto al cumplimiento de los derechos humanos, tiene relación con la “potestad del Estado²⁵”, porque tienen “que ser respetados por los agentes ajenos que pueden incidir en su vulneración²⁶” para respetar la esfera jurídica de los ciudadanos, y esto se realiza, “en la medida que son capaces de reprimir y limitar los alcances de su potestad²⁷”.

Lo referido obedece en razón de que el ordenamiento constitucionalizado tiene como características: “plena fuerza obligatoria, generadora de efectos jurídicos inmediatos y que funciona como parámetro de validez para la interpretación de todas las normas jurídicas²⁸”. Pero los derechos humanos deben ser protegidos desde una “*dimensión vivencial*”²⁹, mediante mecanismos y procedimientos para el respeto de estos, por medio de la “apropiación y ejercicio³⁰”, es decir, es mediante la Constitución que se apropia de los derechos humanos con el debido ejercicio o respeto de estos; porque el sólo hecho de enunciarlos sin que se puedan ejercer, implicaría “derechos humanos de papel³¹”, al no poder ser disfrutados.

Ahora bien desde el punto de vista de la ciencia política, una reflexión de los derechos fundamentales, independientemente de las teorías existentes, ideologías, prácticas; para llamarlos derechos naturales, derechos positivados, derechos individuales, grupales, derechos humanos, derechos constitucionalizados, etc., para entender su fundamento, tenemos que los derechos esenciales del ser humano son:

²⁵ *Ibidem.*

²⁶ *Ibidem.*

²⁷ *Ibidem.*

²⁸ Ortega García, Ramón, “La Constitucionalización del derecho en México”, *Boletín de derecho comparado*, UNAM, México, núm., 137, mayo-agosto, 2013, pp. 601- 647.

²⁹ Uribe Arzate, Enrique, *op. cit.*, nota 20, pp. 1233-1257.

³⁰ *Idem.*

³¹ *Idem.*

“...como resultado de la evolución histórica, la humanidad ha llegado a acuerdos sobre la necesidad de proteger ciertas necesidades humanas fundamentales³²”.

En este sentido tenemos que los derechos humanos es el resultado de una “sedimentación, acumulación de la especie humana en su conjunto³³”, los cuales “tienen un carácter de universalidad que proviene del triunfo que representan sobre todo el régimen de sujeciones personales y de la esclavitud³⁴”.

En resumen, los derechos humanos tiene como antecedente la historia misma, que anhela una sociedad justa, por la necesidad de proteger ciertos derechos fundamentales, siendo triunfos que han adquirido, desde la declaración de los derechos humanos e implementación en las distintas constituciones y tratados internacionales, debiendo ser protegidos desde su aspecto vivencial o pragmático, en el que debe existir “apropiación y ejercicio” de estos derechos, porque al reglamentarse sin haber los medios adecuados, eficaces y la prontitud para su protección trae como resultado la sola enunciación o “derechos papel”, los que a letra resultan halagadores pero debe haber los medios procesales para que sean ejercidos y respetados principalmente por las autoridades, en caso contrario estamos en presencia de deseos que no se llevan a cabo en las distintas sociedades, dejando atrás o en pedagogía las luchas sociales que se llevaron por nuestros antecesores para el reconocimiento de los derechos elementales que tiene las personas para el respeto de su dignidad humana.

³² Urcuyo Constantino, “Los derechos humanos como objeto de reflexión de la ciencia política”, San José Costa Rica, *Instituto Interamericano de derechos humanos*, TREJOS HNOS. SUCS. núm., 2, julio-diciembre, 1985, pp. 41-66.

³³ *Idem.*

³⁴ *Idem.*

1.2. Definición de los derechos humanos.

Estamos en la era moderna, en la que mediante el reconocimiento de los derechos humanos a nivel internacional, se protegen de forma más amplia los derechos del ser humano, razón del deber ser en la creación de las normas jurídicas, que es proteger el respeto al ser humano:

“La era moderna se inicia con un gran acontecimiento moral, jurídico y político: el reconocimiento de los derechos del hombre, precisamente por su condición humana, sin más exigencias. Difícilmente habría un suceso mayor en la historia³⁵”.

La base de los derechos humanos está en la dignidad humana y nadie puede legítimamente restringirlos el goce de estos³⁶, y Jorge Carpizo, dice:

“Los derechos humanos constituyen mínimos de existencia, y al saberse que serán respetados y promovidos, la persona se moviliza con libertad para vivir con dignidad³⁷”.

Hay algunos derechos humanos que se encuentran en las leyes, principalmente en la Constitución, inclusive el profesor Cipriano Gómez Lara, establece que: “...*todos los derechos son humanos*”³⁸. La Constitución recoge dentro de sus preceptos los derechos básicos o fundamentales del hombre, es por eso que Ignacio Burgoa refiere:

“Si analizamos cualquier garantía en la forma en que esta se concibe en nuestra Constitución se puede constatar no sólo la consagración que aquella implica respeto de las potestades de todo ser humano, sino la limitación que al ejercicio de ellas debe consignarse para no dañar intereses individuales o intereses sociales”.

Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las garantías individuales*, 7° ed., México, Porrúa S. A., 1972, p. 50.]

³⁵ García Ramírez, Sergio, Estudios jurídicos, *La jurisdicción interamericana sobre derechos humanos, actualidad y perspectivas*, México, UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, serie doctrinaria núm., 30, 2000, p. 279.

³⁶ Cfr. Carpizo, Jorge, “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, *Revista Mexicana de derecho constitucional*, México, núm. 25, julio – diciembre 2011, p. 3.

³⁷ *Ibidem.* p. 5.

³⁸ Gómez Lara, Cipriano, *op. cit.*, cita 8, p. 342.

“Si analizamos cualquier garantía en la forma en que esta se concibe en nuestra Constitución se puede constatar no sólo la consagración que aquella implica respeto de las potestades de todo ser humano, sino la limitación que al ejercicio de ellas debe consignarse para no dañar intereses individuales o intereses sociales”³⁹.

La definición de los derechos humanos no lo establece una ley, Constitución, o pensador, debe estar libre de definiciones institucionales formalistas para que no sean instrumento del poder, porque los derechos humanos son esencia jurídica que tiene el ser humano por el sólo hecho de ser:

“Liberar los Derechos del Utopismo institucional. Liberarlos del formalismo jurídico, que no sólo ha mostrado ser funcional al sistema de muerte, sino que desarrolla hoy, una utopía de ciudadanía del mundo cosmopolita a partir de un imaginario jurídico de los Derechos Humanos como ley planetaria. No se trata de rechazar la juridicidad actual, fruto de trascendentales luchas emancipadoras. Se trata de liberarla del utopismo institucional que se ha constituido a partir de ella, y que hoy es instrumento del poder imperial occidental. Esto significa, eliminar la visión de los derechos humanos como proyecto de sociedad a construir y que legitima cualquier medio para su materialización. Esto significa, eliminar la visión de los derechos humanos como juridicidad son recuperables, sólo como apoyo a las luchas de resistencia de las víctimas y no como un instrumento de legitimación de ningún orden social o institucional”⁴⁰.

Los derechos humanos tienen su origen en el cumulo de las luchas sociales que pretendieron reivindicar a la persona, por el simple hecho y máxima de ser humano, el ser considerados como iguales ante la ley, con procedimientos justos donde hubiera justicia, igualdad y equidad; para el respeto de los derechos fundamentales como es la libertad, vida, integridad física, seguridad jurídica,

³⁹ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las garantías individuales*, 7° ed., México, Porrúa, 1972, p. 50.

⁴⁰ Balvin Álvarez, Jesus William, *op. cit.*, nota 6, pp. 37-38.

debido proceso, y así progresivamente con los demás derechos. No son derechos aleatorios, sino tienen su origen en inconformidades de la sociedad ante los que ostentaban el poder, derechos humanos que se habían limitado con el constitucionalismo.

Situaciones que no son ajenas a nuestro marco constitucional mexicano y que en tiempos actuales se observa la reducción de derechos humanos por medio del positivismo constitucional:

“Las constantes modificaciones al marco jurídico mexicano trajeron como consecuencia una reducción contra la protección de los derechos humanos a través de un adelgazamiento de las garantías previstas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; se incorporaron figuras tales como el arraigo, la denuncia anónima, el régimen de excepción para la delincuencia organizada o bien el endurecimiento de las penas que son un reflejo de esta orientación que se pretende justificar bajo el falso dilema de seguridad pública versus derechos humanos, cuando más bien el sistema de justicia penal debe reforzarse por medio de la protección de los derechos humanos”⁴¹.

Algunas de las finalidades de que los Estados tuvieran su Constitución, era para que se establecieran los derechos fundamentales del hombre, cristalizarlos en normas jurídicas positivas, sin embargo por cuestiones de política de los gobernantes por medio de sus legisladores implementaban normas injustas en ocasiones, con la obligación de cumplirse ante el positivismo y la validez formal de la norma jurídica, por el sólo hecho de haber sido promulgada por la autoridad competente; es decir, la norma es válida por ser ordenamiento jurídico positivo, a veces, aplastante ante los derechos humanos de la sociedad, cuestión que no es desconocida teóricamente, tal como lo hacer ver Dwourkin, en su obra Taking

⁴¹ Plascencia Villanueva, Raúl, “Situación actual de los derechos humano”, en Sergio García Ramírez y Olga Islas de González Mariscal (coordinadores), *La situación actual del sistema penal en México, XI jornadas sobre justicia penal*, México, UNAM, serie doctrinaria jurídica, núm., 613, 2011, p.3-31.

rights seriously, en donde refiere la crisis del positivismo, como es en ocasiones la falta de valor material o intrínseco de la norma: “Un ejemplo es el problema ético que se plantea cuando un abogado no pregunta si una ley determinada está en vigor, sino si es justa⁴²”; asimismo para el catedrático Andrés Ollero, dentro de los problemas que presenta el derecho positivo es porque en ocasiones es carente de contenido ético-material, consistente en elementos formales y vinculado a un determinado concepto de la soberanía política e incluso, de su legitimación democrática, teoría o postulado con la que se hace ver la problemática, inviabilidad, rutinario e irreflexivo, en ocasiones, de este sistema positivo; es por ello que hace mención de ocho puntos característicos del positivismo:

- “1) Establecimiento de una frontera tajante entre *moral y derecho*, consolidada gracias al abismo epistemológico entre ser y deber.
- 2) Substitución de la búsqueda de la justicia, de contenido inevitablemente aleatoria, por el logro de una certeza que garantice la *seguridad* de las expectativas individuales.
- 3) Elaboración de una *ciencia* positiva del derecho, rescatándolo del ámbito de una ética de cuestionada racionalidad.
- 4) Recuperación de la *historicidad* de lo jurídico, lejos de las abstracciones atribuidas al iusnaturalismo.
- 5) Planteamiento de un dualismo entre actividad política prejurídica y la aplicación estrictamente *técnica* del derecho positivo (plasmado dentro del derecho codificado, en la distinción *lege lata-lege ferenda*).
- 6) Eliminación de todo un recurso a lo metajurídico, mediante el logro de una *plenitud del ordenamiento* jurídico concebido como sistema unitario.
- 7) Abandono de la actividad jurídica como ejercicio prudencial de la *razón práctica*, para entenderla como aplicación de los dictados de la una voluntad legítima.
- 8) Neutralización del juego de *poderes sociales fácticos*, garantizando la exclusiva soberanía de la *legítima autoridad*⁴³ “.

Para nuestro sistema jurídico, las garantías individuales, eran el reconocimiento de los derechos básicos o fundamentales como punto de

⁴² Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, 7ª Ed., España, Ed. Ariel, 2009, pp. 43 y ss.

⁴³ Ollero Tassara, Andrés, *op. cit.*, nota 9, pp. 255, 256.

referencia del legislador para que fueran plasmados en la Constitución⁴⁴, es decir, únicamente cuando el Estado Mexicano por medio de sus legisladores querían hacer positivo un derecho humano, lo reconocían en la ley suprema, y; qué sucedía cuando no era así, simplemente se sabía de la existencia pero no se podía hacer valer a nivel nacional cuando no estaba regulado. Sin embargo con las reformas constitucionales de fecha 10 de junio del 2011⁴⁵, un hecho histórico para el país de México, formalmente en los artículos 1, 133, de la carta magna de esta nación, reconocen los derechos humanos que se contienen en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte, a todos los individuos que viven en este país, situación de derecho que revoluciona el sistema jurídico nacional.

Los derechos humanos se amplían con la referida reforma, con un rasgo positivista, al haber sido reconocidos, por el Estado Mexicano, los que se contengan en la Constitución y tratados internacionales en el que México sea parte, entonces ante “el legalismo” sofocante que se aplicaba, hay alternativas jurídicas para que revisar tratados Internaciones que contengan mayor protección a los derechos humanos del pueblo de los Estados Unidos de Mexicanos, porque “vivimos en una sociedad mundial⁴⁶”.

Así también hay que decir que la actividad protectora de los derechos humanos en cuanto a los temas de control de constitucionalidad y control de convencionalidad, no es sólo monopolio del Estado, sino también es responsabilidad de todos los ciudadanos: “...la función protectora de los derechos humanos está encomendada al ser humano...el reconocimiento de derechos,

⁴⁴ Cfr. Fix Fierro, Héctor, *Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos comentada*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, p.1.

⁴⁵ Diario Oficial de la Federación 2011.

⁴⁶ Agudo Zamora, Miguel y Vázquez Gómez, Eva María, “Hacia una aproximación crítica entre derecho Constitucional y el derecho internacional”, *Boletín de derecho comparado*, UNAM, México, núm., 140, mayo-agosto, 2014, pp. 395-416.

incluidos los implícitos y la tutela de los mismos, no es monopolio de ninguna autoridad o institución del país⁴⁷ ...”.

Ahora bien, es de aclarar que aunque el termino de derechos humanos y derechos fundamentales, son utilizados como sinonimia, la técnica jurídica nos indica que no son iguales, porque los derechos del hombre tiene un enfoque o dimensión *ius* naturalista-universalista, mientras que los derechos fundamentales son “los derechos del hombre jurídico-institucionalmente garantizados y limitados espacio-temporalmente⁴⁸”.

De lo descrito se concluye que los derechos humanos son las prerrogativas, facultades, protecciones que tiene el ser humano por el solo hecho de ser y existir en la sociedad, independientes al reconocimiento constitucional del Estado, de instituciones sociales o de cualquier otra índole. Derechos humanos que protegen la dignidad humana para solicitar respeto a las autoridades, así como buscar la validez material de equidad, justicia, igualdad en las normas jurídicas promulgadas por el poder soberano.

⁴⁷ Carpizo, Enrique, “El control de convencionalidad y su relación con el sistema Constitucional Mexicano. Hacia una simple actividad protectora de los derechos humanos”, *Boletín de derecho comparado*, UNAM, México, núm., 138, septiembre-diciembre, 2013, pp. 939-971.

⁴⁸ Hernández, María del Pilar, “Constitución y derechos fundamentales”, *Boletín de derecho comparado*, UNAM, México, núm., 84, septiembre-diciembre, 1995, pp. 1041-1042.

1.3 El derecho humano de debido proceso.

El término de debido proceso no está conceptualizado de esa forma en la mayoría de las constituciones americanas⁴⁹:

“El origen aceptado es la quinta enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América que establece los derechos de todo ciudadano a tener un proceso judicial; y también figura en la decimocuarta enmienda, como una restricción al poder del Estado para resolver sobre el destino de los hombres sin el *debido proceso*⁵⁰”.

Los antecedentes palpables de este derecho humano, lo podemos constatar en la Carta Magna Inglesa de 1215, en cuanto que:

“El carácter bifronte que mencionamos tiene otra fuente en el derecho anglosajón que a través de la frase *due process of law* –que es una variación de la contenida en la carta magna inglesa de 1215 *per legem terrae, by the law of the land*-⁵¹”.

La cual fue “llevada a cabo por el rey Juan, motivada por las demandas formuladas por los barones de Runnymede, con el fin de reconocer a los nobles ciertos derechos feudales⁵²...”, en su cláusula 39 establece:

“Ningún hombre libre será arrestado, apisionado, desposeído de su dependencia, libertad o libres usanzas, puesto fuera de la ley, exiliado, molestado en alguna manera, y nosotros no meteremos, ni

[“Estamos en presencia de un verdadero derecho fundamental, de carácter instrumental, que comparte las características de los derechos de libertad porque crea una esfera, para los titulares, libre de ciertas injerencias por parte del Estado y de los derechos de prestación porque obliga al Estado a asegurar condiciones en todo proceso”. Hoyos, Arturo, “Constitución e impartición de justicia: el debido proceso en el nuevo contexto democrático de Latinoamérica”, *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 1998, p. 436.]

⁴⁹ Cfr. Gozáini, Osvaldo Alfredo, “El debido proceso constitucional. Reglas para el control de los poderes desde la magistratura constitucional”, *Revista Mexicana de derecho constitucional*, México, número 7, julio - diciembre, 2002, p. 54.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ *Ibidem*, p. 55.

⁵² Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional: garantías Constitucionales del proceso y el derecho Constitucional Procesal*, México, UNAM, 2013, p. 135.

haremos meter la mano sobre él, en virtud de un juicio legal de sus iguales la ley de la tierra⁵³”.

De la anterior cláusula se observa cómo se propugnaba desde la antigüedad, por los derechos esenciales que deben ser respetados por la autoridad y para que pueda afectar la esfera jurídica del gobernado, como son el de juicio previo, la existencia de la ley que permite seguridad jurídica al ciudadano, las autoridades competentes para conocer del asunto, etc. Para Arturo Hoyos, que en su momento fue presidente de la Suprema Corte de Justicia de Panamá, comenta:

“Las frases clave en el texto citado del capítulo 39 de la Carta Magna, para los efectos de las garantías procesales que aquí nos interesa destacar, son el *legale iudicium parium suorum*, que, según Counture, configura la garantía del juez competente y sobre todo, el juicio per *legem terrae*, que en el contexto actual, podría ser equivalente a la <garantía de la ley preexistente>⁵⁴”.

Es por ello que la génesis de un derecho justo para el resguardo de la libertad lo vemos en estos antecedentes históricos para garantizar y amparar los derechos fundamentales, ha sido por medio de los distintos órdenes jurídicos, ya sea por medio de pactos “*pactum subjectionis*⁵⁵”, celebrado entre gobernados que prometen obediencia, y gobernantes, que se comprometen a asegurar el orden y la tranquilidad, como se estableció en la Carta Magna Inglesa de 1215, mediante el pacto de Juan sin tierra y los barones ingleses, pero este sistema sólo sirvió en un primer momento de equilibrio de fuerzas sin que estuviera garantizado de una norma superior, por ello posteriormente es por medio de las distintas

⁵³ Cit. Ferrer Mac-Gregor Eduardo, Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional: garantías Constitucionales del proceso y el derecho Constitucional Procesal, México, UNAM, 2013, p. 135.

⁵⁴ Hoyos, Arturo, “Constitución e impartición de justicia: el debido proceso en el nuevo contexto democrático de Latinoamérica”, V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, UNAM, 1998, p. 439.

⁵⁵ Jiménez de Arechaga, Eduardo, “El derecho y la justicia resguardo de la libertad”, Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos, San José Costa Rica, núm. 1, 1985, pp. 25-26.

constituciones en donde se incorporaron los derechos fundamentales de las personas⁵⁶.

La garantía instrumental de *debido proceso*, tiene por lo menos dos garantías⁵⁷ consistentes en:

“a) Due process procesal, que significa que ningún órgano jurisdiccional puede privar a las personas de la vida, libertad o propiedad, a excepción que tenga la oportunidad de alegar y ser oída, y

b) Due process sustantivo, que requiere decir que el gobierno no puede limitar o privar arbitrariamente a los individuos de ciertos derechos fundamentales contenidos en la Constitución. De esta forma se crea un poder de control sobre la discrecionalidad administrativa⁵⁸”.

Esta integración de los derechos fundamentales en las constituciones, como por ejemplo en la de los Estados Unidos mediante la incorporación de la Declaración de los Derechos por medio de enmienda constitucional; en Francia contienen esencialmente la Declaración de 1789, y a su vez nuestras constituciones están influenciadas por dichos sistemas jurídicos, por ello queda protegido, aún “por encima del legislador ordinario⁵⁹” los derechos esenciales del ser humano, “ya que escapan a su capacidad de derogación⁶⁰”, y además “no es sólo este aspecto formal de <superlegalidad>⁶¹”, sino el arista de protección más amplio al limitar el poder de las autoridades; en referencia a la limitación del poder Eduardo Jiménez de Arechaga, dice:

“Como lo ha señalado de forma elocuente Burdeau, una Constitución va más lejos, porque define las modalidades de la investidura de los gobernantes, legitima su título para gobernar y determina las condiciones de ejercicio de su autoridad. Por este hecho, el poder

⁵⁶ Cfr. Jiménez de Arechaga, Eduardo, *op. cit.*, nota 55, pp. 25-26.

⁵⁷ Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *op. cit.*, nota 49, p. 54 y ss.

⁵⁸ *Ibidem*, p. 55.

⁵⁹ Jiménez de Arechaga, Eduardo, *op. cit.*, nota 55, pp. 25-26.

⁶⁰ *Idem*.

⁶¹ *Idem*.

establecido en virtud de una Constitución es necesariamente limitado y limitado sobre todo, por el deber de respetar la libertad del individuo⁶².

La constitucionalización de los ordenamientos jurídicos en los distintos países, dentro de sus diversas manifestaciones, está la de "...incorporación de principios e instituciones procesales al propio ordenamiento constitucional⁶³...", es la "vinculación de las categorías procesales con la Constitución⁶⁴"; categoría a la que se le denomina como se hizo referencia: "Derecho Constitucional Procesal⁶⁵".

El derecho procesal constitucional tiene relación con las instituciones procesales, hay una "área o zona común entre lo Constitucional y procesal⁶⁶", es un planteamiento teórico, pero que permite delimitar ambas disciplinas: por lo que respecta al derecho procesal constitucional para algunos autores es la "superficie de estudio del derecho procesal constitucional a las instituciones o categorías procesales (acción, debido proceso, etc.) contenidas en la Constitución⁶⁷", que es objeto de estudio de la ciencia procesal y; el derecho procesal constitucional "tiene por objeto el examen de las normas y principios constitucionales que contienen los lineamientos de los instrumentos procesales⁶⁸".

El "debido proceso legal" se "convirtió en una categoría constitucional al pasar a constituirse como un debido proceso constitucional⁶⁹", e inclusive por sus características consiste en un "proceso justo", "garantía de audiencia", elementos con el que se identifica a esta categoría del debido proceso como garantía contenida en la Constitución⁷⁰.

En este sentido de las características mencionadas también tenemos como característica del debido proceso: "cumple ante todo una función garantista de los

⁶² *Idem.*

⁶³ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *op. cit.*, nota 52, p. 133.

⁶⁴ *Idem.*

⁶⁵ *Ibidem*, p. 135.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 134.

⁶⁷ *Ibidem*, p. 135.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 134 y ss.

⁶⁹ *Idem.*

⁷⁰ *Cfr. Ibidem*, p. 136.

otros derechos fundamentales⁷¹”, protege los derechos de libertad mediante cánones que debe cumplir el Estado en cualquier procedimiento para que el individuo obtenga justicia; por su parte en su momento el presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación de Panamá, refiere respecto de algunas características del debido proceso:

“Estamos en presencia de un verdadero derecho fundamental, de carácter instrumental, que comparte las características de los derechos de libertad porque crea una esfera, para los titulares, libre de ciertas injerencias por parte del Estado y de los derechos de prestación porque obliga al Estado y los derechos de prestación porque obliga al Estado a asegurar condiciones en todo proceso⁷²”.

La génesis del principio de debido proceso es “para que pueda existir un verdadero imperio del derecho (*rule of law*), determinar si se han dado violaciones legales en el procedimiento⁷³”, para efecto de que las autoridades tengan el deber de cumplir el debido proceso, en favor del sujeto al procedimiento y así exista las condiciones necesarias de una decisión justa en favor de los ciudadanos⁷⁴.

Arturo Hoyos, define al debido proceso de la siguiente manera:

“La garantía constitucional del debido proceso es una institución instrumental en la cual debe asegurarse a las partes en todo proceso –legalmente establecido y que se desarrolle sin dilataciones injustificadas- oportunidad razonable de ser oídas en tribunales competentes, predeterminado por la ley, independiente e imparcial, de pronunciarse al respecto de las pretensiones y manifestaciones de la parte contraria, de aportar pruebas lícitas relacionadas con el objeto del proceso y contradecir las aportadas por la contraparte, de

⁷¹ Hoyos Arturo, *op. cit.*, nota 54, p. 436.

⁷² *Idem.*

⁷³ *Idem.*

⁷⁴ *Cfr. Idem.*

hacer uso de los medios de impugnación consagrados por la ley contra resoluciones motivadas y conformes a derecho, de tal manera que las personas puedan defender efectivamente sus derechos⁷⁵.

Así mismo el derecho humano de debido proceso se rige por una serie de principios, Florentín Meléndez, hace mención de:

“Entre los principios que informan el debido proceso judicial en un Estado constitucional y democrático de derecho pueden mencionarse, entre otros, los siguientes: legalidad, bilateralidad, contradicción, impugnación, igualdad de las partes, jurisdiccionalidad, independencia judicial, moralidad del debate, humanidad, legalidad del procedimiento, intermediación, inviolabilidad de la defensa, responsabilidad penal individual, irretroactividad de la ley penal, presunción de inocencia, culpabilidad, publicidad, celeridad, eficacia y economía procesal⁷⁶”.

El debido proceso está vinculado con el principio de contradicción, audiencia, a su vez desde su perspectiva de derechos humanos como respeto a la persona humana, que permite un procedimiento con las garantías de defensa que debe tener todo ciudadano ante cualquier decisión realizada por la administración pública ejercida por el Estado⁷⁷.

La aplicación de este derecho humano, no solamente es aplicable al proceso que se lleva ante los órganos jurisdiccionales, algunos autores lo han vinculado, a todo procedimiento que se lleve ante cualquier autoridad como es el derecho administrativo, por ese motivo consideramos que es correcto que este principio es a nivel procedimiento y proceso⁷⁸.

⁷⁵ *Ibidem*, p. 442.

⁷⁶ Florentín Meléndez, “El debido proceso en el derecho internacional de los derechos humanos”, en Mac Gregor, Eduardo Ferrer y Lelo de Lerrea Arturo Záldivar (coordinadores), *La ciencia del derecho procesal Constitucional, Estudios en Homenaje a Héctor Fix Zamudio en sus cincuenta años de investigador del derecho*, Edición Salvadoreña, UNAM, 2013, p.112 y ss.

⁷⁷ *Cfr.* Hoyos Arturo, *op. cit.*, nota 54, p. 437.

⁷⁸ *Cfr. Ibidem*.

Este principio consiste en una garantía para todo ciudadano, porque permite la defensa del derecho material, como también es un freno potencial de la acción del Estado, evitando así las arbitrariedades que pudieran cometer las distintas autoridades, al respecto Arturo Hoyos menciona:

“...el debido proceso aparece vinculado al constitucionalismo, aparece siempre ligado a la idea de un poder limitado, sobre todo, a través del derecho...no solo garantiza la actuación del derecho material sino que impone límites importantes a la acción del Estado al punto de construir un freno a la potencial acción arbitraria de éste frente a todas las personas sujetas a dicha acción⁷⁹”.

El derecho internacional ha reconocido *el derecho humano de debido proceso* mediante las distintas garantías y principios que se contienen en los instrumentos internacionales, por mencionar algunos tenemos: La Declaración Universal de Derechos Humanos, prescribe el derecho a un recurso efectivo (art. 8), el principio de igualdad, garantía de audiencia; La Declaración Americana de los Derechos y deberes del Hombre, contiene el derecho a la justicia (art. XVIII); El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos en su artículo 2.3, prescribe el derecho a un recurso efectivo, el principio de igualdad, garantía de audiencia, a que se le juzgue con las debidas garantías (art. 14.1), estas son algunas de las garantías del debido proceso que se contienen en Sistema Interamericano de Derechos Humanos⁸⁰.

En esta relación de ideas, tomando en cuenta que el debido proceso son las garantías procesales constitucionales, que permite un “derecho fundamental de justicia a través del proceso⁸¹”, a la cual todo ciudadano tiene derecho permitiéndoles ejerzan su derecho de contradicción y audiencia a su vez permiten una resolución justa y eficaz de las resoluciones, “para que pueda existir un

⁷⁹ Hoyos Arturo, *op. cit.*, nota 54, pp. 437 y ss.

⁸⁰ *Cfr. Idem.*

⁸¹ Fix Zamudio, Héctor, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México, UNAM, 1974, serie B, estudios comparativos, d) Derecho latinoamericano núm. 5, p. 31.

verdadero imperio de derecho⁸²”, es aplicable tanto en el procedimiento como en el proceso, tiene por finalidad el respecto de la persona humana; “comparte las características de los derechos de libertad⁸³”, por ser una esfera de libertad para las persona⁸⁴; el Estado debe asegurar “ciertas condiciones en todo proceso⁸⁵”; impone límites al poder del estado⁸⁶; permite la defensa y el goce efectivo de derechos⁸⁷; el proceso permite la justa actuación de las autoridades, en este sentido de ideas para nuestra definición de debido proceso es la siguiente:

“El debido proceso es el derecho humano instrumental procesal elemental que es protegido por el sistema jurídico internacional así como las diversas constituciones de los Estados, para ejercer los principios esenciales y reglas del procedimiento como del proceso que tienen la obligación de aplicar todas las autoridades, limitando el poder del Estado ante situaciones arbitrarias, permitiendo seguridad jurídica a todo ciudadano para que haya efectiva tutela de los intereses jurídicos planteados ante las distintas autoridades”.

⁸² Hoyos Arturo, *op. cit.*, nota 54, p. 436.

⁸³ *Idem.*

⁸⁴ *Cfr. Idem.*

⁸⁵ *Idem.*

⁸⁶ *Ibidem*, p. 438.

⁸⁷ *Ibidem*, p. 442.

1.3.1. El derecho humano de defensa penal.

La creación del levitan del Estado fue para que regulara las conductas de la sociedad, sin embargo ante su poder ilimitado, el ser humano empezó a defender los derechos que consideró elementales, como es la libertad, fruto de incontables luchas sociales para que le fuera reconocida y respetada; por medio de garantías individuales que resguardan esos derechos; en caso contrario habría anarquía, desorden la ley del más fuerte, es por ello la necesidad de un derecho justo que coordine las libertades de los individuos⁸⁸.

La libertad es uno de los derechos fundamentales que se ha tratado de proteger, desde tiempos históricos, como ejemplo está la carta inglesa de 1215 de Juan sin tierra, en la cual el monarca y los barones pactaron sobre cómo serían enjuiciados los similares, le exigían al monarca “libertad a todos los hombres libres del reino y a sus herederos perpetuidad”⁸⁹, ello a causa de las arbitrariedades cometidas en contra de los barones y vasallos, “pero este primer sistema de resguardo jurídico de la libertad no sirvió⁹⁰”, por estar “desprovisto de una norma superior jerarquía que fundará su validez⁹¹”.

Es por eso que se incorporaron los “derechos fundamentales de la persona en un instrumento jurídico de jerarquía superior al contrato y a la ley como es la Constitución⁹²”, estos derechos por si solos carecen de efectividad, al necesitar de los medios para ejercitarlos plenamente con el objetivo mantener su suprallegalidad, es una característica de los Estados democráticos, tal como a continuación es explicado:

[“Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que ordena investigar a una persona [...], el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese momento...”].

Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Párrafo 62, consulta en la página web <http://www.corteidh.or.cr/casos.>]

⁸⁸ Cfr. Jiménez de Arechaga, Eduardo, *op. cit.*, nota 55, p.25.

⁸⁹ *Ibidem*, p.26.

⁹⁰ *Idem*.

⁹¹ *Idem*.

⁹² *Idem*.

“...la justicia o jurisdicción constitucional...su objeto de estudio son los instrumentos jurídicos establecidos en la Constitución para mantener su supralegalidad en donde ocupa un sector importante la protección de los derechos fundamentales y que representa un tema que ningún Estado democrático de derecho, que se precie de serlo, debe de eludir⁹³”.

Los instrumentos jurídicos para la defensa de los derechos fundamentales es por medio de las garantías procesales constitucionales que se encuentran en la misma carta fundamental, lo que permite la realización rápida y justa de la impartición de justicia; para Fix- Zamudio, respecto las garantías procesales constitucionales refiere:

“...integrado por todas las normas consagradas expresa o implícitamente en los preceptos de la Carta Fundamental que se dirigen hacia la realización de una justa y rápida impartición de justicia, en todas las ramas del enjuiciamiento⁹⁴...”.

Es el derecho humano de debido proceso que tiene un carácter “instrumental⁹⁵”, “que comparte características de los derechos de libertad⁹⁶”, “para que pueda existir un verdadero imperio del derecho para que haya un lugar libre o de seguridad libre de injerencia o arbitrariedades de las autoridades, condiciones que tiene que tener todo proceso⁹⁷”.

Se menciona el debido proceso en el presente apartado porque la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha hecho referencia de que este derecho humano tiene por finalidad, la solución justa, además de ser una serie de actos de diversas características que integran este derecho humano como es la defensa, así como se puede apreciar a continuación:

⁹³ Corzo Sosa, Edgar, “La justicia Constitucional en México”, *Justicia Constitucional comparada*, México, UNAM, 1998, serie B: Estudios comparativos, b) estudios especiales núm. 27, 1993, pp. 11-29.

⁹⁴ Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 81, p. 106.

⁹⁵ Hoyos Arturo, *op. cit.*, nota 54, p. 436.

⁹⁶ *Idem.*

⁹⁷ *Idem.*

“La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha definido en opiniones consultivas diversas, que el debido proceso <es un medio para asegurar en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia>, a lo cual contribuyen <el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal>”⁹⁸.

Además los derechos fundamentales particulares del debido proceso está la **defensa y contradictorio**, tal como lo señala Cipriano Gómez Lara:

“En el reciente trabajo enviado por la presidencia del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, se precisan los derechos fundamentales particulares relacionados con y derivados del debido proceso en la siguiente forma:

...6. Defensa y contradictorio...

Todos tienen garantizado, en cualquier momento del proceso, el derecho inviolable de defenderse, en el contradictorio entre las partes, en condiciones de efectiva paridad⁹⁹...”.

Relacionando lo antes descrito, tenemos que la garantía de debido proceso es el conjunto de actos lo que permiten una “adecuada defensa¹⁰⁰”, “por lo que el debido proceso supone “el conjunto de requisitos que deben de observarse en las instancias procesales”¹⁰¹.

Como se mencionó la debida defensa forma parte del derecho humano de debido proceso, entendida este último como: el conjunto de condiciones y requisitos de carácter jurídico y procesal que son necesarios para poder afectar legalmente los derechos de los gobernados; el concepto de debido proceso es

⁹⁸ Salazar Santana, Bernardo Alfredo, “La garantía de defensa adecuada, sus alcances en el procedimiento penal”, en David Cienfuegos Salgado y otro (coord.), *El Derecho Mexicano Contemporáneo, estudios en homenaje a Cesar Esquinca Muñoz*, México, UNACH, 2012, p. 517.

⁹⁹ Gómez Lara, Cipriano, *op. cit.*, cita 8, p. 346.

¹⁰⁰ Salazar Santana, Bernardo Alfredo, *op. cit.*, nota 98, p. 517.

¹⁰¹ *Idem.*

atribuido, al sistema jurídico anglosajón, “*due process of law*”, garantía constitucional del proceso judicial que legitima la certeza del derecho mediante el proceso que a su vez garantiza la correcta aplicación del derecho fundamental así como la legitimidad del poder judicial, es decir, la debida aplicación del derecho es lo que legitima a los tribunales y un Estado democrático, lo que se traduce así mismo en la garantía de una tutela judicial efectiva, la que va íntimamente relacionada con la debido proceso¹⁰².

Es uno de los derechos esenciales para que las autoridades lo respeten y establezcan las condiciones de poder llevar un procedimiento justo, no es una facultad es obligación: “El Estado no es quien otorga los derechos fundamentales sino que debe de realizar las condiciones de su realización¹⁰³”, es como el Estado se legitima, al instituir los medios procesales para proteger y respetar los derechos naturales del individuo, que son previos y anteriores al nacimiento del Estado, debido proceso que “...limitan desde el principio de autoridad del Estado y operan como fuente de obligaciones del mismo...¹⁰⁴”.

El individuo no debe de justificar su derechos fundamentales, ahora denominados humanos, es la autoridad quien debe de justificar la interferencia de los mismos, aunado a ello la validez de los mismos está en que es derecho vigente conforme al principio de convencionalidad, ya sea en las Constituciones de cada país, o en los tratados internacionales, se apoya en la idea de su garantía¹⁰⁵.

Es por ello que el derecho humano de debida defensa además de ser respetado por parte del Estado, éste debe otorgar las condiciones necesarias para su ejercicio al ser una obligación para que en el proceso o los procedimientos que se realicen ante las diversas autoridades, el ser humano pueda protegerse y tener la seguridad jurídica que sea justo el proceso instaurado en su contra, teniéndose que tomar en cuenta principalmente, para el presente trabajo, lo siguiente:

¹⁰² Cfr. Quiroga León, Aníbal, *El debido proceso legal en el Perú y en el sistema Interamericano de Protección de Derecho Humanos*, Lima, 2003, Editores juristas, pp. 40-45.

¹⁰³ Bacigalupo Enrique, *Principios Constitucionales de derecho penal*, Argentina, 1999, Ed. Hammurabi, p.13.

¹⁰⁴ *Idem*.

¹⁰⁵ *Ibidem*, p.14

- Frente el *ius puniendi* del Estado para castigar los delitos de las personas está el *ius libertatis* del imputado¹⁰⁶, y el derecho de “acusación, ejercicio de la acción en el proceso penal (derecho a obtener la tutela judicial efectiva¹⁰⁷”, está “también la tutela efectiva por medio de una adecuada defensa¹⁰⁸”.
- “La garantía de defensa adecuada comprende la efectiva aplicación de los principios de audiencia y contradicción en el procedimiento penal¹⁰⁹”.
- El reconocimiento constitucional, para que el imputado tenga igualdad procesal, de que la defensa comienza desde el inicio del procedimiento, es decir, desde el acto en que hay un acto de imputación en contra del indiciado.
- “Que se le den los elementos necesarios al imputado para que esté en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto de autoridad¹¹⁰”.
- La notificación previa y detallada de la acusación que haya en contra del imputado para que pueda ejercer su adecuada defensa (art. 8 de la Convención Interamericana Derechos Humanos).
- Derecho a ofrecer pruebas en cualquier procedimiento. (art. 8° de la Convención Interamericana de Derechos Humanos).

En esta tesitura definimos a la debida defensa como el derecho humano que tiene toda persona que es sujeta a un procedimiento ante cualquier autoridad del Estado, para que pueda protegerse de la acusación, imputación, que haya en su contra, teniendo las autoridades la obligación de garantizar, en igualdad procesal, para que desde el inicio de la instauración del procedimiento de forma previa y detallada se le informe del procedimiento, concediéndole el tiempo necesario para realizar su debida defensa y poder ofrecer pruebas que considere

¹⁰⁶ Cfr. Moreno Catena, Víctor, “La imputación el proceso penal”, en E. R. Zaffaroni (coord.), *El proceso penal, sistema penal y derechos humanos*, México, Porrúa, 2000, p. 54.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 91.

¹⁰⁸ *Idem*.

¹⁰⁹ Salazar Santana, Bernardo, Alfredo, *op. cit.*, nota 98, p. 536.

¹¹⁰ *Idem*.

pertinente para que en pleno ejercicio del principio de contradicción y realice todos los actos tendientes para demostrar su planteamiento de los hechos en un marco de transparencia de las actuaciones de las autoridad como de equidad con las partes del procedimiento; actos mínimos que deben ser cumplidos por quien se ostente como autoridad que pretenda afectar los derechos humanos del individuo, que se encuentran reconocidos en la Constitución de cada país así como en los tratados Internacionales que ha trascendido internacionalmente en un aspecto supranacional.

1.4. Sistema interamericano de derechos humanos.

El hablar de sistemas internacionales, es necesario hacer alusión al derecho internacional, que se encarga de regular las relaciones jurídicas entre los Estados, en donde el concepto tradicional de soberanía “*summa potestas*”, ha sido adecuado a la nueva forma de entenderla, en cuanto es afectada por limitaciones por medio de cesión recíproca de competencias, que estimen oportunas, mediante la suscripción de tratados internacionales, sin que signifique transferencia de soberanía, lo que nos da como producto un nuevo ordenamiento de la comunidad internacional en beneficio de los Estados que han limitado de forma restringida sus derechos soberanos¹¹¹.

El origen de la protección de los derechos humanos en el sistema interamericano, los podemos ver a partir en marzo de 1948, al reunirse 21 Estados del Hemisferio para suscribir *la Carta de la Organización de Estado Americanos*, con la finalidad de crear una organización internacional que lograra la paz, justicia, solidaridad, fortalecer las relaciones internacionales a su vez para defender la soberanía e independencia del hemisferio¹¹²; si es cierto que la carta no consagró un sistema de protección de derechos humanos, pero constituyó la base de centralidad del ser humano con independencia del Estado al que pertenezcan para la protección de sus derechos elementales que tiene por el sólo hecho de ser persona.

En lo que respecta a la idea de proteger los derechos humanos de manera internacional en América, tuvo como origen varias vertientes como fue la conferencia que se llevó a cabo en la ciudad de México de 1945, ventilándose

[Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados artículo 31 inciso primero]

¹¹¹ Cfr. Rodolfo Vázquez, Adolfo, “Soberanía, supranacionalidad e integración: la cuestión en los países del Mercosur”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Argentina, Ed. Konrad Adenauer-Stiftung A.C., ed. 2001, pp. 233-236.

¹¹² Cfr. Nash Rojas Claudio y Mujica Torres Ignacio, *Derechos humanos y juicio justo*, Ed. RED Interamericana, Lima Perú, 2010, p. 12.

situaciones de cómo mejor proteger los derechos humanos; en los diversos acercamientos que tuvieron los distintos Estados, se tomaron diversas posturas para la protección de estos: por un lado se pretendió un carácter vinculante y por el otro una mera declaración de derechos humanos que contendría un “conjunto de principios de guía para la conducta de los Estados en el ámbito de los derechos humanos¹¹³”, prevaleciendo la segunda postura al inicio.

En 1948 fue adoptada por los países integrantes la *Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre*, la cual precede por corto tiempo de la *Declaración Universal de Derechos Humanos*, que constituye junto con el Pacto Internacional de Derechos de Derechos Civiles y Políticos, los estándares, normas, principios del derechos internacional de los derechos humanos del continente de América.

Los primeros pasos ya se habían dado, la voluntad de los Estados de centralizar la protección de derechos humanos, el establecer los principios que regirían la conducta de los distintos países para la protección de los derechos humanos, en lo que no acordaron, el carácter vinculante para obligar a los que pactaron respetar los derechos esenciales del ser humano, cual fuere su nacionalidad, sin embargo algunos eventos políticos de esos tiempos como la revolución cubana, la situación política de la Republica Dominicana, dio la pauta para la creación de un organismo que protegiera los derechos humanos en el hemisferio de América; es así, en 1959, que se reunió un grupo de expertos, a los que los Estados le encargaron “supervisar los derechos contenidos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre¹¹⁴”; cual fue denominada *Comisión Interamericana de Derechos Humanos*, integrada inicialmente por siete miembros elegidos por la OEA (Organización de los Estados Americanos).

¹¹³ *Ibidem*, p. 13 y ss.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 13.

En sus inicios de la formación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, “no fue dotado de un mandato claro y operativo¹¹⁵” en cuanto que sus facultades eran vagas, imprecisas, limitadas, en razón que los “Estados no deseaban crear un órgano regional que interfiriera de ningún modo en sus asuntos internos¹¹⁶”, es por ello que en 1960, fue aprobado por el Estatuto de CIDH (Comisión Interamericana de Derechos Humanos), la cual tiene dentro de sus principales funciones y facultades:

I. Estimular la conciencia de los derechos humanos en los pueblos de América.

II. Formular recomendaciones, cuando lo estime conveniente, a los gobiernos de los Estados para que adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y de sus preceptos constitucionales, al igual que disposiciones apropiadas para fomentar el debido proceso a esos derechos.

III. Preparar los estudios o informes que considere convenientes para el desempeño de sus funciones.

IV. Solicitar de los gobiernos de los Estados que le proporcionen informes sobre las medidas que adopten en materia de derechos humanos.

V. Servir a la Organización de Estados Americanos como cuerpo asesor de los derechos humanos¹¹⁷.

La “escalofriante realidad que azotaba al hemisferio¹¹⁸”, consecuencia de regímenes jurídicos antidemocráticos, tendientes a la violación masiva de derechos humanos y libertades como lo fue “la dictadura de Somoza en Nicaragua, el Estroessner en Paraguay, y en la operación de eliminación de partidarios de Batista en Cuba¹¹⁹”, la CIDH realizó actividades que estaban implícitamente contempladas en su estatuto para poder cumplir las funciones que le fueron encomendadas, creando procedimiento que le permitieran “tomar conocimiento, de las denuncias de violaciones de derechos humanos, pedir información sobre ellas al gobierno respectivo y formularle recomendaciones¹²⁰”, a

¹¹⁵ *Idem.*

¹¹⁶ *Idem.*

¹¹⁷ *Idem.*

¹¹⁸ *Idem.*

¹¹⁹ *Idem.*

¹²⁰ *Ibidem*, pp. 13 y ss.

su vez le permitió a la Comisión tener una actividad sin necesidad de examinar los requisitos de admisibilidad de la denuncia, un papel activo para pedir informes e investigando, la posibilidad de publicitar los hechos investigados para presionar a los gobiernos y la posibilidad de enviar los resultados a la OEA, para su discusión y en su caso imponer sanciones al Estado que hubiera transgredido los derechos humanos.

Las medios utilizados por la Comisión para investigar la violación de derechos humanos, fueron aceptado tácitamente por los Estados, al no impugnarlos, reafirmando las funciones es ésta, dando origen a tres principales procedimientos: los estudios generales e informes de países, las visitas *in loco* y el sistema de peticiones individuales¹²¹.

La Convención Interamericana de Derechos Humanos, como se mencionó tiene su fundamento en la Carta de la OEA de 1948, la Declaración Americana, la *Convención Europea de Derechos Humanos*; con la finalidad de defender los derechos humanos de forma internacional en este Continente, ante la imperiosa necesidad, como quedó al descubierto principalmente con los eventos de 1958 de República Dominicana y Cuba, año en que encomendó la OEA a la Comisión Interamericana que redactara la propuesta de tratado para América sobre derechos humanos, que estaba por así decirlo en modificaciones, a su vez también estaba en versiones preliminares el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y una vez que se estableció la versión final de este pacto en 1966, en otro evento del mismo año, se modificó también el borrador de la Convención al que se le otorgó el nombre de Convención de Derechos Humanos, entrando en vigor el 18 de julio de 1978, documento donde se estableció la creación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹²².

La conformación de la Convención de derechos humanos, lo constituye los derechos civiles y políticos que también lo establece el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, económicos sociales, culturales; en cuanto a los

¹²¹ *Cfr. Ibidem*, p. 14.

¹²² *Ibidem*, p. 15.

derechos civiles y políticos tenemos¹²³: El derecho a la personalidad jurídica (art. 3), el derecho a la vida (art.4), derecho a la integridad personal (art.5), prohibición a la servidumbre, esclavitud (art.6), derecho a la libertad personal (art.7), garantías judiciales (art.8), principio de legalidad retroactividad (art. 9), derecho a indemnización (art. 10), protección de la honra y dignidad (art.11), libertad de conciencia y religión (art.12), libertad de pensamiento y expresión (art.13), derecho a la rectificación o respuesta (art. 14), derecho reunión (art.15), libertad de asociación (art. 16), protección a la familia (art. 17), derecho al nombre (art. 18), derechos del niño (art. 19), derecho a la nacionalidad (art. 20), derecho a la propiedad privada (art.21), derecho de circulación residencia (art. 22), derechos políticos (art. 23), igualdad ante la ley (art. 24), protección judicial art. (art.25).

Los derechos sustantivos de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, se traduce en dos tipos de obligaciones para los Estados consistentes en: *a) La obligación de respetar las garantías contenidas en la Convención tal como lo establece el artículo 1.1 de la misma, b) La obligación de adoptar las medidas legislativas o las que se necesiten para hacer efectivos los derechos y libertades de la Convención*; lo que se consolida en obligaciones negativas (abstenerse de transgredir derechos), como *positivas* consistentes en acciones que permitan asegurar los derechos contenidos en la Convención Interamericana de derechos Humanos; estos derechos deben ser cumplidos por los Estados para todo ser humano (art.1.2) sujeto a la jurisdicción del país que fuera, es por ello la universalidad de los derechos humanos¹²⁴.

Es medular la interpretación del sistema interamericano de derechos humanos que contienen, porque los mismos además del aspecto literal, como en algunas normas, debe atenderse a los principios generales de derecho, la influencia reciproca de fuentes internacionales, instituciones que le sucedieron que fueron su origen, además de aquellas que lo complementan, el derecho consuetudinario, las resoluciones internacionales, además del progreso o

¹²³ *Idem.*

¹²⁴ *Cfr. Ibidem*, p. 16.

evolución como la adaptabilidad de las aconteceres pasados¹²⁵; por su parte Cecilia Medina Quiroga, hace la presente transcripción de la opinión consultiva 16/99, de la Corte interamericana:

“*el corpus juris* del Derecho Internacional de los Derecho Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones) y procede a examinar el tema de la opinión en el marco de la evolución de los derechos fundamentales de la persona humana en el derecho internacional contemporáneo¹²⁶”.

En la Convención Interamericana en su artículo 29 en las letras c) y d), establece unas de las formas de interpretarse la Convención, al no permitir “excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano¹²⁷”, lo que nos permite establecer que el sistema debe interpretarse en su integralidad, es decir a no quedarse con la simple interpretación literal:

“Esta regla muestra claramente que el sistema es un todo que sobrepasa la mera letra de la ley y que obliga al interprete a considerar al ser humano en su totalidad y a tener en mente todo aquello que el sistema democrático le requeriría para que el derecho humano que se interpreta tenga eficacia¹²⁸”.

Asimismo la forma de interpretación de los tratados la tenemos en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y en el artículo 31 inciso primero prescribe: “*un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin*”. Es claro el precepto internacional

¹²⁵ Cfr. Medina Quiroga, Cecilia, *La Convención Americana: vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Chile, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho, 2005, p.4.

¹²⁶ *Ibidem*, p.5.

¹²⁷ *Idem*.

¹²⁸ *Ibidem*, p.6.

respecto en la buena fe para interpretar las leyes internacionales, lo que da claridad como directriz a favor de la interpretación de los derechos humanos.

Los tratados internacionales de derechos humanos, no sólo genera obligaciones para los Estados, sino el Estado que haya suscrito tiene obligación hacia conciudadanos, para proteger los derechos más esenciales que tiene el ser humano¹²⁹; la interpretación de los derechos humanos contenidos en el sistema interamericano debe también analizarse a favor de la persona (*pro persona*), de lo que se establece el alcance de los derechos humanos es extensiva, mientras para que se restrinjan es restrictiva¹³⁰.

¹²⁹ *Cfr. Ibidem*, p.8.

¹³⁰ *Cfr. Ibidem*, p.9.

1.5. Supremacía de la Constitución y los tratados internacionales que se encuentren de acuerdo a ella.

El Constitucionalismo parte principalmente de las revoluciones liberales del siglo XVIII, donde el rey ya no es la persona omnipotente para decidir sobre cómo gobernar a su pueblo, sino el mismo sistema económico y el nacimiento de la burguesía, necesita que se garantice su estabilidad, siendo por medio de las constituciones con las cuales se legitima el poder para que sea conservado, se establece las garantías primordiales que van a tener los ciudadanos y la forma de cómo se va estar organizado el gobierno, es por eso que la Constitución tiene una parte “dogmática” y otra “orgánica”.

[“...el control del ejercicio del poder cuenta con tres supuestos básicos. El primero de ellos es la existencia de un ordenamiento jurídico organizado jerárquicamente en cuya cúspide se encuentra la Constitución como norma suprema que determina los procesos de creación y validez del resto del ordenamiento jurídico.

Huerta Ochoa, Carla “El Control de Constitucionalidad, análisis del artículo 105 Constitucional”, *Boletín de derecho comparado*, UNAM, México, núm., 93, septiembre-diciembre, 1998, p. 714.]

Las constituciones principalmente, como se dijo es “para legitimar el poder”:

“En realidad, la Constitución de un Estado, cualquiera que ésta sea o haya sido, tiene una esencia política, independientemente de que su expresión normativa se haga mediante fórmulas o prescripciones jurídicas. La materia prima de una Constitución es el poder, cuya organización se expresa mediante una forma jurídica representada en la inmensa mayoría de los casos por un texto normativo que comúnmente se le identifica con la Constitución de un Estado¹³¹”.

Pero también le da seguridad y certeza jurídica a los ciudadanos de una nación que sus derechos van a ser respetados conforme a un marco legal previamente establecido, con las características de generales, impersonales,

¹³¹ Andrade, Covian Miguel, *Diez estudios antidogmáticos sobre el sistema constitucional mexicano*, México, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional. A. C., 2009, p. 5.

abstractas, órganos de autoridad competentes creados anteriores al hecho y con la protección de sus derechos fundamentales.

El ordenamiento supremo de un país, sin lugar a dudas va ser su Constitución la cual tiene que estar libre de *“impurezas jurídicas”*, el presente termino es mío, porque es un ordenamiento del cual emana, o en *“teoría así debería de ser”*, lo más puro o esencial de un sistema normativo y en caso contrario contaminaría todas las leyes que de ella emanara.

Asimismo en un hecho histórico el Estado Mexicano reconoce los derechos humanos que se contengan también en los tratados internacionales en el cual sea parte, en la reforma de fecha 10 de junio del 2011, tal como se puede demostrar en las reformas de los artículos 1, 133, constitucionales, viene hacer un parte aguas, un hecho transformador en cuanto que se amplían *“el reconocimiento de los derechos humanos”*, de todos los habitantes de este país, y al haber sido reconocido en la Constitución hay una correspondiente obligación de respeto de dichos derechos humanos, los cuales pueden ser reclamados, exigidos a los Estados Unidos Mexicanos, y conforme al artículo 133 de la ley suprema, los tratados internacionales en el cual el México sea integrante, será la ley suprema de este país.

Es esencial este principio de supremacía porque las leyes que de ella emanen, reglamentos; actos de autoridad desde el más alto nivel hasta al de menor jerarquía tendrá que cumplirla, es lo que debe garantizar un Estado democrático, la confianza en sus instituciones y que sus leyes serán justas para cuando sean aplicadas, sea un acto que la sociedad acepta por el valor intrínseco que tiene la norma.

Los derechos humanos emanados de la carta magna y tratados internacionales en el cual el Estado Mexicano sea parte, son la ley suprema y que todas las leyes secundarias tendrán que estar acorde; para definir las leyes secundarias, hay que definir cuál es la ley primaria o sea la Constitución, la cual está en la cúspide conforme a la pirámide Kelseniana: *“... la norma suprema de un orden jurídico en la que se establecen los procedimientos para crear las normas jurídicas que derivan de ella y los contenidos materiales que pueden tener, lo que*

se explica gráficamente mediante la muy conocida pirámide de Kelsen...¹³²”; Y todos los ordenamientos que le continúan, por lenguaje normalmente utilizado se le llamara ley secundaria, sin pasar algo que un reglamento, decreto, ley, son distintos tanto formalmente como materialmente; es la ley secundaria la que deberá estar conforme a la Constitución, la ley suprema de forma general o abstracta, establece los principios que deberán de cumplir la secundaria.

La Constitución como lo tratados internacionales, además de ser la norma suprema de la nación, tiene características principales como es el impedir los abuso de poder y preservar el control el ordenamiento jurídico:

“Independientemente de intentos aislados de establecer por medio de instituciones jurídicas el control de dicha posibilidad, podemos decir que actualmente el control del ejercicio del poder cuenta con tres supuestos básicos. El primero de ellos es la existencia de un ordenamiento jurídico organizado jerárquicamente en cuya cúspide se encuentra la Constitución como norma suprema que determina los procesos de creación y validez del resto del ordenamiento jurídico¹³³”.

Al abordar el tema de supremacía constitucional, es imprescindible también describir la Constitución, la cual no sólo es un documento político que organiza la situación política de un país, garantiza la libertad individual frente la actividad de los gobernantes, sin el adjetivo constitucional “determina la forma de Estado o de Gobierno¹³⁴”.

¹³² *Ibidem*, p. 8.

¹³³ Huerta Ochoa, Carla “El Control de Constitucionalidad, análisis del artículo 105 Constitucional”, *Boletín de derecho comparado*, UNAM, México, núm., 93, septiembre-diciembre, 1998, p. 714.

¹³⁴ *Idem*.

CAPITULO 2. EL PROCEDIMIENTO EN LA ETAPA PRELIMINAR DE INVESTIGACIÓN MINISTERIAL DEL DELITO.

2.1 Antecedentes del sistema Procesal Acusatorio.

Los sistemas procesales a través de la historia han evolucionado, había sido concebido desde un inicio como el medio para garantizar al procesado una justa resolución, actualmente lo entendemos como "...el conjunto de principios y garantías que configuran tanto el rol de los actores, al objeto que se debate en sede de justicia penal, así como, al esquema procedimental del proceso penal, respondiendo a una determinada ideología o filosofía (teóricas o pragmáticas)¹³⁵".

Los sistemas procesales, han tenido modificaciones, hasta llegar al que actualmente tenemos, sistema acusatorio, que se entiende el adecuado para regular por medio de principios, garantías la tutela jurisdiccional hacia el imputado dentro del procedimiento; en su historia tenemos a los siguientes:

a) **Sistema acusatorio clásico.** Este lo podemos observar en la antigua Roma, de la *questio o accusatio*, que era una persona que precedía el jurado y otra que se le denominaba *acusatio*, sujetos procesales del procedimiento *iuditium publicum; quaestiones perpetuae*. La acción de acusar le correspondía a un ciudadano, con algunas excepciones, el cual se tenía que dirigir con toda la diligencia en caso de que no prosperara su acción, acusándole de calumnia y multa, sino se conseguía la condena del acusado; "...el proceso era oral y público,

[“El procedimiento criminal en México ha sido hasta hoy, con ligerísimas variantes, exactamente el mismo que dejó implantado la dominación española...pues esa parte de la legislación mexicana ha quedado enteramente atrasada, sin que nadie se haya preocupado en mejorarla”. Diario de los debates del Congreso Constituyente, 1º de diciembre de 1916.

¹³⁵ Chorres Benavente, Hesbert, *Nuevo Código de Procedimientos Penales del Estado de México*, México, Ed. Flores Editor, 2009, p. 1.

el acusado podía ejercer el derecho su derecho a la defensa de manera personal o por medio de su defensor o patrono, quien podía aportar las pruebas¹³⁶”.

b) *El sistema inquisitivo*, en los siglos IV y V, nace como una nueva corriente ideológica, llevado a cabo por la iglesia católica, con sus propios principios y valores, distinto al Estado, con características reales de poder e inclusive tenían sus propios tribunales, lo que origina un “sistema inquisitivo”. Dentro de sus características tenemos que hay la acusación anónima, el juez no estaba sujeto a la instancia, emite resolución con independencia de la actuación o no de los litigantes¹³⁷.

Esta forma de juzgar se caracteriza en el absoluto poder central, dejando a un lado el valor de la persona humana, siendo el imputado un simple objeto de investigación, no tenía la facultad de defenderse de la acusación que hubiera en su contra, el inquisidor tenía la tarea de persecución y decisión, el monarca es titular de la jurisdicción; las investigaciones son secretas, se impide el debate (derecho de contradicción), la instrucción es discontinua mientras va integrando la averiguación¹³⁸.

Es de hacer mención que en el imperio romano, respecto la *questio* o *accusatio*, fue substituida por la extra *ordinem*, teniendo características del sistema inquisitivo, la función de *accusatio stationarii*, fue delegada a funcionarios del Estado, quienes tenían como funciones realizar las investigaciones previas, secretas, para averiguar los delitos y para presentar las acusaciones ante el magistrado, el cual podía actuar de oficio sin que hubiera la necesidad de la acusación de otra persona, había una concentración de funciones acusatoria y decisoria, es decir, iba en contra del principio de que nadie puede ser juez y parte, el juez de árbitro paso a instructor¹³⁹.

¹³⁶ *Ibidem*, p. 12.

¹³⁷ *Cfr. Ibidem*, p. 15.

¹³⁸ *Cfr. Ibidem*, p. 16.

¹³⁹ *Cfr. Ibidem*, p. 16.

El sistema inquisitivo representó un instrumento opresor, que a veces tenía tintes políticos, sin embargo fue implementado como un medio "...eficaz para luchar contra la delincuencia creciente, a cuyas amenazas no podía responder el elegante pero limitado régimen de la *accusatio*..."¹⁴⁰.

Este sistema inquisitivo lo adopta la legislación española del proceso canónico, la instrucción no era pública, se mantuvo en secreto al denunciante, el juez concentraba las funciones de las partes, en primer momento la jurisdicción se limitaba a los clérigos para después extenderse en razón de materia a los demás individuos, es decir, lo que era fuero sólo para integrantes de la iglesia se convirtió en ordinario o común que conocía el *tribunal de la inquisición o santo oficio*, procedimiento que realizaban actos contra la fe, herejía, adivinanza, magia usura, adulterio, etc., en contra de las personas que cometían dichas conductas ilícitas¹⁴¹.

El sistema inquisitivo es una muestra de poder aplastante de justicia y el juez no era independiente sino sólo el encargado del soberano, donde es limitada la defensa, hay empleo de tortura, penas arbitrarias lo que va en contra de los derechos esenciales del hombre¹⁴².

c) *El sistema mixto*. Los antecedentes de este sistema lo encontramos en Francia mediante la promulgación del *código de instrucción criminal francés*, esparcido en Europa continental a consecuencia de las ideas liberales, iluministas de la *revolución francesa*, así como del dominio napoleónico.

Este sistema tiene tres pilares que lo conforman¹⁴³: a) *eficacia de la persecución*, b) *averiguación de la verdad histórica*, c) *respeto de la dignidad humana*.

La eficacia de la persecución, se lograba mediante una fase inquisitiva, que lo realizaba un juez instructor o Ministerio Público, "la persecución penal esta

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 17.

¹⁴¹ *Cfr. Ibidem*, pp. 17 y ss.

¹⁴² *Cfr. Idem*.

¹⁴³ *Cfr. Ibidem*, p. 204.

cargo de una autoridad estatal, el Ministerio Público o fiscal, que tiene autoridad judicial¹⁴⁴”, como ante sala para la audiencia pública, para ello “el procedimiento se divide en tres etapas: investigación preliminar, a cargo del Ministerio Público o del juez penal; un procedimiento intermedio (requerimiento de juicio público o acusación, o sobreseimiento) y, el juicio o procedimiento principal, en el cual se lleva a cabo un debate, cuyas notas distintivas son: la oralidad, publicidad, concentración, continuidad, inmediación y defensa¹⁴⁵”, es diverso el juez de instrucción al que resuelve, pero la instrucción se lleva ante la autoridad y vigilancia de quien resuelve; la primera etapa llamada instrucción es inquisitivo principalmente porque la investigación es escrita, secreta o reservada y de iniciativa judicial, no había publicidad de la instrucción para que tuviera seguridad, unidad de su marcha y se descubriera la verdad histórica, para que el inculcado y sus cómplices, todavía no descubiertos, no hicieran desaparecer, alterar, distorsionar, los vestigios de las pruebas que variara el movimiento regular de la administración de justicia¹⁴⁶.

La averiguación de la verdad histórica, es uno de los fines que tiene todo proceso, porque solamente sobre bases de objetividad sobre lo acontecido se puede llegar a una sentencia justa, serán los hechos ocurridos la medida para la pena del procesado, por eso, es considerada como la “piedra angular que debe de sustentar la sentencia¹⁴⁷”.

Respeto de la dignidad humana, en este procedimiento también adquirieron relevancia las garantías y derechos individuales, pero es hasta la segunda etapa en la cual el imputado era considerado como inocente hasta que no hubiera una sentencia que declarare lo contrario, por lo que era imprescindible un juicio previo, con las formalidades esenciales que garantizaran la libertad seguridad jurídica, defensa, se prohibió la coacción, la decisión debe guardar íntima relación con la acusación, derecho de aportar pruebas, la acusación es planteada por un órgano

¹⁴⁴ *Ibidem*, p. 21.

¹⁴⁵ *Idem*.

¹⁴⁶ Cfr. Sánchez, Velarde, Pablo. *Manual de derecho Procesal Penal*, Lima, Ed. Idemsa, 2004, p. 166.

¹⁴⁷ Chorres Benavente, Hesbert, *op. cit.*, nota 135, p. 19.

jurisdiccional distinto al jurisdiccional, y en general esta segunda etapa revestía características de ser público, contradictorio, oral, como lo es el sistema acusatorio penal.

El sistema acusatorio garantista, es implementado por la necesidad de velar en los tiempos actuales por los derechos humanos del imputado, como instrumento eficaz para perseguir el delito; la relación procesal existente entre el imputado y Estado, bajo el marco constitucional de los derechos humanos del sujeto a proceso acusatorio garantista, a través de los siguientes principios: *presunción de inocencia*, para el imputado, el máximo de limitación a su libertad personal y para el Estado, este tiene la carga de la prueba hasta la sentencia o absolución en caso de duda; *acusatorio*, la labor de la acusación está a cargo del Ministerio Público, donde se enfatiza el respeto de los derechos humanos; es de mencionar que ello es producto de la internacionalización de los derechos humanos, surgido al final de la segunda guerra mundial en 1945, requiere del acusador una información precisa y detallada de los cargos, para que lo conduzcan a presentarlo ante los tribunales; *debido proceso*, es uno de los derechos humanos que más se ha destacado porque incluye el conjunto de condiciones que la autoridad debe cumplir para asegurar la adecuada defensa consistentes en derechos u obligaciones que están bajo consideración judicial¹⁴⁸. De este último mismo se desprende: **a)** acceso a la jurisdicción; **b)** igualdad en el proceso; **c)** derecho a un tribunal competente, independiente e imparcial, **d)** derecho al plazo razonable de duración de proceso; **e)** presunción de inocencia; **f)** derecho a la defensa; **g)** derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior; **h)** prohibición de doble enjuiciamiento penal por los mismos hechos; **i)** la publicidad del proceso¹⁴⁹.

Asimismo hay otros derechos humanos a favor del imputado, como son: garantía del juez natural; garantía de la motivación escrita de las resoluciones, de no ser condenado en ausencia, ser informado, inmediatamente y por escrito, de las causas o razones de su detención, principio de gratuidad de la administración

¹⁴⁸ Cfr. Chorres Benavente, Hesbert, *op. cit.*, nota 135, p. 28 y ss.

¹⁴⁹ Cfr. *Idem.*

de justicia y de la defensa gratuita para las personas de escasos recursos; función del Ministerio Público de conducción desde su inicio de la investigación del delito, de dirección jurídico funcional de la policía judicial y de promoción de la acción penal, de oficio o a petición de parte¹⁵⁰.

Este sistema jurídico acusatorio garantista, tiene también su razón de existencia en las relaciones de entre los Estados de la comunidad de las naciones, bajo una nueva óptica, perspectiva universal de los conceptos fundamentales del Estado moderno, en donde los derechos humanos tienen una tendencia a la modernización y humanización de la justicia penal, a favor de la dignidad del hombre o *pro persona*, acompañado de los valores de libertad e igualdad, son parte de los sistemas contemporáneos de los distintos países como es en Latinoamérica.

Sistema acusatorio adversarial, no es tomado de la cultura occidental, es extraído del sistema angloamericano, es un procedimiento de partes, estos deciden como se va a llevar la prueba, la decisión de culpabilidad la toma el jurado y el de imponer la pena; la confesión permite pasar directamente a la individualización punitiva, es por eso que el fiscal y la defensa se prestan a negociar el reconocimiento¹⁵¹ (*plea bargaining*).

Las características de este sistema están en que *el procedimiento es acentadamente contradictorio* mediante la actividad de las partes que tienen intereses contrapuestos; hay una igualdad funcional de las partes, respecto de las posibilidades normativas que tiene uno y el otro en el marco procesal, entendiéndose por esta:

“...así como uno tiene la libertad y la legitimidad para presentar los cargos que denotan la presencia de un título de imputación a un sujeto responsable...la otra parte tiene la misma libertad de legitimidad y posibilidad para presentar el material probatoria de

¹⁵⁰ Cfr. *Idem*.

¹⁵¹ Cfr. *Ibidem*, p. 29.

descargo, sin ninguna exclusión o restricción fuera de lo que la ley establece¹⁵²”.

El juez tiene funciones de garantía y fallo, donde las condiciones de proceso son las mejores al tener las partes la igualdad procesal para presentar sus pruebas, desahogaras con apego al principio de contradicción, distinguiéndose claramente las tareas persecutorias, de defensa, que se hace principalmente por la teoría del caso presentado por las partes, por lo que el órgano jurisdiccional está en las mejores condiciones y aptitud de actuar imparcialmente al momento de decidir en apego de las reglas del procedimiento¹⁵³.

Asimismo este sistema implementa la solución de conflictos, permitiendo economía procesal, que permite solucionar conflictos con dificultades probatorios, o aquellos de delito de bagatela que puede llegar a resolverse por la negociación, conciliación¹⁵⁴.

¹⁵² *Ibidem*, pp. 29 - 30.

¹⁵³ *Cfr. Idem*.

¹⁵⁴ *Cfr. Idem*.

2.2. El objeto y finalidad del procedimiento Penal.

El procedimiento y proceso tienen íntima relación por lo que hay que tomar en cuenta ambos para determinar el objeto del procedimiento penal, el proceso es el fondo, la esencia, el procedimiento es la vía para llegar al objeto planteado, Froylán Bañuelos, al respecto refiere:

“Procedimiento y proceso. Sin romper la unidad del Derecho Adjetivo, en que uno y otro se integra, caben diferenciaciones esenciales entre ambos. De modo característico, el procedimiento es la forma; y el proceso el fondo. El primero actúa de continente o molde; el segundo, de continente o fisonomía, aquel indica el cauce o la admisión o al rechazamiento. El procedimiento constituye el camino; el proceso, el vehículo que permite recorrerlo a las partes y a los órganos públicos que lo transitan¹⁵⁵”.

El objeto del proceso es en un sentido técnico procesal para referirse a la litis de la acción penal y sus elementos, mientras que su finalidad es:

“se concretan en obtener una resolución sobre responsabilidad penal del imputado que materialmente sea correcta, que al mismo tiempo, sea obtenida de conformidad con el ordenamiento jurídico procesal, lo que incluye el pleno respeto a los derechos fundamentales y como tercera condición que, la misma resolución nos lleve al restablecimiento de la paz jurídica¹⁵⁶”.

De las principales finalidades del proceso es proteger los derechos que se contiene en el ordenamiento jurídico mediante la función jurisdiccional:

¹⁵⁵ Bañuelos Sánchez, Froylan, *Nueva práctica civil forense*, ed. 12°, México, Ed. Sista, 1991, p. II.

¹⁵⁶ Nataren Nandayapa, Carlos F. y Caballero Juárez José Antonio, *Los principios constitucionales del nuevo proceso penal acusatorio y oral mexicano*, México, UNAM, 2014, p. 31.

[“Frente a tan sublimes conceptualizaciones del proceso y del procedimiento, aquel (el proceso) *no es algo amorfo, ni un tren, ni una vía, ni un surtido de gasolina. Es una garantía sustantiva.* Contrariamente a semejantes posturas doctrinales es preciso aclarar que *el proceso no es algo amorfo. Es una garantía que modela sustantividad*”.

Lorca Navarrete, Antonio María, “El derecho procesal como sistema de garantías”, UNAM, *Boletín de derecho comparado*, México, núm., 107, mayo-agosto, 2003, p. 540.]

“El derecho procesal hace posible la actuación del ordenamiento jurídico que tiene por finalidad llevar a cabo la llamada función jurisdiccional¹⁵⁷”.

El derecho procesal regula el ejercicio de la función jurisdiccional como un sistema de garantías, para lograr una tutela judicial efectiva, no es sólo un procedimiento mecanicista:

“El derecho procesal surge regulando jurídicamente el ejercicio de la función jurisdiccional y, desde esa perspectiva, se sitúa, no como un mero instrumento jurisdiccional atemporal, acríptico y mecanicista [...] en orden a lograr la tutela judicial efectiva¹⁵⁸...”.

Esta rama del derecho que regula el ejercicio del derecho, mediante un “sistema de garantías sustantivo y autónomo¹⁵⁹”, sin que sea sólo la instrumentalización del proceso:

“Frente a tan sublimes concepciones del proceso y del procedimiento, aquel (el proceso) *no es algo amorfo, ni un tren, ni una vía, ni un surtido de gasolina. Es una garantía sustantiva.* Contrariamente a semejantes posturas doctrinales es preciso aclarar que *el proceso no es algo amorfo. Es una garantía que modela sustantividad*¹⁶⁰”.

El ejercicio función jurisdiccional que se lleva a cabo por medio del derecho procesal con un sistema de garantías constitucionales, es el *garantismo procesal*:

“El ejercicio de la función jurisdiccional a través del derecho procesal implica básicamente un sistema de garantías

¹⁵⁷ Lorca Navarrete, Antonio María, “El derecho procesal como sistema de garantías”, UNAM, *Boletín de derecho comparado*, México, núm., 107, mayo-agosto, 2003, p. 532.

¹⁵⁸ *Idem*.

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 533.

¹⁶⁰ *Ibidem*, p. 540.

constitucionales que se proyecta a través del llamando proceso de la función jurisdiccional. Es el garantismo procesal¹⁶¹”.

El garantismo procesal es autónomo con una realidad sustantiva propia, para proteger por medio de las garantías procesales contenidas en las leyes procesales conjuntamente con las disposiciones constitucionales el objeto del proceso en un marco constitucional comprometido a la realidad:

“El garantismo procesal implica la puesta en práctica de las garantías que en las leyes procesales se contienen, conjuntamente con las que poseen proyección constitucional de aquí y ahora¹⁶²”.

La garantía procesal es “compromiso constitucional” porque como lo menciona Lorca Navarrete, al hacer un análisis la Constitución Española (CE), esta garantiza por medio del proceso para proteger los derechos de las personas, a través de la tutela judicial:

“En tal sentido, el proceso es compromiso constitucional porque la CE garantiza que aquél (el proceso) pueda amparar los derechos de todos los ciudadanos¹⁶³”.

Esta conceptualización garantista del proceso como sistema de garantías para que por medio del proceso se obtenga tutela jurisdiccional efectiva, es la garantía constitucional del proceso que se contiene en la Constitución para obtener justicia en el proceso:

“Surge así un derecho de acción en sentido constitucional, no como un mero <derecho al proceso>, y sí como un derecho a la tutela que garantizará el proceso: como un derecho a una tutela efectiva”.

Es así que el concepto de proceso como instrumento para llegar a juicio, ha quedado en el pretérito, el proceso es estudiado como un sistema de garantías con compromiso constitucional, llamado *garantismo procesal constitucional*,

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 535.

¹⁶² *Ibidem*, p. 536.

¹⁶³ *Ibidem*, p. 545.

mediante el “debido proceso sustantivo¹⁶⁴”, es con la garantía de tutela efectiva jurisdiccional que se garantizará el proceso, para que cuando se dirima una situación sea con derecho a todas las garantías procesales aplicables para obtener justicia.

Ante este panorama, es momento de delimitar en dónde queda la etapa administrativa de investigación ministerial de investigación del delito, objeto del presente trabajo, cuando las garantías judiciales son propias del proceso con “sustantividad garantista¹⁶⁵”, mientras que el procedimiento es técnico, mecanicista y adjetivo:

“Así, y de un lado, se hallaría la sustantividad garantista del proceso y de otro lado, la tecnificación mecanicista y adjetiva del procedimiento¹⁶⁶”.

El proceso es crítico, temporal, “y comprometido con la realidad constitucional¹⁶⁷” que se apoya con un sistema de garantías del justiciable “*metodología constitucional de la norma constitucional*¹⁶⁸”, mientras que el procedimiento es “atemporal y acrítico¹⁶⁹”, que se lleva a cabo mediante por “formas procesales técnicas y mecanicistas¹⁷⁰”.

Es de precisar que los términos proceso y procedimiento es un binomio, que conforme a sus etapas no puede prescindir uno del otro, y por lo tanto “el proceso se constituye, [...] en la justificación del procedimiento¹⁷¹”, y el carácter debido del proceso o proceso justo, sólo tiene justificación cuando en el procedimiento se tengan también garantías procesales:

“Algún sector doctrinal postula que la ausencia de garantías procesales o al menos el desarrollo desigual (de esas garantías)

¹⁶⁴ *Ibidem*, p. 539.

¹⁶⁵ *Ibidem*, p. 549.

¹⁶⁶ *Idem*.

¹⁶⁷ *Idem*.

¹⁶⁸ *Idem*.

¹⁶⁹ *Idem*.

¹⁷⁰ *Idem*.

¹⁷¹ *Ibidem*, p. 550.

en el ordenamiento procesal frustraría la conceptualización del proceso como garantista y sustantivo¹⁷²”.

La etapa preliminar de investigación ministerial del delito, se desarrolla en el procedimiento sumario de investigación, etapa que no es el proceso, pero no es óbice para que se le otorgue el derecho al indiciado de contradecir los datos de pruebas que hubiera en su contra:

“La garantía de contradicción puede ser respetada cualquiera sea la forma del procedimiento, pero estas diferentes formas deben ser reguladas de modo que ese resultando pueda ser conseguido¹⁷³”.

El debido proceso, o el derecho al proceso justo (*fair trial; fair hearing*), es también aplicado a la etapa administrativa en Latinoamérica que hayan suscrito al Convención Interamericana de Derechos Humanos, al ser aplicable los derechos humanos contenido en el artículo 8º de la convención, que aunque dice garantías judiciales, es aplicable a cualquier procedimientos, tal como se puede observar, en la sentencia internacional del caso Tribunal Constitucional vs Perú, de fecha 31 de Enero del 2001, que en una parte de la misma establece:

“69. Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino el conjunto de requisitos que deben de observarse en las instancias procesales”, a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.

70. Ya la Corte ha dejado establecido que a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de

¹⁷² *Ibidem*, p. 553.

¹⁷³ Ortells Ramos, Manuel, “Formas de procedimiento y garantías fundamentales del proceso civil”, *Revista Ius et Praxis*, Universidad de Talca, Chile, núm., 1, 2010, p. 411.

orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se le aplica en materia penal¹⁷⁴”.

Con lo descrito se establece que el garantismo procesal como derecho a la tutela efectiva en donde se tengan todas las garantías procesales en el proceso para obtener justicia o un debido proceso, es una actual forma de establecer la función del proceso por medio de un compromiso u obligación constitucional, y por lo que respecta a la etapa preliminar de investigación del delito también es aplicable el debido proceso mediante el cumplimiento del 8.2 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aunque el título diga garantías judiciales, son aplicables a cualquier procedimiento, con el objeto que en igualdad de derechos y garantías se respeten los derechos de los individuos, cual fuere la etapa procesal o procedimiento que la autoridad someta a una persona.

En general de la etapa preliminar de investigación se puede decir que el objeto del procedimiento y fin están relacionados porque al existir un hecho delictuoso en concreto que la sociedad tiene el interés que se haga justicia y es por medio del Estado que se ejercita el *ius puniendi*, para saber la verdad histórica, por su parte el imputado tiene el interés que se declare su inocencia, es por eso que hay conflicto de intereses la tutela que se pide al Estado es distinta, mientras que la sociedad pide la punición del acto delictuoso, el imputado pide hasta en tanto no se demuestre su responsabilidad sea respetado su *ius libertatis*, bajo el estricto respeto de sus derechos fundamentales, lo anterior se logra por medio de las garantías procesales que dan método, orden, legalidad, justicia formal al procedimiento para que por medio de juicio acusatorio, donde se tenga igualdad procesal, la publicidad, contradicción, etc., se satisfaga los derechos de

¹⁷⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Tribunal Constitucional vs Perú, 31 de Enero del 2001.

ambos, como del *ius puniendi* y el derecho del imputado de defenderse con todas las garantías que establece la ley.

2.3. La investigación del delito en la etapa preliminar.

La investigación en materia procesal penal, se le denomina procedimiento preliminar, instrucción, sumario, diligencias previas, procedimiento preparatorio; consiste en “una compleja serie de actos, que de maneras muy diferentes, guardan relación con la actividad procesal posterior¹⁷⁵”, que forma parte del sumario, así tenemos de referencia la ley de enjuiciamiento criminal española, vigente todavía hasta el año 2013, en su artículo 299 define al sumario de la siguiente manera:

“Artículo 299. 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 mismos¹⁷⁶”.

La denominación de “procedimiento preliminar es doctrinal”, como puede desprenderse del procesalista Alcalá Zamora; “relativo a la sistematización de la variedad de supuestos de procedimientos relacionados con el proceso principal y anteriores a él¹⁷⁷”, definición que se acerca más a lo que es la etapa de investigación de los delitos, en cuanto que los actos son heterogéneos, al no corresponder en todos los casos al órgano jurisdiccional; el concepto de procedimiento en cuanto que son conjunto de actos sin que se resuelva el fondo

[En cuestiones de eficiencia y eficacia del Ministerio Público y de la Policía de investigación en el sistema mexicano se le ha considerado “...como instituciones desprestigiadas, ya que su actuar tiende a asociarse con la ineficiencia, arbitrariedad, la corrupción el maltrato a las y los ciudadanos y el abuso del poder”.

Ortega Soriano, Ricardo A. (coord.) *et al*, *Aspectos básicos para comprender la reforma constitucional en materia de justicia penal, México*, Comisión de Derechos Humanos en el Distrito Federal, 2011, p. 12.]

¹⁷⁵ Ortells Ramos, Manuel, “El procedimiento preliminar en el proceso penal”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, Chile, núm. 204, 1998, p. 130.

¹⁷⁶ Ley de enjuiciamiento criminal de España, vigente en el año 2013.

¹⁷⁷ *Cit.* Ortells Ramos Manuel, *op. cit.*, nota 175, p. 131.

del asunto; preliminar, proporciona la temporalidad respecto el inicio de la investigación, por su parte el autor Manuel Ortells Ramos refiere:

“...esta parte del proceso penal tiene un contenido heterogéneo en cuanto a las clases de actos; no sólo hay en ella actos de investigación o de información en cuanto a los hechos, que es a lo que fundamentalmente se alude cuando se habla de instrucción o similares. En segundo lugar, no siempre la realización de los actos de esa fase se atribuye a órganos jurisdiccionales. Estas dos observaciones hacen conveniente designar esa fase con una expresión amplia y algo neutra: procedimiento, para no prejuzgar su carácter jurisdiccional en todos los casos; preliminar, que denota sobre todo la posición en el tiempo de esta fase y sólo alude (no designa precisamente), a su funcionalidad respecto a la fase siguiente¹⁷⁸”.

De las razones para realizar el procedimiento preliminar son; procurar encontrar los rastros del hecho ilícito¹⁷⁹, hay “un interés público en que el proceso penal se realice siempre que haya tenido lugar hechos que den fundamento para esa realización¹⁸⁰”; la posible preparación del juicio, “comprobar cualquier hecho que revista caracteres de delito¹⁸¹”; “función de resolver sobre la admisibilidad del juicio oral¹⁸²”; “evitar la presentación de acusaciones insuficientemente fundadas¹⁸³”, para que se tenga sustento la “garantía de la efectividad de la sentencia¹⁸⁴”, mediante la aplicación de medidas cautelares; razones que son esenciales para saber el fundamento de medidas cautelares.

¹⁷⁸ Ortells Ramos Manuel, *op. cit.*, nota 175, p. 131.

¹⁷⁹ *Cfr. Ibidem*, p. 130.

¹⁸⁰ *Ibidem*, pp. 130 y ss.

¹⁸¹ *Ibidem*, p. 132.

¹⁸² *Idem*.

¹⁸³ *Ibidem*, p. 133.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 134.

La instrucción es: “La reunión de pruebas y procedimientos cumplidos para llevar a juicio a los presuntos responsables¹⁸⁵”, e “inicia por la promoción de oficio de la acción penal por parte del ministerio público, o por denuncia de particulares, funcionarios o por la información o prevención de las autoridades policiales¹⁸⁶”; de lo anterior hay que tener en cuenta ciertas características:

a) La pre-instrucción o pre-proceso, figura procesal denominada así en el sistema mexicano, que se lleva a cabo en la averiguación previa. Es cuando “el Ministerio Público tiene conocimiento de un hecho delictivo, ya sea por denuncia o querrela... debe iniciar *la averiguación previa*... debe formalizarla con un requisito de procedibilidad...¹⁸⁷”.

b) La instrucción, la cual en el sistema mexicano “inicia a partir del auto de formal prisión o de sujeción a proceso y se refiere a la etapa de ofrecimiento y desahogo de pruebas en el proceso penal¹⁸⁸”, sin dejar de mencionar que de acuerdo a las reformas para la implementación del sistema acusatorio oral, ahora es auto de vinculación.

Lo anterior se hace mención porque es importante establecer ante quien se lleva la pre-instrucción, es decir, la reunión de datos de pruebas, siendo el eje sobre el cual se lleva la instrucción y el juicio, consistente en:

a) En el sistema judicial, cuando lleva a cabo la pre-instrucción, el Ministerio Público al recibir una denuncia, deberá notificar de ello al juez, pedir su desestimación, su remisión a otra jurisdicción¹⁸⁹, y el propio juez quien: “elevantará el requerimiento de acción penal, y allí el juez deberá decidir si la misma prospera o no, y en qué condiciones¹⁹⁰”. En este sistema, se limita las facultades del

¹⁸⁵ Dario Rombola Néstor y Martín Roboiras Lucio, *Diccionario Ruy Díaz de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Argentina, Ed. Ruy Díaz, 2005, p. 544.

¹⁸⁶ Marco L. Celertti y Hernán L. Folgueiro, *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, en J. Maier, Julio (coord.), Argentina, Ed. Ad-hoc, 1993, p. 123.

¹⁸⁷ Barragán Salvatierra, Carlos, *Derecho procesal penal*, 3ª ed., México, Ed. McGrawill, 2009, p. 369.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 416.

¹⁸⁹ Marco L. Celertti y Hernán L. Folgueiro, *op. cit.*, nota 186, p. 123.

¹⁹⁰ *Idem*.

Ministerio Público, sólo “realiza las medidas ineludibles¹⁹¹”, en otras palabras, “procurará obtener todos los medios probatorios imprescindibles¹⁹²” en la investigación, para “determinar con precisión la seriedad de su sospecha¹⁹³”, restringiéndole algunos actos al Ministerio Público que pueden variar según las leyes procesales de los Estados, como son¹⁹⁴:

- Receptar la declaración del imputado.
- Disponer medidas restrictivas de libertad.
- Efectuar los actos irreproducibles y definitivos.
- Disponer el archivo a la suspensión de las actuaciones.

El presente sistema tiene su fundamento ante la desconfianza del Ministerio Público, al imponerle la notificación al juez, para que el requerimiento sea elevado a acción penal, otorgándoles facultades limitadas como “citar testigos, requerir informes, solicitar el auxilio de las fuerzas de seguridad para cumplir con sus actos, e inspeccionar lugares y cosas con la debida orden de allanamiento¹⁹⁵”, respecto a la desconfianza a la institución del Ministerio Público en Argentina, se ejemplifica con la siguiente transcripción:

“...de nuevo nos hace dudar de la confianza puesta en el ministerio público por la nueva legislación. No solo actúa indirectamente (por vista o con el “permiso” del juez), sino también lo hace condicionado¹⁹⁶...”.

Este sistema tiene varias objeciones dentro de las cuales encontramos la concentración de la investigación por parte de un juez, lo que conduce una línea jurisdiccional, y es otro juez quien juzga, contraviniendo el principio de que el órgano investigador no puede ser investigador y parte, por tal motivo en este

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 125.

¹⁹² *Ibidem*, pp. 125 y ss.

¹⁹³ *Ibidem*, p. 127.

¹⁹⁴ *Cfr. Ibidem*, p. 135.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 134.

¹⁹⁶ *Ibidem*, pp. 134 y ss.

sistema se ha cuestionado su estructura al decir: “¿O en realidad se agrava por ser la misma persona la que investiga y decide?”¹⁹⁷.

b) El sistema de pre-instrucción realizado por el Ministerio público. En este sistema las diligencias para acreditar, según sea el caso, el cuerpo del delito, elementos del tipo, hecho delictuoso, así como para acreditar la presunta responsabilidad del indiciado, es realizada la mayoría por parte del Ministerio Público, y así mismo en algunos sistemas procesales de oficio el órgano jurisdiccional puede solicitar diligencias para la verdad histórica del acto delictivo¹⁹⁸. Desprendiéndose de forma deductiva la forma de actuar en las diligencias realizadas por parte del Agente del Ministerio Público:

- Las realiza en la mayoría el Agente del Ministerio Público.
- Hay discrecionalidad para recabar datos de pruebas.
- Los datos de pruebas son pre-constituidos, en cuanto que el imputado en el sistema mexicano tiene acceso a la carpeta de investigación hasta que se le pretenda tomar declaración o audiencia de imputación y *no hay prescripción legal donde establezca el derecho de estar presente y contradictorio inmediato* de los datos de pruebas, lo que constituye para el indiciado una disminución de defensa al tratar de objetar, desvanecer lo pre-constituido por el Ministerio Público en los denominados datos de prueba que pueden ser alteradas, modificadas, fabricadas por el mismo órgano investigador¹⁹⁹.
- Los datos de pruebas no son pruebas hasta que desahoguen en el juicio oral, pero son suficiente para imponer una medida cautelar sea o no culpable el sujeto a investigación.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 133.

¹⁹⁸ *Cfr.* Barragán Salvatierra, Carlos, *op. cit.*, nota 187, p. 369.

¹⁹⁹ *Cfr.* López Ugalde, Antonio, *Procuración de Justicia y Derechos Humanos propuestas y análisis*, México, CDHDF, 2003, p. 14.

El Ministerio Público en la etapa de investigación en los Estados Unidos Mexicanos no sólo es parte sino también es autoridad²⁰⁰, como es, al estar facultado para detener en flagrancia o caso de emergencia²⁰¹, observándose la ventaja procesal por ser parte además de preparar la acusación, cuando lo idóneo debería ser un tercero imparcial; esos son algunos motivos por lo que de antemano el indiciado en la etapa preliminar de investigación debe tener de forma más amplias garantías procesales que le permitan equilibrar su posición de investigado ante las funciones extralimitadas que tiene el Ministerio Público; el entonces Magistrado Juan Montero Aroca del Tribunal Superior de Justicia de Valencia, España, dijo:

“...en nuestra opinión el procedimiento preliminar no debe encomendarse a una parte, que es lo que es el Ministerio Público, que se limite a preparar la acusación, sino a un tercero imparcial al cual se atribuya la preparación de la acusación y la defensa²⁰²...”.

En el sistema procesal penal mexicano la averiguación previa es garantía de seguridad jurídica, al ser la denuncia y querrela las formas para instaurar una investigación en contra de una persona:

“La Constitución general del país, instituye la denuncia y la querrela como las únicas formas legales a partir de las cuales puede iniciarse una investigación, al preceptuar en el párrafo 16, que no podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y *sin que preceda denuncia o querrela*, lo que coloca a estos institutos como requisitos de procedibilidad, es decir, como condiciones sin cuyo

²⁰⁰ Cfr. García Ramírez, Sergio, “El Ministerio Público en la averiguación de los delitos”, *Justicia y sociedad*, México, UNAM, serie G, Estudios doctrinales, número 167, 1994, p. 421.

²⁰¹ Cfr. González de Vega Rene *et al.*, *El Ministerio Público en el Distrito Federal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, p. 26.

²⁰² Montero Aroca, Juan, “La garantía procesal penal y el principio acusatorio”, *Justicia y sociedad*, México, UNAM, serie G, Estudios doctrinales, número 167, 1994, p. 535.

cumplimiento no puede iniciarse o continuarse –según el caso- la averiguación previa²⁰³”.

Lo transcrito con anterioridad es para robustecer que el Ministerio Público y la policía para poder llevar a cabo investigaciones en término de lo dispuesto en el artículo 21 Constitucional, debe estar cumplido con anterioridad el requisito de procedibilidad de denuncia o querrela que se contiene en el artículo 16 constitucional, para poder hacer investigaciones, actos de molestia, diligencias a las personas, bienes, derechos, etc., (inspeccionar personas, como lo establece el artículo 268 de Código Nacional de Procedimientos Penales), de lo anterior se concluye:

- El requisito de procedibilidad que se contiene en el artículo 16 constitucional, respecto de que debe mediar denuncia, querrela, para que sea investigada una persona es una garantía de seguridad jurídica, que debe cumplir cualquier autoridad como son los cuerpos policiacos.
- Por medio de la instauración del procedimiento preliminar de investigación, se erradica las inquisiciones generales, pesquisas, delaciones.

Lo anterior también nos conlleva la necesidad de que:

- Desde el inicio del procedimiento preliminar de investigación, el indiciado tenga una defensa adecuada material y técnica.

Además de ser una garantía convencional, el derecho de defensa conforme al artículo 8.2 d, de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que debe ser respetada por toda autoridad como es el actuar del Ministerio Público, porque la forma de operar de esta institución de buena fe, en parte es de la siguiente forma:

²⁰³ Hernández Pliego, Julio, “Denuncia, delación, pesquisa”, en Cienfuegos Salgado, David, y Boanerges Guinto López, Jesús (coord.), *El derecho Mexicano contemporáneo, retos dilemas, estudios en homenaje a Cesar Esquinca Muñoa*, México, UNAM, 2012, p. 271.

“En cuestiones de eficiencia y eficacia del Ministerio Público y de la Policía de investigación en el sistema mexicano se le ha considerado “...como instituciones desprestigiadas, ya que su actuar tiende a asociarse con la ineficiencia, arbitrariedad, la corrupción el maltrato a las y los ciudadanos y el abuso del poder²⁰⁴”, lo que tiene varios orígenes como los siguientes: “...40% de las detenciones se logran sin orden de aprehensión, apelando injustificadamente flagrancia o urgencia del Ministerio Público.²⁰⁵”

Es por lo anterior y demás situaciones que se plantean en el presente trabajo, la necesidad de que constitucionalmente como garantía procesal se establezca el derecho del indiciado de que *esté presente el abogado en cualquier diligencia de investigación u acto de molestia*, como es cuando se le pretenda ser inspeccionado por policías, derecho de defensa que es entendible, pero al defensor en esta etapa preliminar de investigación se le ha circunscrito al estar presente en la declaración, situación que de forma meridiana protege al indiciado para que no sea torturado o violentado cuando rinda su declaración, pero que no salvaguarda sobre la discrecionalidad omnipotente de recabar datos de prueba que tiene el Ministerio Público en la etapa de investigación preliminar del delito.

²⁰⁴ Ortega Soriano, Ricardo A. (coord.) *et al*, *Aspectos básicos para comprender la reforma constitucional en materia de justicia penal, México*, Comisión de Derechos Humanos en el Distrito Federal, 2011, p. 12.

²⁰⁵ *Idem*.

2.3.1. Las investigaciones inquisitorias en el sistema jurídico procesal penal mexicano.

En Latinoamérica subsisten modelos puros que provienen del siglo pasado, los que reproducen el Código de Napoleón, el Código Español de 1870 ; estos textos tienen una arraigada ideología monárquica, no compatible con la ideología de democracia de América Latina, que tienen como características la exacerbación del poder del Estado, la técnica legislativa es deficiente con códigos herméticos, lo cual se refleja en la historia los códigos modelo, porque en

Europa los regímenes, antes y cuando surgió la revolución francesa, las diferencias ideológicas no eran bien vistas por los Estados imperialistas con las ideas de libertad del nacimiento de los Estados democráticos²⁰⁶; es por eso que en gran medida los códigos procesales latinoamericanos llevan esa directriz de tutelar los Estados autoritarios, imperiales, no siendo compatible con los derechos humanos pero que tiene la ventaja en cierta certeza de las penas; y para robustecer lo antes referido se hace la siguiente transcripción:

“Obviamente, el origen ideológico de estos textos no es republicano y su compatibilización con los Derechos Humanos es materia de elaboración interpretativa que, no siempre tiene éxito frente a la letra de la ley. Estos textos, pese a su dureza, a la injerencia que dan organismos estatales ejecutivos (no compatible con una división republicana de los poderes del Estado) y a su genealogía imperial, tienen la ventaja de cierta certeza en las penas²⁰⁷”.

[En la secuela procedimental en la etapa inicial o preliminar, el Ministerio Público ante la *notitia criminis*, investiga en forma inquisitiva y secreta, con la intervención en algunas diligencias del juez de control. Polanco Braga, Elías, “El nuevo sistema de enjuiciamiento penal mexicano”, *Revista de Cultura Jurídica de los Seminarios de la Facultad de Derecho*, UNAM, México, núm. 4, octubre- diciembre de 2011, p. 170.]

²⁰⁶ Zaffaroni Eugenio, Raúl, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (informe final)*, Buenos Aires, Ed. Depalma, Tomo II, 1986, pp. 114 – 115.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 115.

En estas circunstancias, ante la disparidad de ideologías en los códigos de procedimientos penales en los países de Latinoamérica, que tienen un tinte imperialista, monárquico, fueron transmitidos a las distintas colonias, que después alcanzaron su independencia, pero ante esa cultura procesal autoritaria, que es incompatible con los derechos humanos, es necesario hacer un replanteamiento de las ideologías originarias para que no sean vulnerados los derechos fundamentales del hombre, replanteando en las cuestiones jurídicas que así lo ameriten, la teoría de la ley penal, códigos procesales, en confrontación a los derechos humanos, sin pasar por alto que el Estado Mexicano ya los reconoció y aquellos tratados que estén conforme a la Constitución, lo que genera derechos supranacionales que tienen las personas en los Estados Unidos Mexicanos; en cuanto que debe haber una restructuración las ideologías de las leyes como es la procesal penal; el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, realizó las siguientes recomendaciones:

“Como resultado de la comprobación de que en buena medida las ideologías originarias de los códigos penales latinoamericanos son incompatibles o de difícil compatibilización con la ideología de los Derechos Humanos, creemos recomendable:

- 1) Promover las investigaciones filosóficas, históricas y de derecho comparado que establezcan las ideologías originarias de los códigos penales.
- 2) Promover las investigaciones de estas ideologías en los problemas particulares de la teoría de la ley penal, del delito y de la coerción penal, y su crítica mediante una profundización y confrontación con la ideología de los derechos humanos²⁰⁸”.

Las anteriores prácticas inquisitoriales de facto pertenecen en parte del derecho vigente de algunos países de Latinoamérica, *como es el secreto del sumario o de las investigaciones, que provienen de sistemas jurídicos imperialistas* que no están conforme a los derechos humanos de las personas,

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 119.

que tenían como función primero asegurar el procedimiento mediante privación provisional de la libertad del indiciado para que la autoridad recabe medios de prueba sin la intervención del inculgado y defensor, que le puede obstaculizar las investigaciones, para después averiguar la verdad de los hechos, es para “fortalecer la función de la instrucción²⁰⁹”, además de la injerencia del poder ejecutivo normalmente, en la etapa investigadora:

“...el secreto del sumario...se trata de una característica inquisitoria...Obedece al viejo sistema de fortalecer la función de la instrucción y, como resultado de la enorme injerencia de órganos del poder ejecutivo en esta etapa procesal, fortalecer esta injerencia. Corre, pues, el doble riesgo de lesionar tanto el derecho de defensa como de desequilibrar los poderes del Estado Republicano en favor del poder ejecutivo²¹⁰”.

Para entender como es el sistema inquisitivo, se hace mención de algunas de las características del sistema inquisitorio, retomando aquellas que están relacionadas a la presente investigación, como lo menciona Elías Polanco Braga, son²¹¹:

- La instrucción y el juicio son secretos.
- Existe la declaración anónima y las pesquisas.
- La defensa es casi nula.

Además hay que mencionar que el “sistema mixto”, tiene elementos del sistema acusatorio e inquisitivo, retomado también por el sistema mexicano, antes de la reforma Constitucional de 18 junio del 2008, respecto al sistema mixto, se hace mención de la siguiente característica, también mencionada por Elías Polanco, consistente en²¹²:

²⁰⁹ *Ibidem*, p. 156.

²¹⁰ *Idem*, p. 156.

²¹¹ Polanco Braga, Elías, “El nuevo sistema de enjuiciamiento penal mexicano”, *Revista de Cultura Jurídica de los Seminarios de la Facultad de Derecho*, UNAM, México, núm. 4, octubre- diciembre de 2011, p. 170.

²¹² *Idem*.

“En la instrucción se utiliza el secreto y la escritura”.

En este orden de ideas, al hacer un análisis del sistema penal mexicano en la etapa preliminar de investigación ministerial, o pre-instrucción, se hace mención de las siguientes características:

- La acción penal está a cargo del Ministerio Público (art. 21 Constitucional).
- La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a la policía bajo conducción de aquel. (art. 21 Constitucional).
- En “...la averiguación previa en lugar de buscar la verdad, lo que le interesa es consignar al indiciado, lo que da como resultado una injusta procuración de justicia²¹³...”.
- “El Ministerio Público desarrolla dos tipos de actividades, por una parte despliega una labor investigadora y por otra ejerce la acción penal²¹⁴”, es decir, es autoridad y parte en la etapa investigadora.
- “En el contexto del sistema penal, se identifica al Ministerio Público y la Policía de Investigación como instituciones desprestigiadas, ya que su actuación tiende a asociarse con la ineficiencia, la arbitrariedad, la corrupción, el maltrato a las y los ciudadanos y el abuso de poder²¹⁵”.
- “Se estima además que el 40% de las detenciones se logran sin orden de aprehensión, apelando injustificadamente flagrancia o urgencia el Ministerio Público²¹⁶”.
- No se cumple el derecho humano de debido proceso, ante la incapacidad de “...una investigación que observe las reglas del debido proceso y el respeto de los derechos humanos de las víctimas y las personas inculpadas²¹⁷”.
- Respecto los datos de pruebas, recabados en la etapa de investigación *aunque se argumente que no hacen prueba hasta el juicio oral, pero son*

²¹³ Barragán Salvatierra, Carlos, *op. cit.*, nota 187, p. 369.

²¹⁴ *Ibidem*, p. 371.

²¹⁵ Ortega Soriano, Ricardo A (coord.) *et al*, *op. cit.*, nota 204, p. 12.

²¹⁶ *Ibidem*, pp. 12 y ss.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 13.

suficientes para que se dicten providencias precautorias y medidas cautelares, dentro de la que está la que tiene mayor trascendencia, la detención en delito flagrante o en caso de emergencia, además que los datos de prueba obtenidos por el Ministerio Público son eficaces para que el juez de control aplique la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa cuando se encuentra en la hipótesis establecida en la ley, entonces no se puede decir que no es prueba hasta que se ofrezca en el juicio oral.

➤ La Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, al respecto refiere: “...las pruebas recabadas por el Ministerio Público durante la investigación, pero esta etapa se desarrolla sin control judicial²¹⁸...”, aunque se quiera argumentar que la etapa formalizada de investigación está bajo supervisión de la autoridad judicial, es esencialmente respecto el lapso de tiempo que durará la investigación, pero respecto que supervise como se llega a cabo el desahogo de las pruebas en la etapa de investigación, no lo realiza la autoridad judicial, diciéndole al imputado “vaya usted para que el Ministerio Público le recabe los datos de pruebas que usted está ofreciendo”, etapa complementaria que sólo da seguridad respecto los tiempos, pero no sobre la fiabilidad, ética; para que no sea destruida, alterada, plantados, modificados, los datos de prueba.

En conclusión, el sistema de investigación del delito en los Estados Unidos Mexicanos tiene rasgos inquisitoriales, aún con la reforma de 18 de junio del 2008, al tener como características: instrucción secreta (reservada), declaración anónima, los ciudadanos se quejan de abuso de poder, detenciones injustas, los datos de prueba son la columna para aplicar medidas cautelares y/o precautorias, la alteración destrucción de pruebas, el Ministerio Público funge como parte y autoridad en el procedimiento de investigación. Para confirmar sobre el procedimiento inquisitivo en la etapa de investigación, se transcribe lo siguiente de Polanco Braga Elías:

“En la secuela procedimental en la etapa inicial o preliminar, el Ministerio Público ante la *notitia criminis*, investiga en forma

²¹⁸ Ortega Soriano, Ricardo A (coord.) *et al*, *op. cit.*, nota 204, pp. 12 y ss.

inquisitiva y secreta, con la intervención en algunas diligencias del juez de control²¹⁹”.

²¹⁹ Polanco Braga Elías, *op. cit.*, nota 211, p. 175.

2.3.2. La etapa preliminar de investigación, momento procesal para lesionar los derechos humanos del indiciado.

En esta etapa procesal que puede ser en cuanto tiempo acelerada, cuando es llevada a cabo con detenido, al prescribir la Constitución el tiempo en que puede estar retenido el indiciado; o puede ser lenta cuando se trata de investigaciones sin detenido, que puede durar días, semanas, meses, según el delito que se averigua; en las dos formas de integrar la averiguación previa, el Ministerio Público puede lesionar derechos fundamentales sin transgredirlos directamente, reduciéndolos a tal grado que en la mayoría de los casos se puede instaurar un proceso a una persona.

El acto de que a un sujeto le sea instaurado un proceso, en efecto constituye serie de garantías jurisdiccionales para cumplir el debido proceso, pero el procedimiento preliminar de investigación en el sistema procesal penal mexicano hay las mínimas garantías de seguridad jurídica, legalidad, debida defensa para que sea cumplido el principio de inocencia en cabalidad, aún con las reformas de 18 de junio del 2008, porque por medio de sospechas se llega al proceso para incriminar al indicado, al respecto Enrique Díaz Aranda dice:

“Sin embargo, el verdadero trasfondo de la reforma constitucional de 2008 radica en legalizar el libramiento de órdenes de aprehensión y dictar autos de vinculación a proceso con sospechas²²⁰...”.

El problema de que una persona sea llevada por medio de sospechas pareciera que careciera de trascendencia dentro del proceso, sin en cambio, anterior al proceso tenemos el procedimiento preliminar de investigación, en donde se cometieron actos de molestia, hasta de privación momentánea de

[“Sin embargo, el verdadero trasfondo de la reforma constitucional de 2008 radica en legalizar el libramiento de órdenes de aprehensión y dictar autos de vinculación a proceso con sospechas...”.

Díaz Aranda, Enrique, Prólogo, en *Las falsas divergencias de los sistemas inquisitivo y acusatorio*, UNAM, serie de estudios jurídicos, núm., 201, 2012, p. X.]

²²⁰ Díaz Aranda, Enrique, Prólogo en *Las falsas divergencias de los sistemas inquisitivo y acusatorio*, UNAM, serie de estudios jurídicos, núm., 201, 2012, p. X.

derechos, que permite que el órgano jurisdiccional los ratifique aunque sea de forma momentáneamente, por medio de los siguientes actos principalmente de autoridad:

- Providencias precautorias.
- Ordenes de aprehensión o de comparecencia.
- Medidas cautelares.
- Prisión preventiva de la libertad.
- Arraigo.
- Embargo de bienes provisionalmente.
- Revisión de policías al indiciado, antes de la investigación (artículo 268 del Código Nacional).
- Intervención de comunicaciones.
- Autos de vinculación.

Por lo corresponde a las órdenes de aprehensión, comparecencia, auto de vinculación en el sistema mexicano con las reformas constitucionales, redujo el estándar de seguridad jurídica al indiciado, para poderlas llevar a cabo, al cambiar elementos del tipo penal por cuerpo del delito, y ahora con la reforma constitucional 18 de junio del 2008, por el de “se establezca el hecho delictuoso”, lo que origina que el principio de inocencia en favor del indiciado sea disminuido al nivel que sea un derecho de papel en la etapa preliminar de investigación, porque anteriormente con obligación de las autoridades de acreditar los elementos del tipo penal en el año 1993, derecho que daba más seguridad a los ciudadanos, es acotado para establecer en 1999, la acreditación del cuerpo del delito, para quedar más reducido en el año 2008, al “hecho que la ley señala como delito”, al respecto Rubén Quintino Zepeda dice:

“Según mi modo de ver, el sentido de la reforma pertenece a un sistema retrasado y empobrecido que se revela ya como ventajoso, y que va mano a mano con el despotismo y con la arbitrariedad de un Estado autoritario.

Las expresiones con las que se sustituye al cuerpo del delito y a la probable responsabilidad, son dos términos que quedarán en la

Constitución como espantapájaros, para que las aves hagan su nido y sus desechos, es decir para que las Entidades Federativas interpreten y diversifiquen el sistema penal.

Hablar de los “*elementos del tipo penal*” y luego del “*cuerpo del delito*” es caer ya de lo alto, pero hablar del “*hecho que la ley señale como delito*”, es caer más bajo²²¹”.

En termino actual de un “hecho que la ley señale como delito”, sin que se demuestre los “elementos del tipo penal” o por lo menos “cuerpo del delito”, sin que tenga por demostrado por lo menos el elemento “dolo”, es retroceder a épocas medievales en donde predomina el “la presunción de culpabilidad”, *en perjuicio del principio de inocencia*, no basta enunciar el derecho sino debe existir los medios para poderlo llevar a cabo, y aunque la Constitución establezca el principio de inocencia, el artículo 16 de esta misma, lo limita, porque permite que la autoridad gire ordenes aprehensión, comparecencia, o dicte auto de vinculación, sin que se demuestre el dolo o intención del sujeto activo (elemento esencial de la ciencia penal), basándose dichos actos de autoridad con el hecho descrito en la ley que puede demostrarse con la sola declaración de dos testigos, para interferir en la esfera jurídica del gobernado:

“El término de una formula muy anquilosada que se encontraba ahí y que hacía referencia a que el dolo se presumía salvo prueba en contrario. Así, si un dolo se presumía salvo prueba en contrario bastaba una denuncia, bastaban dos testigos que soportaran esa denuncia, una presunción de dolo reconocida por la ley que obraba en contra del indiciado para que se gestara el procedimiento penal y la carga de la prueba se gestara el procedimiento penal y la carga de la prueba se le revirtiera precisamente al indiciado. Era él quien tenía que demostrar su inocencia contra la presunción de dolo que existía en su contra en la propia ley. Sin embargo, el avance de la doctrina penal, el avance de las formulas penales permitieron dejar en el pasado aquella presunción de dolo salvo prueba en

²²¹ Quintino Zepeda, Rubén, *La orden de Aprehensión y el Auto de Vinculación a Proceso*, México, 2008, UBIJUS, p. 12.

contrario; pero con motivo de la reforma del 93 y posteriormente la reforma procesal del 94 generaron múltiples dudas, porque en sistema de impartición de justicia, en nuestro país la doctrina no había avanzado sustancialmente²²².

Es por eso que con las reformas de la Constitución de 18 de junio del 2008, respecto los requisitos de un “hecho que la ley señale como delito”, para librar una orden de aprehensión, lesiona el derecho humano de inocencia que se contiene en el 8.2 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, porque para demostrar el hecho delictuoso se requiere demostrar la conducta del presunto responsable sin tomar en cuenta el elemento principal del tipo penal que es dolo, y así como está redactada la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, basta que dos testigos afirmen que se el indiciado cometió un delito para que sea afectada su libertad personal, para tener que demostrar en el proceso su inocencia, lo que se traduce aunque la Constitución no lo establezca de esa forma, es una presunción de culpabilidad, para demostrar la culpabilidad y después demostrar la inocencia del indiciado.

Por lo que respecta a las providencias precautorias y medidas cautelares, también carecen del mínimo rango de seguridad jurídica para afectar a cualquier ciudadano, es por ello la incertidumbre jurídica que otorga los artículos 16 para librar una orden aprehensión y el artículo 19 para vincular a un sujeto a procedimiento se torna peligrosa en contra de cualquier habitante de los Estados Unidos Mexicanos, y a ello le agregamos que como prescribe el Código Nacional en su artículo 138, que se pueden congelar cuentas bancarias, embargar bienes, se torna que una persona, ya sea político, profesor, ama de casa, comerciante, en cualquier momento la ley le puede cambiar su vida, dejarlo sin libertad, bienes, estabilidad familiar y con un desprestigio hacia su persona, normas jurídicas que no son justas y es precisamente justicia o debido proceso, lo que se requiere en la etapa preliminar de investigación del delito, y no actos legislativos que se tornan

²²² Plascencia, Raúl, “El cuerpo del delito”, *Ciclo de Conferencias Magistrales en Torno a los Derechos Humanos*, México, UNAM, 2001, p. 41.

arbitrarios, hasta autoritarios al no cumplir con lo que establece la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Además de los peligros que conllevan la modificación los artículos 16, 19 Constitucionales, al reducir el nivel de seguridad jurídica del ciudadano, como se mencionó anteriormente, se corre el riesgo que los datos de pruebas obtenidos en las agencias del Ministerio Público, sean alterados, modificados, en perjuicio del indiciado tal como lo ha establecido en estadísticas y muestreos la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal²²³.

De lo descrito tenemos que ante la disminución de seguridad jurídica para que sea librada una orden de aprehensión, comparecencia, para que dicte un auto de vinculación, arraigo, se dicten medidas precautorias, cautelares, ante investigaciones secretas (reservadas), la posible alteración de los datos de pruebas por parte del Ministerio Público, al estar reducida el derecho de debida defensa y contradictorio; la seguridad y legalidad en los Estados Unidos Mexicanos, por lo que es a la etapa preliminar de investigación del delito es el momento procesal para poder lesionar derechos humanos contenidos en el artículo 8º de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

²²³ Cfr. López Ugalde, Antonio, *op. cit.*, nota 199, pp. 14 y ss.

2.3.3 Las providencias precautorias.

Las providencias precautorias están reguladas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en el artículo 16 párrafo sexto y décimo cuarto, que forman parte del procedimiento penal acusatorio de México, desde la reforma Constitucional de 18 de junio del 2008, la cual tiene vigencia para los Estados que ya lo tengan implementado y una *vacatio legis* de ocho años para los de plazo para que los demás Estados lo implementen, y dado que estamos en un Estado Federado, las demás entidades llevarán a cabo su implementación, lo anterior se comenta en atención de tener por predeterminado que las Constituciones locales protegen las mismas garantías contenidas en la Constitución Federal.

El fundamento de las medidas cautelares y precautorias, como se mencionó, lo establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en partes de su artículo 16 de su articulado:

Párrafo sexto:

“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 proceder²²⁴”.

Párrafo catorce.

[“Desde el lado de las teorías procesalistas, en general la vertiente se remite al proceso civil, a sea, a una simulación con las medidas cautelares a ese proceso. Por supuesto que esto implica un formalismo inaceptable, pues pasa por alto la obvia diferencia entre un limitación patrimonial y una pérdida de libertad: la primera es siempre recuperable y reparable en la misma especie, en tanto que la devolución del tiempo es imposible”

Zaffaroni Eugenio, Raúl, *El proceso penal, sistema penal y derechos humanos*, México, Ed. Porrúa, 2000, p. 11.]

²²⁴ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Sista 2013, artículo 16 Constitucional.

“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 competentes²²⁵”.

La implementación del sistema acusatorio penal en el Estado Mexicano, tiene varias razones tanto internacionales e internas, como es el “terminar con los procesos penales con rasgos autoritarios, plagados de obscuridad, secrecía, parcialidad, para abrirle paso a procesos transparentes, dirigidos bajo el pleno respeto de los derechos humanos y bajo una racionalidad de equilibrio e igualdad entre las partes²²⁶”.

El abordar el tema de las providencias precautorias, es necesario hacer *referencia al procedimiento cautelar en general*, siendo que “sus efectos se producen desde el surgimiento de la pretensión aun cuando no se haya fijado la litis o compuesto el trinomio procesal²²⁷”.

De las principales funciones del proceso cautelar es “garantizar la eficacia de una decisión jurisdiccional firme y emergente²²⁸”; de universalidad de aplicación, así también el proceso cautelar tiene los siguientes principios procesales: jurisdiccionalidad, igualdad, buena fe y lealtad de las partes, economía procesal, contradicción, depuración procesal, congruencia, confidencialidad/publicidad²²⁹.

²²⁵ *Idem*.

²²⁶ Chacón Rojas, Oswaldo, *Las medidas cautelares en el procedimiento penal acusatorio*, México, SEGOB, 2008, p. VIII.

²²⁷ Constantino Rivera, Camilo, *Medidas cautelares en el sistema acusatorio*, México, ED. MaGister, 2012, p. 21.

²²⁸ *Ibidem*, p. 22.

²²⁹ *Cfr. Ibidem*.

El procedimiento cautelar es el “medio extrínseco por el cual se instaura y se desenvuelve el proceso²³⁰”, y en la etapa de investigación, la denominación es providencia precautoria, “...procede antes de la formulación de imputación ante el juez de control. La medida cautelar se impondrá una vez que sea comunicado la teoría del caso al imputado²³¹”.

El procedimiento cautelar, visto desde un aspecto de teoría del proceso, en general tiene como características²³²: “...una actividad cognitoria extremadamente sumaria y contingente...²³³”; “...el cumplimiento de una obligación aun no reconocida por el órgano jurisdiccional, o a evitar daños²³⁴...”; “...anticipo y garantía de una decisión definitiva posterior; todo lo cual es posible debido a la autonomía de proceso cautelar²³⁵...”; “La eficacia y éxito de una decisión definitiva, dentro de un contexto de riesgo e incertidumbre, está subordinada a la efectividad del proceso cautelar²³⁶”; “...pronunciamiento anticipado del previsible resultado de un proceso actual o futuro²³⁷...”; “El auto cautelar, también conocido como providencia cautelar, es pronunciado y ejecutado “inaudita pars²³⁸”, es decir que se ejecute la providencia precautoria “...de sorpresa...y el acto de notificación es luego...sin audiencia previa del afectado²³⁹”; “...con fines de garantizar o asegurar bienes y personas²⁴⁰”; “La providencia cautelar se tramita con total ausencia de contradictorio²⁴¹...”; “El inaudita pars es contrarrestado con la contra-cautela...para garantizar los eventuales daños y perjuicios de la ejecución de la medida cautelar, siempre que se desestime la demanda del proceso principal²⁴²”.

²³⁰ *Idem.*

²³¹ *Ibidem*, pp. 23 y 24.

²³² *Ibidem*, pp. 25-26.

²³³ *Idem.*

²³⁴ *Idem.*

²³⁵ *Idem.*

²³⁶ *Idem.*

²³⁷ *Idem.*

²³⁸ *Ibidem*, p. 31.

²³⁹ *Idem.*

²⁴⁰ *Ibidem*, p. 32.

²⁴¹ *Idem.*

²⁴² *Idem.*

De las presentes características no todas son favorables ni aplicables en el procedimiento penal, por las circunstancias y motivos que más adelante se mencionará; pero en primer término, se transcribe un fragmento de como describe la etapa de instrucción o de investigación Francesco Carnelutti:

“Recoger las pruebas, por lo común, especialmente en el proceso penal, dista mucho de ser cosa fácil. En el proceso civil, no pocas veces los hechos se presentan a plena luz; en el proceso penal, casi siempre se ocultan en la obscuridad. Puede suceder, entonces, que se siga desde el principio una falsa pista. A veces se cree ver un delito donde no lo hay (por ejemplo, un homicidio cuando se trata de una muerte accidental); en ocasiones las sospechas recaen sobre un inocente...”

Diversa es la situación según el ordenamiento italiano, en la fase preparatoria, en la cual opera ciertamente al lado del juez, a aun solo él, el ministerio público, pero no se admite la intervención del defensor. La desigualdad que se establece así entre las dos partes, es grave y peligrosa, sin duda. El ministerio público viene encontrarse en una posición privilegiada, y el defensor, por el contrario, en una condición de inferioridad. El privilegio del ministerio público llega al extremo de que, en casos de menor complejidad, se le permite como hemos indicado, que conduzca él solo la instrucción preparatoria; se habla en tales casos de instrucción sumaria. Al defensor solo se le consiente conocer algunos actos instructorios, entre los cuales están las pericias, y después, aunque no siempre, los resultados de la instrucción realizada cuando se trate de decidir si el proceso debe proseguir o no con el debate, proponiendo al juez sus observaciones al respecto. Esta desigualdad entre las partes, que provoca ásperas críticas y apasionadas propuestas de reforma, encuentran su razón profunda en la desconfianza respecto al imputado, el cual es, por definición, una parte poco idónea para colaborar con el juez a los fines de justicia²⁴³”.

²⁴³ Carnelutti Francesco, *Cómo se hace un proceso*, trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Rendín, Buenos Aires, Ed. EJEA, 1965, pp. 5 y ss.

El maestro italiano, desde los tiempos que escribió su libro hizo ver realidades jurídicas, como problemas para resolver en cuestión de la instrucción en materia penal y que se asemeja a los ahora existentes en nuestro sistema jurídico, como son los siguientes:

a) *Las pruebas se presentan en la obscuridad, lo que puede recaer en un inocente*; el principio de inocencia pretende proteger ese derecho de no culpar a persona alguna sin que haya demostrado su culpabilidad.

b) *El hecho que las diligencias de investigación no se permita la presencia del defensor* (derecho supeditado en nuestro sistema jurídico hasta que se le pretenda tomar declaración al imputado), *es algo peligroso y grave*, lo que marca una desigualdad entre las partes.

c) El Ministerio Público tiene una posición privilegiada y defensor de inferioridad.

d) El defensor dentro del juicio, respecto a las diligencias realizadas por el agente del Ministerio Público, y dado que no intervino en ellas, *sólo en la mayoría de las veces puede hacer observaciones al respecto sin que pueda realizar aportaciones importantes sobre las pruebas pre-constituidas del Ministerio Público*.

Una vez descrito los fines de las providencias cautelares conforme la teoría del proceso, hay que señalar que el procedimiento civil, administrativo o de otra índole es distinto al procedimiento penal, porque dentro de los derechos fundamentales del individuo está el *status libertatis*, el cual debe ser protegido y garantizado por la Constituciones de los Estados y tratados internacionales, para efectos de no afectar la mínima esfera del gobernado. Aristes Royo del país de Panamá, realiza un estudio comparativo de las medidas cautelares, en los distintos países, opina:

“...la libertad personal, ésa que le brinda al individuo, según clasificación de Jellinek, la oportunidad de contar con un espacio de

libertad inmune a la acción del poder público, es decir, el que consagra sus estatus libertatis²⁴⁴”.

El límite al poder punitivo del Estado se encuentra en las libertades fundamentales que se encuentran en la Constitución, la potestad del *ius puniendi* se “encuentra sujeto a una serie de límites que cobran una expresión sintética en los diversos principios penales²⁴⁵”, estos principios son el de legalidad, principio de inocencia, prohibición de exceso o de proporcionalidad, *ne bis in ídem*, igualdad²⁴⁶.

En este sentido principalmente por lo que corresponde a la medida cautelar de prisión preventiva, es una “pena anticipada de la sentencia²⁴⁷”, que rompe con el principio de inocencia, independientemente de los fines que se le pretenda dar, las características de las medidas cautelares descritas con anterioridad rompen flagrantemente dicho principio de inocencia porque es un anticipo de la decisión definitiva, impera en la medida cautelar el principio “inaudita pars”, es decir el imputado no tiene garantía de audiencia, como tampoco del derecho al contradictorio.

La aplicación de providencias precautorias en materia penal como si fuera en un proceso civil, es lo que genera que se ejecuten penas anticipadas, transgrede el principio de inocencia, ello es en razón que materia civil se ventilan situaciones civiles, en la cual puede haber contragarantías, pero en materia penal es inviable respecto la libertad provisionalmente privada de los individuos, en los delitos que no ameritan caución o medida cautelar económica, una contragarantía económica no puede recuperar el tiempo en el que es lesionado el derecho de la libertad del ser humano; Zaffaroni, sobre las figuras procesales civiles aplicadas al procedimiento penal, dice lo siguiente:

²⁴⁴ Royo Aristides, “Las medidas cautelares personales en el derecho positivo panameño y el derecho comparado”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Argentina, Ed. Konrad Adenauer-Stiftung A.C., ed. 2002, p. 333.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 334.

²⁴⁶ *Cfr. Idem*.

²⁴⁷ Zaffaroni Eugenio, Raúl, *El proceso penal, sistema penal y derechos humanos*, México, Ed. Porrúa, 2000, p. 11.

“Lo cierto es que entre los procesalistas penales los hay quienes provienen del campo del derecho penal y los que proceden del derecho civil (o bien se enrolan en una tendencia puramente procesal), siendo sus puntos de vista frecuentemente distantes²⁴⁸...”.

“Desde el lado de las teorías procesalistas, en general la vertiente se remite al proceso civil, a sea, a una simulación con las medidas cautelares a ese proceso. Por supuesto que esto implica un formalismo inaceptable, pues pasa por alto la obvia diferencia entre una limitación patrimonial y una pérdida de libertad: la primera es siempre recuperable y reparable en la misma especie, en tanto que la devolución del tiempo es imposible²⁴⁹”.

En cuanto las medidas provisionales Ferrajoli, dice:

“Vicisitudes históricas y aporías teóricas de la prisión provisional.....: precisamente, quiero sostener la ilegitimidad y la inadmisibilidad que de ella se derivan para este instituto, central en la experiencia procesal contemporánea, que es la prisión provisional del imputado antes de la condena²⁵⁰”.

El tema es abundante sobre el tema de cómo por medio de la aplicación de la medida cautelar de prisión preventiva oficiosa lesiona el derecho humano de libertad, situación que desde la etapa preliminar el Ministerio Público la ley lo faculta para realizar la detención ante el delito flagrante o caso urgente, además de tener la facultad de tener retenido al indiciado por el tiempo que indica la Constitución, lapso en el cual no puede darle aviso a la autoridad jurisdiccional, lo que genera inseguridad jurídica en la etapa de investigación principalmente por lo siguiente:

a) La providencia precautoria de detención en flagrancia, emergencia, es realizada sin supervisión del órgano jurisdiccional.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 5.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 12.

²⁵⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, trad., de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Madrid, Ed. Trotta, 1995, p. 551.

b) De acuerdo a los derechos del imputado consagrado en la Constitución, Artículo 20 fracción VI, establece el derecho que tiene de ofrecer pruebas en el proceso, de lo que se interpreta a contrario sensu que no tiene derecho de ofrecer datos de pruebas en el procedimiento preliminar de investigación ante el Agente del Ministerio Público.

c) La Constitución no consagra el derecho del indiciado para que esté presente en las diligencias de investigaciones del Ministerio Público.

d) La Constitución no establece el derecho que tiene el indiciado para ofrecer diligencias al Ministerio Público para demostrar su inocencia, aunque el Código Nacional establece este derecho, pero lo limita a que sea aprobado por esta autoridad, derecho que no debe ser condicionado.

e) En las diligencias de investigación no hay intermediación del imputado para conocer si los datos de pruebas no han sido manipulados o alterados, cambiados, plantados, etc.

f) El no conocer de forma inmediata los elementos probatorios de la investigación, el derecho de contradicción lo realiza en el juicio, pero bastante tarde lo que es una merma al derecho de defensa.

Lo anterior se afirma en razón que las detenciones ilegales en los Estados Unidos Mexicanos es una realidad, tal como se puede apreciar en los estudios que han realizados las diversas Comisiones de Derechos Humanos de las distintas entidades, como es la del Distrito Federal, por las quejas de los ciudadanos de actos del Ministerio Público, planteadas en dicha institución, así tenemos: detenciones ilegales²⁵¹; pruebas alteradas²⁵², manipuladas, plantadas, con lo que se robustece la tesis de implementar garantías procedimentales constitucionales efectivas en la etapa investigadora para que el indiciado pueda ofrecer datos de pruebas, proponer diligencias, que pueda estar él o su defensor al momento que se llevan a cabo las diligencias, es decir: "...asistan a las diligencias de

²⁵¹ Cfr. Ortega Soriano, Ricardo A., *op. cit.*, nota 204, p. 12.

²⁵² Cfr. López Ugalde, Antonio, *op. cit.*, nota 199, pp. 14 y ss.

investigación²⁵³...” y pueda ejercer en mayor amplitud su derecho de contradicción.

Anteriormente la forma de reprimir a una persona era por medio de la prisión preventiva oficiosa, que como se dijo es una pena anticipada, pero en la actualidad es por medio de medidas precautorias que afecten el patrimonio de una persona como es el embargo de bienes, congelar cuentas bancarias, tal como ahora lo dispone el Código Nacional de Procedimientos Penales, leyes que como se ha venido argumentando operan ante un bajo estándar de seguridad jurídica para el ciudadano, que no cumplen con el debido proceso, porque en la etapa preliminar de investigación el principio de contradicción es indeleble, hay diligencias secretas bajo la denominación de “reservadas”, el Ministerio Público funge como autoridad y parte, y las demás que se hacen mención en el presente trabajo.

²⁵³ García Odgers, Ramón, “El ejercicio del derecho a defensa técnica en la etapa preliminar del proceso penal”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, Chile, núm. 223-224, 2008, p. 142.

2.3.4. Las pesquisas.

La “acción de la pesquisa nace con el sistema inquisitorio²⁵⁴”, “la pesquisa general propia de la declaración del procedimiento inquisitorial²⁵⁵”, tenía por objeto la indagación de una población no sobre hechos delictuosos ejecutados, “sino para averiguar quiénes habían incurrido en delitos en general²⁵⁶”, esta figura nace con el sistema inquisitorio por la iglesia para investigar todas las casas aposentos, sótanos para encontrar a los infelices herejes.

Para mencionar algunas características de las pesquisas que pareciera que impera en el sistema procesal mexicano en la etapa ministerial de investigación del delito, se hace la siguiente transcripción Carlos Barragán Salvatierra:

“...las pesquisas continúan aplicándose en México por las autoridades, pero con otros nombres; no es absurdo pensar que al transitar por alguna carretera podamos ser detenidos por algún cuerpo policiaco o el ejército y que con todo lujo de violencia revisan sin derecho el vehículo en el que circulamos, que puede ser transporte público o privado, revisan el equipaje, bolsos, portafolios, etc., O bien, los dispositivos, razias, redadas o pesquisas que se hacen en determinadas colonias que se consideran de alto riesgo, donde generalmente las personas que son detenidas en esos aparatosos arribos de cientos de uniformados, salen libres de inmediato y se les devuelven los objetos aparentemente

[“...las pesquisas continúan aplicándose en México por las autoridades, pero con otros nombres [...]. Es innegable que la delación, que era un principio del sistema inquisitorio, continúa imperando, ya que a la fecha basta que alguien por vía telefónica denuncié a alguna persona o señale un domicilio para que sin fundamento legal alguno, como una orden cateo, irrumpen con violencia en un domicilio o detengan a una persona que en la mayoría de los casos resulta ser ajena al delito que se le imputa

Barragán Salvatierra, Carlos, *Derecho procesal penal*, 3ª ed., México, Ed.

Mcgrawill, 2009, p. 394.]

²⁵⁴ Barragán Salvatierra, Carlos, *op. cit.*, nota 187, p. 394.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 395.

²⁵⁶ *Cfr. Ibidem*, p. 394.

decomisados. Es innegable que la delación, que era un principio del sistema inquisitorio, continúa imperando, ya que a la fecha basta que alguien por vía telefónica denuncié a alguna persona o señale un domicilio para que sin fundamento legal alguno, como una orden cateo, irrumpen con violencia en un domicilio o detengan a una persona que en la mayoría de los casos resulta ser ajena al delito que se le imputa²⁵⁷ ...”.

De lo que se desprende algunas de las siguientes características:

- Revisiones “sorpresa” de los cuerpos policiacos de seguridad.
- Dispositivos ordenados por alguna autoridad para que los elementos de “seguridad pública”, para que realicen redadas, inspecciones de lugares, detenciones masivas.
- Ordenes de aprehensión sin que tuviera conocimiento el imputado del procedimiento que se le llevó ante la Agencia del Ministerio Público.
- Denuncia anónimas.

No siendo extraño que se incite a la población por medio de los medios masivos de comunicación, como son lugares públicos, redes sociales, para que envíen a las autoridades denuncias o acusaciones anónimas, con la promesa de no revelar la identidad de sus autores, lo que acarrea que los cuerpos policiacos argumenten que la noticia criminal la obtuvo por medio de llamadas telefónicas, personas que no se identificaron, etc., propiciando inseguridad jurídica para los ciudadanos²⁵⁸.

Estas son algunas formas de recibir denuncias de los Ministerios públicos que va en contra de Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos porque:

“... no purga el vicio de inconstitucionalidad de la averiguación previa incoada sin denuncia previa, porque esta institución

²⁵⁷ *Ibidem*, p. 395.

²⁵⁸ *Cfr.* Hernández Pliego, Julio, “Denuncia, delación, pesquisa”, en Cienfuegos Salgado, David, y Boanerges Guinto López, Jesús (coord.), *El derecho Mexicano contemporáneo, retos dilemas, estudios en homenaje a Cesar Esquinca Muñoa*, México, UNAM, 2012, p. 272.

procesal lógicamente debe tener realización *ex ante* y no *ex post* de la investigación ministerial²⁵⁹.

Lo anterior también tiene su origen en la inapropiada interpretación a la Constitución, reformas constantes a ésta, contradicción de sus mismas disposiciones supremas, lo que trae como consecuencia un sistema ineficaz constitucional en materia de garantías procesales en la etapa preliminar de investigación, que será objeto de estudio en el último capítulo de esta tesis, tomando los siguientes elementos:

- La *inquisito generalis*²⁶⁰, en contra del imputado lo que genera un procedimiento a sus espaldas.
- El desconocimiento de las investigaciones realizadas por el Ministerio Público en contra del imputado hasta el momento que comparece al Ministerio Público o se le vaya a tomar declaración o se le pretenda entrevistar al imputado, conforme al artículo 20 Constitucional, apartado B, fracción III y VI.
- La normatividad constitucional que facultad la denuncia anónima. Artículo 20 Constitucional, fracción V, del apartado C.

El sistema para informar de las investigaciones (cuando es sin detenido) del Ministerio Público contemplado en la Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos, del artículo 20, apartado B fracción III y VI, respecto de que se le informe al indiciado de la investigación hasta que comparece al Ministerio Público o tener acceso a los registros de investigación hasta que se le pretenda tomar declaración o entrevistarlo, origina que las leyes secundarias “salvaguarden”, esta supuesta garantía, que van en contra del sistema acusatorio oral principalmente por lo siguiente:

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 272.

²⁶⁰ Moreno Catena, Víctor, “La imputación en el proceso penal”, en E. R Zaffaroni (coord.), *El proceso penal, sistema penal y derechos humanos*, México, Porrúa, p. 86.

- Es característica del sistema inquisitivo las inquisiciones generales, lo que genera al practicar diligencias a espaldas de los ciudadanos, lo cual acontece si el indiciado tiene derecho al conocimiento de las investigaciones hasta que se le pretenda tomar declaración o entrevistarle, conforme el artículo 20 Constitucional, apartado “B”, fracción VI; ello es por la sencilla razón que antes de la entrevista, el Ministerio Público pudo haber realizado varias diligencias sin conocimiento del imputado.
- El derecho de ser informado de la acusación debe prevalecer en todo momento y no solamente a un acto en específico como es la entrevista o declaración²⁶¹.
- El acto de no hacer el conocimiento de la denuncia o querrela al indiciado, le afecta su derecho de defensa, porque el conocimiento de esta, “...abren el derecho de defensa²⁶²” y “...no puede retrasarse²⁶³...”.

²⁶¹ *Cfr. Ibidem*, p. 89.

²⁶² *Ibidem*, p. 86.

²⁶³ *Ibidem*, p. 89.

2.4. El conflicto entre las partes.

El procedimiento puede ser visto desde los postulados de la teoría del conflicto, porque en el proceso penal se desenvuelve desde un marco de discusión; hay dos conflictos entre las partes, la sociedad afectada y a quien se le imputa de responsable, por la posible comisión de un hecho delictuoso, de lo cual debe dar respuesta el sistema penal, y el Estado al tener el monopolio de *ius puniendi*, debe utilizar las herramientas razonables para la aplicación de la sanción, no solamente para investigar la verdad histórica, sino aquella que permita la solución de conflictos por los intereses contrapuestos de las partes, accediendo a las expectativas de los contrarios que a veces es diferente a la sola punición como castigo del Estado hacia el responsable:

“...aplicando la teoría del conflicto, definen al proceso penal como el marco, por el cual, no solamente se legitima la sanción estatal, sino que funge como ámbito de discusión y solución de un conflicto de intereses surgido a consecuencia de la comisión de un delito entre las partes, cuyo rol protagónico es el equivalente al de adversarios procesales, con las mismas herramientas y estrategias que permitan que sus expectativas sean acogidas por el órgano jurisdiccional²⁶⁴”.

Es así que cuando se entabla un procedimiento hacia el imputado hay “distintos intereses”²⁶⁵ como son: la víctima tiene interés: que se imponga una sanción al responsable del delito, y es cargo del Ministerio Público fundamentar su pretensión de sanción ante los órganos jurisdiccionales, al haberse afectado

[“El ministerio público es la figura más ambigua del proceso...Pero su función original, ciertamente, es la de integrar el contradictorio, oponiéndose al imputado, o más bien a su defensor...Al contrario, el ministerio público no hace las veces de nadie; se acostumbra a decir ciertamente que representa al Estado o a la sociedad, pero de este modo se hace de él un duplicado del juez”.

Carnelutti Francesco, *Cómo se hace un proceso*, trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Rendín, Buenos Aires, Ed. EJE, 1965.]

²⁶⁴ Chorres Benavente, Hesbert, *op. cit.*, nota 135, p. 5.

²⁶⁵ *Idem.*

también intereses públicos, así como el solicitar se cubran los daños ocasionados. El presunto responsable tiene interés: a) Que sea declarada su inocencia de los cargos en su contra (pretensión de absolución) o recibir una pena atenuada (pretensión de sanción atenuada)²⁶⁶.

Es así como en el procedimiento, entendido como el conjunto de actos procedimentales preestablecidos en la ley, se ventilara el conflicto entre la víctima representada por el Ministerio Público, quien fundamentará objetivamente su pretensión investigando los hechos punibles, pretendiendo se le imponga una sanción al responsable y repare los daños ocasionados, mientras que el imputado pretenderá que el órgano jurisdiccional declare la absolución de los hechos imputados, para lo cual se necesita recolectar evidencia que requieran, la depuración de la misma, con los derechos que ellos tienen para hacerlo valer mediante un instrumento metodológico que les permita construir la versión de lo sucedido, que consiste en la teoría del caso, planteada en cada una de las fases, sin en cambio no se debe soslayar que es desde la etapa de investigación ministerial donde se admiten datos de pruebas, por lo que el derecho de estar presente y hacer uso del derecho humano de debida defensa esta desde esta etapa investigadora para que esté libre de todo vicio procesal que puedan invalidar la evidencia, es donde resalta el principio de contradicción en el sistema acusatorio, tal como a continuación se describe una remembranza:

“Postula un procedimiento marcadamente contradictorio, en donde toda la actividad procesal depende de la intervención de las partes. En efecto, este sistema obedece a la presencia de intereses jurídicos contrapuestos: los del acusador y los del acusado, los cuales son los llamados a exponerlos, fundamentarlos y dotarles de todo el marco probatorio y de valoración normativa, a fin de que un tercero (llámese observador imparcial), el cual es el Juez, decida cuál interés le funda razonabilidad para ser amparado, dando un

²⁶⁶ Cfr. *Ibidem*, pp. 4 - 5.

pronunciamiento en el que se oriente por la imposición o no de consecuencias jurídico penales²⁶⁷”.

Para ejemplificar cómo dentro del procedimiento penal el Ministerio Público y el imputado tienen intereses contrarios, Carnelutti dice:

“Conviene partir del principio de que cada una de las partes tiene interés en que el proceso concluya de un modo determinado: el imputado tiende a ser absuelto;...Es natural, por tanto, que la parte ofrezca al juez las pruebas y razones que considere idóneas para determinar la solución por él deseada. De aquí una colaboración de las partes con el juez, que tiene, sin embargo, el defecto de ser parcial: cada una de ellas obra a fin de descubrir no toda la verdad, sino aquel tanto de verdad que a ella le conviene²⁶⁸”.

De lo anterior transcrito se obtienen las siguientes premisas:

- Las partes tienen intereses determinados opuestos en el proceso.
- Cada parte ofrece pruebas que constituyen los actos más importantes dentro del procedimiento para obtener la solución deseada o favorable a sus intereses.
- Las partes tienen el defecto de ser parciales.
- Respecto los hechos las partes tienen el fin describir la verdad que les conviene.

De estas premisas se advierte claramente que las partes normalmente tendrán intereses opuestos en el procedimiento como en el proceso, pretendiendo por medio de pruebas convencer al juez para obtener su solución deseada, sin decir toda la verdad, porque por naturaleza son parciales en los actos realizan; es por ello que las “complejas” actividades del Ministerio Público lo facultan para:

²⁶⁷ Chorres Benavente, Hesbert, *op. cit.*, nota 135, p. 29.

²⁶⁸ Carnelutti Francesco, *op. cit.*, nota 243, p. 5 y ss.

“...como accionante requirente, en segundo término como autoridad determinadora o consultiva y finalmente como un cuerpo que desempeña funciones de índole orgánica o administrativa²⁶⁹...”.

Lo evidente es que la institución del Ministerio Público en los Estados Unidos Mexicanos goza de facultades de autoridad tal como se ha mencionado en el presente trabajo, lo que se puede resumir en:

“Esta doble naturaleza del Ministerio Público es descrita con claridad por la doctrina francesa en cuanto que atribuye a sus integrantes el doble carácter de funcionarios (administrativos) y de magistrados (judiciales)²⁷⁰”.

Situación que también Carnelutti en su momento y país hizo ver, al decir:

“El ministerio público es la figura más ambigua del proceso...Pero su función original, ciertamente, es la de integrar el contradictorio, oponiéndose al imputado, o más bien a su defensor...Al contrario, el ministerio público no hace las veces de nadie; se acostumbra a decir ciertamente que representa al Estado o a la sociedad, pero de este modo se hace de él un duplicado del juez²⁷¹”.

Entonces, el Ministerio Público, cuando tiene facultades administrativas, decisorias, es decir al ser parte y autoridad, no hace la función de parte, sino de una especie de juez con la facultad de poder recabar él mismo los datos de pruebas, situación que es por demás peligrosa y aunque se argumente que es un órgano de legalidad, su naturaleza propia es la de oponerse al imputado y defensor, lo que se agrava al no haber otro órgano que vigile su recta actuación, situación que se puede normalizar por medio de garantías constitucionales procesales efectiva en la etapa de investigación que equilibre el conflicto de

²⁶⁹ Alcalá, Zamora y Castillo, Niceto, “El antagonismo juzgador partes, situaciones intermedias y dudosas”, *Estudios de teoría general e historia del proceso*, México, UNAM, 1974, t. I, pp. 305 y 306.

²⁷⁰ Fix Zamudio, Héctor, *Función Constitucional del Ministerio Público, tres ensayos y un epílogo*, México, UNAM, 2002, p. 94.

²⁷¹ Carnelutti Francesco, *op. cit.*, nota 243, p. 5 y ss.

intereses y la ventaja que tiene el ministerio público en esta etapa preliminar de investigación.

2.5. La aplicación del derecho humano de defensa cuando inicia el procedimiento hacia el imputado.

La debida defensa en la actualidad está normado en los tratados internacionales que contengan derechos humanos, constituciones políticas latinoamericanas y códigos procesales que garantizan el derecho de defensa, pero: *“También sabemos que no en todos los momentos y sistemas procesales se permite la intervención del defensor con igual amplitud”*²⁷², lo cual depende del sistema jurídico que se esté aplicando según la ideología básica del modelo con el que se haya implementado su ley procesal, sea un el Código de Napoleón, o las versiones españolas de

1870, que es una versión reformada del texto de 1848 - 1850, *siendo a veces incompatibles con la ideología de los derechos humanos*²⁷³, como es en el caso nos ocupa sobre las *investigaciones secretas del sumario*, que en varios países latinoamericanos permanece para *“fortalecer la función instrucción”*²⁷⁴, que no permite la debida defensa, *para ser ejercida en cualquier instancia o momento del procedimiento en las actuaciones transcendentales para el indiciado*, afectando *cuestiones valorativas* de las pruebas en el juicio plenario, que son algunos de los problemas de las ideologías de los distintos códigos procesales penales, *lo que no se puede sanear con una etapa acusatoria pretenda subsanar las omisiones las actuaciones inquisitivas como son las secretas (o reservadas), porque sería cubrirlas con un panorama terrible para juzgar primero en secreto y luego en público*²⁷⁵.

[“...el secreto del sumario [...] Se trata de una característica inquisitoria que, obviamente, limita el derecho de defensa en forma grave. Obedece al viejo esquema de fortalecer la función de la instrucción y, como resultado de la enorme injerencia de órganos del poder ejecutivo, en esta etapa procesal...”].

Zaffaroni, R. Eugenio, *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina (informe final)*, Buenos Aires, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ed. Depalma, 1986, pp. 162,163.]

²⁷² Zaffaroni, R. Eugenio, *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina (informe final)*, Buenos Aires, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Ed. Depalma, 1986, pp. 162,163.

²⁷³ *Cfr. Ibidem*, p. 114.

²⁷⁴ *Ibidem*, p. 156.

²⁷⁵ *Cfr. Ibidem*, pp. 114 - 173.

Lo antes referido tiene su fundamento como se dijo porque en los distintos sistemas procesales penales sirvieron para que un tiempo, lugar determinado y para ciertos intereses, por eso no es extraño que los sistemas procesales imperiales, en su momento tuvieron como función principal, como es el caso de Europa y que es uno de los orígenes del Código de Napoleón²⁷⁶, la expansión imperialista para la acumulación de capital productivo, es por eso que la ideología de un texto procesal debe partir del contexto socio-económico, político y de la cultura que fue el marco de la estructuración de sus leyes; código procesal que fue modelos para ser implementado en otros países por medio de la colonización de que fueron objeto, Estados que con posterioridad se independizaron, como es el caso de México; sin embargo esto dio como resultado la transculturización jurídica, que ha repercutido hasta nuestra actualidad, siendo motivo para que todavía trascienda en las leyes de cada país. Para apoyar lo dicho se transcribe lo siguiente:

“La ideología general de cada uno de los textos. Si bien es verdad que un texto no puede ser valorado ideológicamente en abstracto, esto es, fuera de la visión de todo sistema penal y de contexto socio-económico y político y como es lógico respecto cualquier fenómeno cultural (humano), también en perspectiva histórica, es importante conocer el sentido ideológico del texto en sí, para luego ver cómo se inserta y en qué medida es funcional dentro del contexto, como también qué dificultades (o ventajas) acarrea su disfuncionalidad²⁷⁷”.

Por lo que respecta al secreto de las investigaciones, en algunos países de Latinoamérica, prevalece esta forma de realizar las investigaciones tanto de facto o de hecho como jurídicamente los distintos sistemas procesales lo “facultan”, u obligan llevar de esa forma hacia el investigado y su defensor, lo cual tiene características inquisitorias que limita el derecho de defensa de forma grave, pertenece a la vieja estructura para *fortalecer la instrucción* con la enorme injerencia de órganos del poder ejecutivo en esa etapa procesal, lo que afecta el

²⁷⁶ Cfr. *Ibidem*, p. 115.

²⁷⁷ *Ibidem*, p. 114.

derecho de defensa como a desequilibrar los poderes de un Estado republicano al favorecer al poder ejecutivo, a tal efecto se transcribe lo siguiente:

“13. Algunas características particulares de los procedimientos.- (Textos comprometidos: todos los que establezcan garantías judiciales).- a) Secreto del sumario. Son varios los países de Latinoamérica en los cuales el secreto del sumario se impone incluso al procesado y a su defensor (Chile, Argentina, Paraguay, Nicaragua, Perú, Venezuela, Colombia, etc.). Se trata de una característica inquisitoria que, obviamente, limita el derecho de defensa en forma grave. Obedece al viejo esquema de fortalecer la función de la instrucción y, como resultado de la enorme injerencia de órganos del poder ejecutivo, en esta etapa procesal²⁷⁸ ...”.

Por tal motivo el Instituto Interamericano de Derechos Humanos, en el estudio de los sistemas procesales en Latinoamérica, en el cual fue coordinador Zaffaroni R. Eugenio, al respecto recomendó:

“Que se procure la supresión del secreto del sumario para la defensa o que se la reduzca a un tiempo sumamente breve²⁷⁹”.

En este sentido, es conocido que el Ministerio Público, en el procedimiento preliminar de investigación, es la institución encargada de llevar a cabo la secrecía de las diligencias, siendo necesario analizar su evolución en el sistema mexicano, la que podemos observar desde²⁸⁰: los lineamientos esenciales de la Constitución de 1917, reformas substanciales de 1993, 1996, 2000; en lo referente a la etapa preliminar de investigación era sabido que tenía rasgos inquisitorios:

²⁷⁸ *Idem.*

²⁷⁹ Zaffaroni, R. Eugenio, *op. cit.*, nota 272, p. 157.

²⁸⁰ *Cfr.* Fix Zamudio, Héctor, *Función Constitucional del Ministerio Publico*, tres ensayos y un epilogo, México, UNAM, 2002, pp. 25 – 31.

“En estudio reciente sobre la institución, la distinguida penalista Olga Islas de Gonzáles Mariscal afirma correctamente que las <leyes secundarias poco a poco le fueron otorgando al Ministerio Público facultades para investigar ante sí y decidir sin la intervención del juez y de la defensa. En esta forma, el Ministerio Público se fue transformando en una institución inquisitoria que sustituyó al juez inquisitor tan severamente reprobado en el Mensaje de Carranza>”²⁸¹.

Situación que no ha cambiado, aún con las reformas de fecha 18 de Junio del 2008, en la Constitución Mexicana, en donde se implementa el sistema acusatorio oral:

“En la secuela procedimental en la etapa inicial o preliminar, el Ministerio Público ante la *notitia criminis*, investiga en forma inquisitiva y secreta, con la intervención en algunas diligencias del juez de control²⁸²”.

De lo que se advierte que desde 1917 a 2008, el sistema procesal Mexicano penal en la etapa de investigación ministerial del delito, tiene las siguientes características:

- En la etapa inicial o preliminar ante la *notitia criminis* es de forma inquisitiva y secreta (efecto que termina hasta que se le hace conocer al imputado de la denuncia o querrela).
- El derecho de defensa es afectado.

Es por eso importante hacer referencia que la justicia penal se lleva a cabo con el proceso en donde el Estado ejercita el *ius puniendi*, que es un “derecho a castigar”, para ello se requiere actos tendientes para activar la actuación jurisdiccional, lo que se lleva a cabo por medio de la acción penal que debe ser entendida como “*ius ut procedatur*, es decir, como el derecho a

²⁸¹ *Ibidem*, pp. 155 – 156.

²⁸² Polanco Braga, Elías, *op. cit.*, nota 211, p. 175.

promover y activar la actuación jurisdiccional sobre una *notitia criminis*²⁸³. Este derecho de acción se ejercita ciertamente en el proceso, pero su desarrollo es gradual o escalonado, cuestiones que lo caracterizan:

“Entendida la acción penal como el derecho al proceso, o como el derecho forma de acusar, el *ius ut procedatur* viene caracterizado por un reconocimiento gradual de la acción, que tiene su lugar en el proceso en atención al desarrollo escalonado que le es propio²⁸⁴”.

De lo asentado se tienen las siguientes premisas:

- El derecho de acción del Estado para promover y activar la actuación jurisdiccional tiene su preparación por medio de la *notitia criminis*.
- El derecho de acción tiene su lugar en el proceso, pero en atención a un desarrollo escalonado.

Es decir el derecho de acción del Estado tiene sus primeros inicios con la *notitia criminis*, teniendo su apogeo en el proceso, al tener un desarrollo escalonado en el procedimiento preliminar de investigación, por eso el derecho de defensa con todas sus garantías no empieza sólo en el proceso, sino en el procedimiento preliminar de investigación; para reforzar lo mencionado se transcribe lo manifestado por Víctor Moreno Catena, en el que describe algunas características del sistema procesal penal en la etapa de investigación preliminar del país de España:

“El derecho de defensa ha de reconocerse no sólo cuando se haya formulado la acusación, dentro del juicio oral, sino cuando el procedimiento se dirija contra una determinada persona, y debe salvaguardarse a lo largo de todo él. Por eso, el art. 118 de la LECrim dispone con acierto que -...toda persona a quien se le impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando el

²⁸³ Vallespín Pérez, David “Las garantías constitucionales en el proceso penal español”, *XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, México, UNAM, 1998, serie A, b) Textos y estudios legislativos núm. 119, p. 560.

²⁸⁴ *Idem.*

procedimiento cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia, haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se hay acordado un procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá este derecho²⁸⁵”.

Respecto lo mencionado por Víctor Moreno Catena, y la ley de enjuiciamiento criminal de España, en su artículo 118, obtenemos la siguiente afirmación:

- El derecho de defensa, con todas las garantías no es sólo al momento de la acusación sino desde el momento que inicia el procedimiento penal en contra del indiciado.
- El procedimiento penal tiene su inicio con la *notitia criminis*, cuando hay imputación en contra de una persona.

El acto de imputar produce dos efectos principalmente, uno da legitimidad al imputado para defenderse y es límite del proceso:

“Dos efectos produce esencialmente la imputación, mejor, el conocimiento de la imputación por el pasivamente legitimado en el proceso penal: en primer lugar, opera como presupuesto del ejercicio del derecho defensa; en segundo lugar, marca el límite del proceso penal²⁸⁶”.

- a) Como fácilmente puede comprenderse, si el imputado desconoce que se está siguiendo un proceso contra él no tendrá posibilidad alguna de defenderse, de contrarrestar la imputación, de diseñar una estrategia defensiva que lo conduzca a su propia exculpación y salida del procedimiento penal...La ignorancia de la imputación aparta al imputado del procedimiento que se substanciará a sus espaldas²⁸⁷”.

²⁸⁵ Moreno Catena, Víctor, *op. cit.*, nota 260, p. 90.

²⁸⁶ *Ibidem*, pp. 90 y ss.

²⁸⁷ *Ibidem*, pp. 90-91.

Por su parte Carnelutti, refiere lo siguiente, respecto a la imputación:

“La imputación, ciertamente, es un acto. Sin este acto no puede haber aquel estado que se indica con la palabra imputado...

¿Cuál es, en primer lugar, su finalidad?

Para darse cuenta de ello, basta reflexionar que el proceso es un *iter*, y como tal debe tener un principio y un fin...

Con esa finalidad de dar vida al proceso, la imputación tiene el efecto de constituir la calidad según el art. 78, o mejor, según hemos visto, el status del imputado²⁸⁸”.

Con lo anterior se concluye que el derecho de castigar del Estado *ius puniendi*, tiene sus inicios o prepara los medios para llevarlo a cabo con la *notitia criminis*, en cuanto que se desarrolla forma gradual en el procedimiento, teniendo su apogeo en el proceso; así también desde el momento en el que se ordena investigar a una persona es el momento que inicia el derecho de defensa del indiciado para que pueda gozar de todas las garantías del procedimiento, porque ante el desconocimiento de la imputación que hay en su contra se lleva un procedimiento a sus espaldas, lesiona el derecho humano de defensa que protege la Constitución y tratados internacionales así como los principios de contradicción, igualdad procesal, lo que propicia desigualdad procesal en la misma etapa preliminar del delito.

²⁸⁸ Carnelutti, Francesco, *Cuestiones sobre el proceso penal*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Librería el Foro, 1960, pp. 136,137.

2. 6. El derecho del indiciado a ser informado de la imputación de forma inmediata.

La imputación es el atribuir a una persona la participación criminal de hechos que pudieran ser constitutivos de delito, que a su vez constituye una garantía del indiciado para conocer las razones del procedimiento llevado en su contra y ejercitar su derecho de defensa:

“La imputación consiste en atribuir a una persona determinada participación criminal en unos concretos que presentan los caracteres de delito...se identifica el procedimiento...sirve como garantía del sujeto pasivo, y le permite, primero, conocer el contenido procesal así como las razones de su apertura y curso y, segundo, ejercitar el derecho de defensa, reaccionar frente a la agresión que la imputación supone²⁸⁹”.

El derecho del indiciado para que sea informado de la imputación es la obligación de que la autoridad le haga saber de la acusación, es por ello que este derecho debe ser entendido de una forma amplia, como obligación de cualquier órgano estatal de hacer saber de forma oportuna de los cargos que hay en contra de una persona, José Luis Castillo Alba, dice:

“El contenido de este derecho debe ser interpretado y entendido en un sentido sumamente amplio. No tanto como una comunicación final del Ministerio Público acerca de si la persona debe o no ser llevada a juicio con la petición de condena y una cierta clase de pena, sino como una obligación de todos los poderes públicos de informar oportunamente los cargos (penales,

[La omisión de deber de comunicar la imputación debe acarrear la nulidad de todas las diligencias practicadas en ausencia del imputado, porque se ha vulnerado su derecho fundamental a la defensa (sentencias TC 128/1993, 129/1993 y 152/1993), cuyo ejercicio presupone el conocimiento de la imputación, pues es este además el único medio de reparación específico ante la infracción del derecho del art. 24 de la CE...

Moreno Catena, Víctor, “La imputación el proceso penal”, en E. R. Zaffaroni (coord.), *El proceso penal, sistema penal y derechos humanos*, México, Porrúa, 2000, p. 91.]

²⁸⁹ Moreno Catena, Víctor, *op. cit.*, nota 260, pp. 85-86.

disciplinarios, administrativos sancionatorios, etc.) que pesan en contra del ciudadano²⁹⁰”.

De la transcripción anterior se obtiene las siguientes premisas:

- No es sólo la comunicación final del Ministerio Público sobre la petición de condena, también debe ser desde que una persona es imputada de un delito.
- El deber de comunicar oportunamente.

La comunicación de la imputación al indiciado es trascendental en la investigación judicial o ya sea ministerial que se realice en contra del imputado, mencionando las siguientes características:

- Da legitimación pasiva al imputado en el procedimiento, lo que presupone el ejercicio de la defensa²⁹¹.
- “Marca el límite fáctico del proceso penal²⁹²”.
- Permite se lleve a cabo la “igualdad de armas²⁹³”.
- “...la obligada concreción que implica la imputación sobre todo persigue evitar una inquisición general (*inquisitio generalis*), contra un ciudadano²⁹⁴ ...”.
- “...como presupuesto para la apertura del juicio y, en definitiva, para el pronunciamiento judicial en la sentencia acerca del ius puniendi estatal²⁹⁵ ...”.
- Permite “conocer el contenido del proceso así como las razones de su apertura y curso²⁹⁶”.
- Confieren “la condición de sujeto pasivo con derecho a utilizar los medios pertinentes para su defensa²⁹⁷”.

²⁹⁰ Castillo Alva, José Luis, “El derecho a ser informado de la imputación”, en Percy García Caveró (coord.), *Temas Penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Anuario de derecho penal 2008*, Perú, Fondo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2008, p. 190.

²⁹¹ Cfr. Moreno Catena, Víctor, *op. cit.*, nota 260, p. 90.

²⁹² *Idem*.

²⁹³ Cfr. Castillo Alva, José Luis, *op. cit.*, nota 290, p. 190.

²⁹⁴ *Ibidem*, pp. 86 y ss.

²⁹⁵ *Ibidem*, p. 86.

²⁹⁶ *Idem*.

- “...evitar acusaciones sorprendidas...como las acusaciones maliciosas²⁹⁸...”.
- “...poniéndola inmediatamente en conocimiento de los imputados²⁹⁹...”
- “...se exige una valoración, con toda la provisionalidad que el momento procesal reclama...que ha de realizar un juicio de verosimilitud del relato contenido en la denuncia o la querrela, a base sólo del precario material con que se cuenta, y sin perjuicio de lo que resulte de ulteriores actuaciones³⁰⁰”.
- “...cuando la noticia criminis no sólo alcance hechos delictivos, sino que la denuncia o la querrela contenga también la determinación de la persona a quien se atribuyen³⁰¹...”.
- “...evitar pesquisas...”
- “...impide la actuación secreta³⁰²...”.
- No es “...legítimo ningún género de demora, ni siquiera para practicar diligencia de investigación alguna que pretendiera corroborar a *limine* los hechos referidos en la denuncia o en la querrela³⁰³...”
- “...ha de comunicársele de inmediato su status de imputado³⁰⁴...”.
- “...sin que pueda impedírsele al imputado el que intervenga en el procedimiento mediante ocultamiento de la existencia de la instrucción³⁰⁵...”.

La mayoría de las características mencionadas son del sistema procesal del país de España que describe el español Víctor Moreno Catena³⁰⁶, en el que se contiene el derecho en la ley de enjuiciamiento penal en el artículo 118, vigente

²⁹⁷ *Ibidem*, p. 87.

²⁹⁸ *Idem*.

²⁹⁹ *Ibidem*, p. 88.

³⁰⁰ *Idem*.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 87.

³⁰² *Ibidem*, p. 89.

³⁰³ *Ibidem*, p. 90.

³⁰⁴ *Idem*.

³⁰⁵ *Idem*.

³⁰⁶ *Cfr. Ibidem*, pp. 85-92.

todavía en año 2013 y en su propuesta al nuevo código de procedimientos Penales, también se contempla ese derecho, es la **evolución** del derecho procesal en materia de procedimiento para que le sea informado de forma inmediata al presunto responsable sobre la imputación que hubiera en su contra; disposición jurídica que contrasta con la disposición arcaica que se contiene en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y que retoma todas las leyes adjetivas en materia procesal penal de la República Mexicana y actualmente el Código Nacional de Procedimientos Penales, en cuanto que el imputado tiene derecho a tener acceso a los registros de investigación (cuando es sin detenido) hasta que comparece o se le pretenda tomar declaración o entrevista conforme al artículo 20 fracciones III y VI, lo que genera inquisiciones sobre las personas investigadas, por el hecho que no le es informado al indiciado de forma inmediata de la imputación que hubiera en su contra, como ocurre cuando no le es informado de forma inmediata de la denuncia, querrela o acto de imputación que hubiera en su contra; respecto lo que sobrelleva el no comunicar de la denuncia o querrela al imputado, Víctor Moreno Catena, dice:

“Para impedir el ya superado proceso penal inquisitivo, que en su forma más aguda y radical supone la situación de una persona que se sabe sometida a un proceso pero ignora de qué se le acusa, un elemento capital del moderno proceso penal es el derecho a ser informado de la acusación en todo momento; de esta manera se evitan las pesquisas o inquisiciones generales y se impide la actuación secreta e ignorada³⁰⁷...”.

Esta forma de inquisición en la etapa preliminar de investigación que va en contra del derecho humano de defensa, en nuestro país ha sido confirmada, avalada y por tanto es parte de nuestro derecho vigente por la interpretación que hiciera la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, en una contradicción de tesis, que es una forma de realizar jurisprudencia en la República Mexicana, teniendo la obligación todos los jueces de cumplirla lo que genera que todo

³⁰⁷ Cfr. *Idem.*

nuestro sistema en la etapa de investigación ministerial del delito que se lleva ante los agentes del Ministerio Público sea inquisitivo, como se demuestra con la siguiente fracción de la contradicción que es del año 2012, que se transcribe a continuación;

“En conclusión, debe prevalecer con el carácter de jurisprudencia la siguiente, tesis:

AVERIGUACIÓN PREVIA. EL DERECHO DEL INDICIADO PARA OFRECER PRUEBAS ESTÁ CONDICIONADO A QUE COMPAREZCA PERSONALMENTE ANTE LA AUTORIDAD MINISTERIAL (LEGISLACIÓN FEDERAL).-El artículo 20, apartado A, fracción V, en relación con su fracción X, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su texto anterior a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 18 de junio de 2008, prevé el derecho del indiciado a ofrecer pruebas durante la fase de averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan. Por otra parte, el artículo 128, fracción III, del Código Federal de Procedimientos Penales, dispone que cuando el inculpado fuese detenido o se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público Federal, éste procederá de inmediato a hacerle saber los derechos constitucionales que le asisten, entre ellos, el de ofrecer pruebas en la etapa ministerial. Ahora bien, el ejercicio de ese derecho está condicionado a que el indiciado comparezca personalmente ante la autoridad ministerial, pues sólo hasta que el representante social ha desahogado previamente las diligencias tendientes a comprobar que existe el cuerpo del delito denunciado y ha determinado que la persona señalada como indiciada en realidad reúne ese carácter, podrá detenerla o citarla a comparecer, hacerle saber la imputación existente en su contra y el nombre del denunciante o querellante, en términos del artículo 128, fracción II, del ordenamiento legal en cita, por lo que será a partir de ese momento cuando estará en condiciones de ejercer su defensa y ofrecer pruebas, pues de otro modo desconocerá cuáles son exactamente los cargos a desvirtuar³⁰⁸...”.

La anterior jurisprudencia es la conclusión a que llegó nuestra máxima autoridad federal, en la que se observa lo arcaico de la interpretación que realiza al artículo 20 Constitucional en sus fracciones V, X, antes de la reforma del 2008, respecto los derechos del indiciado en la averiguación previa en la etapa de investigación ministerial del delito, al establecer:

³⁰⁸ Décima Época; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Primera Sala; Libro IV, Enero de 2012, Tomo 3, página 2130; AVERIGUACIÓN PREVIA. EL DERECHO DEL INDICIADO PARA OFRECER PRUEBAS ESTÁ CONDICIONADO A QUE COMPAREZCA PERSONALMENTE ANTE LA AUTORIDAD MINISTERIAL (LEGISLACIÓN FEDERAL); CONTRADICCIÓN DE TESIS 11/2011.

“...se presentare voluntariamente ante el Ministerio Público Federal, éste procederá de inmediato a hacerle saber los derechos constitucionales que le asisten, entre ellos, el de ofrecer pruebas en la etapa ministerial. Ahora bien, el ejercicio de ese derecho está condicionado a que el indiciado comparezca personalmente ante la autoridad ministerial...”.

De la anterior conclusión que es parte de la jurisprudencia, es de preguntarse: ¿Las investigaciones anteriores a la comparecencia del indiciado son diligencias secretas? ¿Al indiciado le fue informado de manera inmediata de la imputación que hubiera en su contra? ¿Hay inquisición general cuando al indiciado se le hace saber de los cargos hasta que comparece? ¿Se le está ocultando al imputado el procedimiento que hay en su contra? ¿Estuvo presente el indiciado cuando el Ministerio Público recabo los datos de prueba? ¿Es legítima la demora de hacer del conocimiento al indiciado de la imputación que hay en su contra? ¿El hecho de que al indiciado se le haga saber hasta que comparece a la agencia del ministerio público es sorpresivo? ¿Tiene los medios procesales el indiciado para combatir las diligencias secretas? ¿Hay igualdad procesal entre el Ministerio Público y el indiciado, cuando el primero no le informa de la imputación que hay del presunto responsable hasta comparece a la agencia del Ministerio Público? ¿El imputado puede ejercitar su derecho humano de defensa ante las diligencias de las cuales no tiene conocimiento? La respuestas a lo anterior, ya fueron respondidas en las características que tiene el derecho de ser informado de manera inmediata al indiciado respecto de la imputación que hay en su contra, siendo este “un elemento capital del moderno derecho procesal³⁰⁹”, porque mediante este derecho se evitan pesquisas, inquisiciones generales, a través de la comunicación que realice de forma inmediata el Ministerio Publico al presunto responsable de la denuncia, querrela o acto de imputación que hubiera en su contra, no siendo legitimo la demora o excusa que se están recabando datos pruebas para no informar al sujeto a investigación, y así sea llevado un

³⁰⁹ Moreno Catena, Víctor, “La imputación el proceso penal”, en E. R. Zaffaroni (coord.), *El proceso penal, sistema penal y derechos humanos*, México, Porrúa, 2000, p. 89.

procedimiento en la agencia del Ministerio Público a espaldas del imputado que lesione el derecho humano de defensa y estar en aptitud de ofrecer los medios legales que la ley establezca para defenderse en esta etapa de investigación ministerial del delito.

En el país de España respecto a la omisión de comunicar de forma inmediata la imputación que hubiera en contra del presunto responsable los tribunales de ese país *han resuelto la nulidad de todas las diligencias practicadas en ausencia del imputado* por vulnerarse el derecho de defensa y como los Estados Unidos Mexicanos se llevan diligencias sin conocimiento del indiciado, los ciudadanos mexicanos tenemos el derecho de acudir a la Corte Internacional de Derechos Humanos, en él que se podrá ventilar el hecho de transgresión de derecho humano de defensa, respecto la omisión de comunicar la imputación, Víctor Moreno Catena, nos proporciona la siguiente información:

“La omisión de deber de comunicar la imputación debe acarrear la nulidad de todas las diligencias practicadas en ausencia del imputado, porque se ha vulnerado su derecho fundamental a la defensa (sentencias TC 128/1993, 129/1993 y 152/1993), cuyo ejercicio presupone el conocimiento de la imputación, pues es este además el único medio de reparación específico ante la infracción del derecho del art. 24 de la CE³¹⁰ ...”

³¹⁰ Moreno Catena, Víctor, op. cit., nota 260, p. 91.

CAPITULO 3. LA IGUALDAD PROCESAL EN LA ETAPA PRELIMINAR MINISTERIAL DE INVESTIGACION.

3.1 Teología del principio de igualdad.

La igualdad ha sido relacionada con la justicia, tal como se desprende del pensamiento de Aristóteles al referir: "...parece que la justicia consiste en igualdad, y es así, pero no para todos, sino para los iguales; y la desigualdad parece ser justa, y lo es, en efecto, pero no para todos, sino para los desiguales³¹¹..."; de lo que se desprende que a los iguales hay que tratarlos de forma igual y las "cosas que son desiguales deben tratarse de manera desigual en proporción de su desigualdad³¹²".

Es por eso que el principio de igualdad es uno de los valores superiores de los órdenes jurídicos, el cual podría ser considerado un ideal, verdad universal, principio, estándares morales, jurídicos; para aplicar la igualdad hay que saber que *calidad* o relación en común debe ser tratado igual, por ello es uno de los elementos esenciales del cualquier sistema jurídico que generan obligaciones específicas para la autoridad que debe de establecer los mecanismos para garantizarlos y protegerlos que lo convierte en un derecho al titular del mismo³¹³.

El término igualdad proviene del griego *isotes*; latín, *aequitas*, de cuyo contenido es cualitativo, lo que significa correspondencia entre grupos, objetos, personas, procesos, circunstancias que tienen las mismas cualidades en alguna situación en específico:

"...La igualdad significa correspondencia entre un grupo de diferentes objetos, personas procesos o circunstancias que tienen

[Igualdad y justicia son sinónimos; ser justo es ser igual, ser injusto es ser desigual. (Pérez Portilla, Karla, *Principio de igualdad, alcances y perspectivas*, México, UNAM. 2005, pp. 6 y ss.).

El derecho no puede ser injusto-ello implicaría una contradicción-, más las leyes si pueden encerrar injusticias. (Gottfried Wilhelm Leibniz, *Tres ensayos: el derecho y la equidad, la justicia, la sabiduría*, trad. Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1960, p. 291)]

³¹¹ Cit. Pérez Portilla, Karla, *Principio de igualdad, alcances y perspectivas*, México, UNAM. 2005, pp. 1- 8.

³¹² *Ibidem*, p. 8.

³¹³ *Ibidem*, pp. 1- 4.

las mismas cualidades en por lo menos algún aspecto, pero no en todos, es decir, debe considerarse alguna característica en específico³¹⁴ ...”.

Los términos “igualdad” e igual, son *predicados incompletos*, sobre una cuestión fáctica parcial, respecto de por lo menos dos objetos de los que hay cualidades lo que se podría ejemplificar de la siguiente manera³¹⁵:

➤ Igualdad= relación entre dos más objetos (a, b,...) y 1 o más cualidades.

Es por ello que la igualdad es un predicado incompleto, porque para llegar a él se requiere hacer la pregunta: “¿igualdad respecto de qué?”, por tal motivo hay una relación tripartita “*tertium comparationis*”, entre dos o más objetos y una o más cualidades³¹⁶.

La igualdad que se predica de un conjunto de entes diversos debe versar sobre *rasgos discernibles* de los que se establecerán los términos para la comparación para afirmar o negar la igualdad, lo que deviene ser un juicio valorativo:

“...los juicios de igualdad son siempre juicios valorativos, referidos conjuntamente a las igualdades o desigualdades fácticas y las consecuencias normativas que se unen a las mismas. Afirmer que dos sujetos merecen el mismo trato supone valorar una característica común como relevante a efectos de cierta regulación y hacer abstracción tanto de los rasgos diferenciadores como de los demás ámbitos de regulación³¹⁷”.

La igualdad establece una relación comparativa, como se dijo anteriormente entre dos o más objetos que comparten cierto aspecto o algo relevante en común, porque parte de una situación *fáctica parcial*:

³¹⁴ *Ibidem*, p. 5.

³¹⁵ *Cfr. Ibidem*, p. 6.

³¹⁶ *Cfr. Idem*, p. 6.

³¹⁷ *Ibidem*, p. 7.

“Mediante la igualdad se describe, se instaure o se prescribe una relación comparativa entre dos o más sujetos u objetos que poseen al menos una característica relevante en común³¹⁸”.

Las situaciones de igualdad fácticas parciales de cierto aspecto relevante en común, en el campo jurídico, constituyen *concepto normativo* no descriptivo, por ser cuestiones valorativas en cuanto que “A” y “B” aunque no sean idénticos pero pueden tener algo en común lo que permite hacer el juicio normativo para ser tratado o considerado igual o desigual respecto esa cualidad que tienen ambos; es importante también señalar para qué o en función normativa debe serlo, es decir, establecer en que circunstancia hay uniformidad o diferencia³¹⁹.

Al establecer el juicio normativo de igualdad sobre dos o más entes, la valoración de la característica en común es necesario señalar establecer, para tener “avance” o trascendencia, “en función de que regulación jurídica debe serlo”; la consecuencia es el factor normativo que une a la situación fáctica parcial de los objetos de dicho juicio³²⁰.

La igualdad es uno de los valores intrínsecos que tiene el derecho y a su vez es relacionado con la justicia porque se puede considerar: “Igualdad y justicia son sinónimos; ser justo es ser igual, ser injusto es ser desigual³²¹”, el derecho no puede ser injusto porque implicaría una contradicción, pero las normas jurídicas si pueden serlo, por ello los poderes legislativos tienen la responsabilidad moral, ética de plasmar el derecho en las leyes que son creadas, porque ante leyes injustas es aplicado derecho injusto generando desigualdad jurídica a las personas que se les aplica las normas jurídicas:

“El derecho no puede ser injusto-ello implicaría una contradicción-, más las leyes si pueden encerrar injusticias. Pues la ley es formulada y sostenida por un acto de autoridad y cuando a la

³¹⁸ *Ibidem*, p. 6.

³¹⁹ *Cfr. Ibidem*, p. 7

³²⁰ *Cfr. Idem*.

³²¹ *Ibidem*, pp. 6 y ss.

autoridad le faltan sabiduría y buena fe, puede establecer e imponer leyes completamente malas³²²”.

Obsérvese la anterior transcripción de lo que se desprende que el derecho no puede ser injusto, tiene una finalidad de justicia, valor material o intrínseco de hacer el bien, sin en cambio los gobernantes, principalmente el poder legislativo puede hacer leyes malas, por carecer de sabiduría y buena fe, al crear las leyes o simplemente indiferencia de la trascendencia de las normas jurídicas cuando es aplicada al ciudadano o también puede acontecer ante la omisión de realizar normas procesales que protejan los derechos que se contienen en las distintas leyes.

³²² Gottfried Wilhem Leibniz, *Tres ensayos: el derecho y la equidad, la justicia, la sabiduría*, trad. Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1960, p. 291.

3.2. El conocimiento de las diligencias de investigación de manera inmediata al imputado.

Las investigaciones realizadas por el Ministerio Público, sin que haya informado al imputado, lesiona el criterio de igualdad procesal; algunos lo justifican con el razonamiento de que en los primeros momentos el Estado tiene que tener ventaja sobre el criminal³²³, situación que fue considerada en un primer momento, en la legislación Española -analizada en el presente trabajo-, pero en su evolución de su legislación y reforma de la de enjuiciamiento criminal 53/1978 del 4 de diciembre y ley orgánica de LO 14/1983 de 12 de diciembre, *aumento la igualdad* procesal en la fase del sumario al otorgarle el derecho del imputado de conocer de forma inmediata la denuncia o querella formulada en contra, el artículo 118 de la Ley de enjuiciamiento todavía vigente hasta el 2013, estando latente en el mismo año la entrada del nuevo código procesal de español, que es aún más garantista y protectora del principio de igualdad procesal en la etapa de investigación, prescribía todavía para ese momento:

“Artículo 118. La admisión de denuncia o querella y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculpados...³²⁴”.

La igualdad procesal ha sido entendida como el equilibrio que debe haber entre las partes, para que tengan medios parejos de ataque (ofrecer pruebas),

[“En la muestra de quejas se denuncia reiteradamente que el ministerio público y la policía judicial incurren en práctica de distorsionar, alterar, inventar u ocultar hechos relacionados con los delitos de los que tienen conocimiento”.

López Ugalde, Antonio, Procuración de Justicia y Derechos Humanos propuestas y análisis, México, CDHDF, 2003, p. 14.]

³²³ Cfr. Vallespín Pérez, David, *op. cit.*, nota 283, p.559.

³²⁴ Ley de Enjuiciamiento Criminal Español, vigente todavía en el 2013.

mismas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación, e incluso se le ha atribuido de forma metafórica características como “igualdad de armas”³²⁵;

Es un axioma jurídico la necesidad de igualdad procesal en todo procedimiento, no es extraño que en la etapa investigadora se cometen acciones de la autoridad que rompen con el principio de igualdad lo que genera una inseguridad jurídica en esta etapa de investigación e incluso hay desconfianza en la administración de justicia en esta etapa preliminar, en relación a lo anterior la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, ha dicho por medio de estadísticas:

“En la muestra de quejas se denuncia reiteradamente que el ministerio público y la policía judicial incurren en práctica de distorsionar, alterar, inventar u ocultar hechos relacionados con los delitos de los que tienen conocimiento”³²⁶.

Es por ello que aunque el tema es árido en cuanto que debe haber igualdad procesal en la etapa preliminar de investigación, para algunos autores refieren que en los primeros momentos el Estado tiene que tener la ventaja para recoger los vestigios del crimen, sin en cambio en la práctica se observa que en algunas veces la ventaja es para inventar hechos u ocultarlos, alterarlos, distorsionarlos, como se ha constatado por medio de muestreos de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, lo que se traduce en injusticias intolerables, porque a nadie le agradaría como tampoco es justo que le llevaran un procedimiento espurio, por no tener los elementos legales que deberían darle legitimidad al acto de autoridad, para que una persona fuera privada de la libertad; recordando que el sistema penal ataca, cuando así lo amerite, principalmente el derecho más valioso, aparte de la vida, lo que es la libertad de las personas, y es precisamente donde es más latente las irregularidades y donde se tienen que tomar las medidas pertinentes para la erradicar las anomalías en la etapa preliminar investigadora.

³²⁵ Cfr. Vallespín Pérez, David, *op. cit.*, nota 283, p.574.

³²⁶ López Ugalde Antonio, *op. cit.*, nota 199, p.14.

La imputación hacia una persona es uno de elementos esenciales del procedimiento penal, porque sin ella no se podría dirigir la acusación, se determina al sujeto pasivo, se postula el pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales para accionar el derecho a la tutela efectiva; también dentro de los puntos importantes tenemos que es el momento en que tiene legitimación el imputado para hacer ejercicio del derecho de defensa³²⁷; uno de los aspectos medulares de la imputación es evitar inquisiciones generales, es decir, investigaciones secretas, pero dentro del marco de las “garantías” constitucionales en el Estado Mexicano, no es entendido de esta forma, al prescribir que tiene derecho al acceso de los registros por parte del imputado hasta que se le pretenda tomar declaración, cuando la lógica jurídica nos indica que es desde el momento en que hay una imputación (en el sistema mexicano se actualiza cuando hay denuncia, querrela), por la sencilla razón, que el Ministerio público tiene la amplitud del tiempo que considere para mandar a llamar al sujeto de investigación hasta que lo considere necesario, lo que viene a constituir, como se ha venido mencionando investigaciones inquisitoriales que van en contra del principio de igualdad procesal del sistema acusatorio; respecto las inquisiciones generales, a espaldas del imputado; la imputación tiene como característica:

“...la imputación sobre todo persigue evitar una inquisición general (*inquisitio generalis*) contra un ciudadano; en otras palabras, que se abra un procedimiento penal a sus espaldas y que el objeto de este puede extender a cualquier hecho en que el sujeto hubiera tenido participación³²⁸.”

Es todavía increíble que en los Estados Unidos Mexicanos, en sus diversas Entidades que lo conforman, así como varios países de Latinoamérica, en la etapa de investigación tenga todavía rasgos inquisitivos, lo cual se puede buscar su origen en el derecho colonial que España gobernaba, por medio de leyes que

³²⁷ Cfr. Moreno Catena Víctor, *op. cit.*, nota 260, p. 86.

³²⁸ *Idem.*

le permitirán tener control en el inmenso imperio, posteriormente la independencia de las colonias constriñó la consagración oligarquías presidenciales³²⁹.

Las constituciones que fueron creadas en los distintos países de Latinoamérica fueron en su caso republicanas y liberales que de alguna manera reprodujeron disposiciones de la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano francés de 1789, sin embargo la ley y la realidad había una gran distancia³³⁰.

Lo anterior se dice en atención que la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, no consagra la garantía a favor del imputado de hacer por parte de las autoridades, en específico, del agente del Ministerio Público, del conocimiento al imputado de *forma inmediata* que está sometido a un procedimiento de investigación en su contra, con lo que se evitaría pesquisas generales y actuaciones secretas:

“Para impedir el ya superado proceso penal inquisitivo, que en su forma más aguda y radical supone la situación de una persona que se sabe sometida a un proceso pero ignora de qué se le acusa, un elemento capital del moderno proceso penal es el derecho de ser informado de la acusación en todo momento; de esta manera se evitan las pesquisas o inquisiciones generales y se impide la actuación secreta e ignorada del aparato judicial, que pudiera durar indefinidamente, mantener viva la sospecha sobre el investigado, para luego caer sobre él³³¹”.

De lo anterior se advierte las siguientes premisas:

- La forma más radical del procedimiento inquisitivo son los procedimientos del cual ignora el indiciado.

³²⁹ Cfr. Zaffaroni Eugenio Raúl, *El proceso penal, sistema penal y derechos humanos*, México, Ed. Porrúa, 2000, p. 4.

³³⁰ Cfr. *Idem*.

³³¹ Moreno Catena, Víctor, *op. cit.*, nota 260, p. 90.

- Un elemento moderno del procedimiento penal para impedir las investigaciones secretas es el informar al indiciado de los hechos que se le imputan en todo momento.

3.3. Momento en que debe de empezar la igualdad procesal del imputado para intervenir en el procedimiento de investigación.

En las investigaciones realizadas por los Ministerios Públicos para acreditar el hecho delictuoso, estamos en presencia de intereses distintos de las partes, los cuales pretenden ser amparados por la justicia penal; la víctima tiene como interés la sanción al responsable, reparación de los daños; el imputado tiene como interés la declaratoria de su inocencia de los cargos en su contra o por lo menos una sanción atenuada.

El interés de la víctima de que se le aplique una sanción al responsable, por medio del representante del Estado, se traduce en la pretensión que se ejercite el *ius puniendi*, lo que constituye un derecho de la víctima para que al delincuente se le imponga una pena por el delito cometido, siendo el titular de la pretensión punitiva el Estado normalmente; Ernst Von Beling, lo define de la siguiente manera:

“Pretensión punitiva, Derecho Penal en sentido subjetivo, *ius puniendi*, es la relación jurídica fundada en el Derecho Penal en sentido objetivo, por medio de la cual un determinado sujeto de derecho tiene el derecho de que el delincuente sufra su pena; éste es, pues “punible”, tiene un deber de sometimiento penal³³²”.

De los intereses de las partes antes mencionados, hay que establecer en que momento comienza los mismos para poder establecer el “*tertium comparationis*”, necesario para el juicio normativo de igualdad, mencionado en el subcapítulo 4.1 del presente trabajo, descrito de la siguiente forma:

Igualdad= relación entre dos más objetos (a, b,...) y 1 o más cualidades.

³³² Von Beling, Ernst, *Esquema de derecho penal*, trad. de Carlos M. de Elía, Argentina, El foro, 2002, p. 41.

[Artículo 118. La admisión de denuncia o querrela y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculcados. Ley de enjuiciamiento penal del país de España vigente en el año de 2013.]

El elemento de comparación lo será el momento en que se preparan los actos para que el Estado ejercite el ius puniendi, para realizar los actos de investigación, que consiste en el momento de que el agente del Ministerio Público tiene conocimiento de un hecho delictivo, lo que acontece cuando hay querrela, denuncia en el sistema mexicano, según sea el caso, para integrar la averiguación previa o carpeta de investigación según sea denominada, tal como se detalla a continuación:

“Desde el momento en que el Ministerio Público tiene conocimiento de hecho delictivo, ya sea por denuncia o querrela, independientemente de que las leyes adjetivas señalan que al tratarse de delitos que se persiguen de oficio, el Ministerio Público debe iniciar la averiguación previa. Sin embargo, necesita formalizarla con un requisito de procedibilidad, que es la denuncia, la cual puede ser efectuada por cualquier persona, sea o no la víctima u ofendido³³³”.

En lo referente al otro elemento de comparación, consiste la defensa del indiciado al momento que se le está investigando, lo que lo legitima pasivamente para actuar durante el procedimiento de investigación para que pueda ejercitar el derecho de defensa:

“Dos efectos produce esencialmente la imputación, mejor, el conocimiento de la imputación por el pasivamente legitimado en el proceso penal: en primer lugar, opera como presupuesto del ejercicio del derecho de defensa; en segundo lugar, marca el límite fáctico del proceso penal³³⁴”.

Asimismo es de señalar que en materia de procedimiento penal, tal como mencionó, las diligencias de investigación algunas de ellas repercuten con efectos sancionadores de manera provisional al aplicarse las medidas precautorias o para solicitar medidas cautelares, es decir, se anticipan las penas “provisionalmente”,

³³³ Barragán Salvatierra, Carlos, *op. cit.*, nota 187, p. 369.

³³⁴ Moreno Catena, Víctor, *op. cit.*, nota 260, p. 90.

siendo esencial, *la obligación de los agentes del Ministerio Público de hacer del conocimiento de forma inmediata la imputación que hay en contra del presunto responsable*, para que no se realicen diligencias secretas de las cuales le puedan repercutir para la aplicación de medidas cautelares y/o precautorias, y máxime cuando algunas diligencias ya no se puedan reproducir, en caso contrario implica conformarse con las actuaciones del agente del Ministerio Público; es por ello que al indiciado debe hacerse saber de forma inmediata conocimiento de la existencia de la imputación que hay en su contra para que pueda ejercitar su derecho humano de defensa, desde que inician las investigaciones en su perjuicio. Respecto de las diligencias que no se pueden reproducir, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el estudio de sistemas procesales de la Latinoamérica, en la que fue coordinador Zaffaroni, dice:

“...la instrucción inquisitoria, secreta y con la prisión preventiva como regla, se compensa con un juicio plenamente acusatorio, pronto se reveló como falsa, al resultar de toda evidencia que hay pruebas que no pueden reproducirse en el plenario del juicio: en la práctica, las pruebas producidas en el sumario por la policía no podían reproducirse en el juicio³³⁵”.

Así también otro de los factores para establecer la importancia de que el Ministerio Público le dé a conocer al investigado de la denuncia o querrela que hubiera en su contra es porque *la averiguación previa tiene como finalidad recabar datos de pruebas e indicios para demostrar que el hecho delictuoso y la probable responsabilidad del imputado*:

“En términos de Ovalle Fabela, la averiguación previa tiene como finalidad que el Ministerio Público recabe todas las pruebas e indicios que puedan acreditar los elementos del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del imputado³³⁶”.

³³⁵ Zaffaroni Eugenio, Raúl, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (informe final)*, Buenos Aires, Ed. Depalma, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Tomo II, 1986, pp. 169 – 170.

³³⁶ Barragán Salvatierra, Carlos, *op. cit.*, nota 187, 370.

El acto jurídico de recabar datos de pruebas constituye un derecho del ofendido para que el Estado por medio de los agentes del Ministerio Público, inicien las investigaciones con la finalidad de que después sea ejercido el *ius puniendi*, datos de prueba que deben reunir los requisitos de veracidad, imparcialidad, porque estos serán las bases sobre el que pretenderá el Estado culpar al que sea responsable del delito, por ello la necesidad de que el indiciado desde un principio tenga conocimiento de la denuncia o querrela para que pueda ejercitar de *manera oportuna* el derecho humano de defensa, por eso es de concluirse que el derecho de la víctima u ofendido para que el agente del Ministerio Público recabe datos de pruebas para sustentar el *ius puniendi*, se traduce en pretensión de afectar legalmente la esfera jurídica del indiciado, que inclusive antes de que haya sentencia se materializa con la aplicación de medidas cautelares y/o precautorias, las cuales requieren para su sustento de datos de prueba, las que a su vez el imputado tiene derecho de conocerlas de forma inmediata para que esté en oportunidad de ejercer su derecho humano de defensa de forma oportuna, es decir inmediata, desde el momento que son recabados los datos de prueba; la demora del conocimiento de los datos de pruebas ofrecidos para incriminarlo origina vicios notorios pueden ser, según sea el caso; *alteración, aleccionamiento, desaparición, implementación, modificación, y varias más que se pueden ocasionar la secrecía de la investigación inicial, no formalizada, ante las actuaciones del Agente del Ministerio Público*³³⁷.

Respecto del acto jurídico del agente del Ministerio Público de recabar datos de pruebas se establecen las siguientes premisas:

- La finalidad de la averiguación previa es recabar datos de pruebas en contra del imputado.
- Los datos de prueba afectan en la esfera jurídica del imputado, antes de la sentencia, como es con las medidas de protección, precautorias, cautelares.

³³⁷ Cfr. López Ugalde Antonio, *op. cit.*, nota 199, p.14.

- Algunos datos de pruebas requieren que hayan sido recabados con objetividad, buena fe, imparcialidad, lo que está al arbitrio del Ministerio Público, porque lo realiza de forma unilateral.
- El derecho humano de defensa del imputado inicia desde el momento que son recabados los datos de prueba, para que pueda ejercitar los principios jurídicos de *forma inmediata* que fueran aplicables del proceso acusatorio oral.
- Las diligencias que hubieran sido practicadas sin conocimiento del indiciado, son secretas, contrarias a todo Estado democrático.

Con los elementos mencionados estamos en la posibilidad de realizar el juicio normativo de igualdad respecto el acto jurídico de recabar datos de pruebas, consistentes en el siguiente:

El Objeto normativo de igualdad es:

- El Derecho de recabar datos pruebas por parte del Ministerio Público.
- El Derecho de ofrecer datos pruebas por parte del indiciado de manera inmediata que sustentan la imputación.
- Lo anterior obedece por la razón que la cualidad de ambos derechos es el hecho de que al momento que el Ministerio Público recaba pruebas para pretender demostrar el hecho delictivo es el momento también oportuno para que el indiciado tenga la facultad de defenderse para ofrecer datos de pruebas, como hacer valer los principios del proceso acusatorio penal, dentro del que está el contradictorio, para que sea ejercido de forma inmediata para que no sean, alterados, modificados los datos de prueba³³⁸, porque con los datos de pruebas recabados se va afectar su esfera jurídica de forma provisional, traduciéndose a su vez que las pruebas que hayan

³³⁸ Cfr. *Idem.*

sido recabadas sin conocimiento, fueron realizadas en secreto, constituyendo la forma más *aguda del procedimiento inquisitorio*³³⁹.

El acto jurídico realizado por los Agentes del Ministerio Público de recabar datos de pruebas es trascendente en los derechos subjetivos del indiciado, principalmente en su libertad, lo que en la etapa preliminar de investigación es afectado, mediante las medidas provisionales, es por eso que en esta etapa inicial es importante la imparcialidad con la que se conduzca la autoridad:

“...también es evidente que el imputado tiene un derecho subjetivo a la libertad, en todo caso contrario o contrapuesto a las medidas que se pueden adoptar contra él en la investigación y a la condena de la sentencia que ponga fin al proceso³⁴⁰”.

Es por tal motivo la importancia de que el imputado esté informado en todo momento de la imputación que hay en su contra, que se traduce en la transparencia y obligación que debería de hacer el fiscal hacia el imputado de informar de la denuncia querrela para mantener el equilibrio procesal, situación que se confirma con: “...es el derecho de ser informado de la acusación en todo momento; de esta manera se evitan las pesquisas o inquisiciones generales y se impide la actuación secreta e ignorada del aparato judicial³⁴¹...”.

En este orden de ideas en el que se indicó los efectos jurídicos de las investigaciones realizadas por los agentes del Ministerio Público con motivo del inicio de la averiguación previa o carpeta de investigación por la *noticia criminis* que se le hizo saber ya sea por denuncia o querrela, se traduce en el inicio de actos tendientes para que con posterioridad sea ejercido el *ius puniendi* del Estado, y *para poder efectuarlo se requiere las pruebas para incriminar al sujeto de investigación*; por lo que respecta al imputado requiere tener la oportunidad, más bien la garantía procesal constitucional de que se le haga del conocimiento

³³⁹ Cfr. Moreno Catena, Víctor, *op. cit.*, nota 260, p. 90.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 54.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 89.

de forma inmediata de las diligencias, pero se hace énfasis que debe ser *de forma inmediata*, porque habría poca utilidad si fuera informado mucho después; por la parcialidad de recabar datos de pruebas de los agentes del Ministerio Público, por ese motivo el juicio normativo de igualdad es respecto *el conocimiento de la noticia criminis por parte de la autoridad y el conocimiento del imputado de las diligencias habidas en su contra, elementos y derechos que tienen la misma importancia* para los actores dentro del procedimiento de investigación.

Es por ello que se establecen las siguientes premisas, en la etapa de investigación:

- El derecho de la víctima u ofendido para que el Estado prepare el *ius puniendi*, empieza con el conocimiento de la noticia criminis.
- El conocimiento de la noticia criminis legitima al Estado para realizar diligencias que se traduce en recabar datos de pruebas para incriminar al imputado.
- La imputación que se hace por medio de denuncia o querrela en contra del sujeto de investigación, legitima al imputado para que ejerza su derecho de defensa.
- El conocimiento de la imputación del sujeto a investigación le permite realizar actos tendientes a la defensa de sus derechos.
- El conocimiento de la imputación en contra del sujeto de investigación, que sea posterior o tardía, da ventaja al Ministerio Público para que pueda recabar datos de prueba sin conocimiento del imputado.

En conclusión, el derecho de la víctima u ofendido para que se le dé justicia en materia penal, empieza con el *conocimiento por la denuncia o querrela* que se le hace saber al Estado, por medio de sus representantes, agentes del Ministerio Público, lo cual es la legitimación para ejercer con posterioridad el *ius puniendi*, lo que podrá realizarlo y justificarlo por medio del material probatorio que ofrezca, que tiene repercusiones legales hacia el imputado, en la sentencia y antes de ella, como es en las medidas cautelares; por su parte el sujeto de investigación está

legitimado tanto jurídicamente como por justicia, desde el momento que le están imputando algún delito, para que pueda ejercer desde ese momento su derecho a la defensa, siendo necesario la igualdad procesal para ambas partes desde que tiene conocimiento el Ministerio Público para preparar el *ius puniendi* que lo justifica con los datos de pruebas en la etapa de investigación, para solicitar medidas cautelares, o ya sea para solicitar una sentencia condenatoria; es por lo anterior que la igualdad procesal que tiene el indiciado empieza desde el momento que tiene conocimiento de los hechos, que se le atribuyen en la denuncia o querrela, momento del que se hace énfasis empieza también el derecho de defensa, que es el momento en el que el Estado realiza por medio de los Ministerios Públicos, diligencias de investigación, siendo precisamente cuando tiene conocimiento de la *noticia criminis*, ya sea denuncia o querrela, lo que se sintetiza con la siguiente afirmación:

El derecho de la víctima del delito para que se le dé justicia y el derecho del imputado para defenderse empiezan desde el momento que el Estado tiene conocimiento del hecho delictuoso por medio de denuncia o querrela y por consiguiente comienza a recabar datos de pruebas para con posterioridad ejercitar el *ius puniendi*.

3.4. La desigualdad procesal hacia el imputado por motivo de las diligencias de investigación sin su conocimiento de manera inmediata.

La frase que “todos somos iguales ante la ley”, por lo que respecta en la etapa preliminar de investigación es una falacia, en el régimen jurídico mexicano, lo que tiene sus orígenes por los sistemas inquisitoriales que contaminan a los sistemas que pretenden ser acusatorios; los rasgos inquisitorios intoxica la restante normatividad, no es necesario que todo el sistema sea inquisitorio, basta que uno de sus elementos lo sea para transmitirlo al sistema por completo, como lo es la secrecía, tema que nos ocupa, en la etapa inicial de investigación, tal como se puede deducir de la presente transcripción:

“...las instituciones inquisitoriales vuelven especialmente en materia de tóxicos prohibidos, donde se limita defensa, se prohíben excarcelaciones, se decide por tribunales especiales o de excepción, se autorizan los jueces anónimos, los testigos anónimos, los funcionarios autorizados por el tribunal para cometer delitos, se subordinan derechos de todos los habitantes al éxito de las investigaciones de esa naturaleza, se fomenta y premia la delación, etcétera.³⁴²”

La secrecía en la etapa de investigación lesiona el principio de igualdad hacia el imputado lo que afecta su derecho humano de defensa principalmente por los siguientes motivos:

[“...la obligada concreción que implica la imputación sobre todo persigue evitar una inquisición general (*inquisitio generalis*) contra un ciudadano; en otras palabras, que se habrá un procedimiento penal a sus espaldas, y que el objeto de este se pueda extender a cualquier hecho en el que el sujeto hubiera tenido participación.”

Moreno Catena, Víctor, “La imputación el proceso penal”, en E. R. Zaffaroni (coord.), *El proceso penal, sistema penal y derechos humanos*, México, Porrúa, 2000, p.

86.]

³⁴² Zaffaroni Eugenio Raúl, *op cit.*, 329, p. 7.

- La pretensión punitiva del Estado para imponerle una sanción al imputado empieza a prepararse con la noticia criminis, mientras que conforme a nuestra Constitución en su artículo 20 apartado VI (cuando es sin detenido), el imputado tiene derecho al acceso de los registros de investigación hasta que esté detenido o se le pretenda tomar declaración, es esta segunda hipótesis la más preocupante, porque las diligencias anteriores al acto jurídico de que se le pretenda tomar declaración, fueron en secrecía, en cuanto que como “lo garantiza” dicho ordenamiento constitucional, a contrario sensu: cuando no se le pretenda tomar declaración no tiene derecho al acceso a los registros, situación que da elementos para que en “el marco de la legalidad”, los agentes del Ministerio Público, en caso que una persona se le haya enterado por fuentes diversas que está denunciado, le digan: - No le podemos dar informe respecto la averiguación que indica, las investigaciones son secretas-, situación que lo puede hacer el agente del Ministerio Público, porque constitucionalmente prescribe de forma clara cuáles son los momentos en los que tiene acceso el imputado, que es hasta el momento que se le pretenda tomar declaración o entrevistarlo.
- Los datos de prueba son recabados de forma unilateral por parte de la autoridad, sin que haya la certeza de que han sido obtenidos de forma imparcial, lo que puede propiciar suplantar, modificar, desvanecer, incrementar, el material probatorio.
- La defensa es tardía, o después de mucho tiempo, del momento en que iniciaron las investigaciones, por lo que el Ministerio Público, tuvo el tiempo necesario para preparar los datos de pruebas en contra del imputado. Lo que se traduce en una ventaja del Ministerio Público de recabar datos de prueba, sin que tenga conocimiento el imputado “hasta el momento que se le pretenda tomar declaración”, hay quienes consideran que no perjudican esas investigaciones porque el imputado en las etapas correspondientes podrá contradecirlas con la garantía de

audiencia que la ley constitucional otorga, es incuestionable dicha garantía, pero lo va ser sobre datos de pruebas pre-constituidas realizadas por los agentes de los Ministerios Públicos.

De las razones que argumentan algunos autores para considerar las investigaciones realizadas en contra del imputado, las puede combatir dentro del procedimiento penal, -después de la investigación-, es la asimilación al procedimiento civil, pasando por alto la diferencia entre ambos procedimientos, por ejemplo: El procedimiento civil inicia con la demanda del actor, con la que insta ante el órgano jurisdiccional, en consecuencia el demandado podrá realizar la contestación, una vez que es fijada la litis, hay un periodo de pruebas que deben ser ofrecidas, desahogadas, con conocimiento de parte, es un punto vertebral con el que el juez al valorar las pretensiones declarara el derecho mediante una sentencia; mientras que el procedimiento penal en la etapa de investigación, el Ministerio Público tiene la facultad de recabar datos de pruebas, sin conocimiento del imputado, lo que genera ventaja para el órgano investigador y desventaja para el sujeto de investigación. Las cuestiones que se postulan en un procedimiento civil en la mayoría generalmente son de carácter patrimonial, las medidas cautelares son otorgadas normalmente con contragarantía; para poder afectar legalmente o establecer quien tiene el mejor derecho, hay un periodo de pruebas en donde cada una de las partes podrán atacarlas, contradecirlas, ofrecer otras - en presencia del órgano jurisdiccional-, para favorecer su pretensión, de lo cual debe haber una sentencia definitiva, inclusive no está firme hasta que se cumplan los requisitos que establece la ley; mientras, que en materia de procedimiento penal el Ministerio Público, sin conocimiento de parte, por lo que respecta al “derecho de tener acceso a los registros de investigación hasta que se le pretenda tomar declaración, que se consagra en la Constitución”, recaba datos de prueba, de los cuales no estuvo presente el imputado, el Ministerio Público está fungiendo como autoridad y parte al estar obteniendo pruebas que él mismo valora con discrecionalidad, sin haber un tercero imparcial –como es el juez- sobre el desahogo de los datos de pruebas, además que varios datos de pruebas se

desvanecen al momento, como puede ser la posición y lugar de objetos, levantamiento de cadáver, muestras de sangre, etc., por lo que a la defensa lo único que le resta realizar es “confiar en la buena fe del representante social”, respecto las diligencias de las cuales dio fe, o como lo establece el procedimiento acusatorio, las diligencias de investigación no hacen prueba plena, pero si el Ministerio Público fue el primero que llegó a la escena del crimen, puede ser que de manera “accidental” se alteren los datos de pruebas, sin que el imputado hubiera estado presente para poder refutarlas; los medios de prueba se vuelven “sólidos”, aunque se diga que no hacen prueba, pero ya están materializados en la carpeta de investigación y como no se reproducen para la aplicación de las “medidas cautelares”, en sentido material como por ejemplo con la asistencia de testigos que le constan los hechos, para que puedan ser interrogados en audiencia pública”, sino sólo se da lectura de “datos de pruebas”, recolectados por el Ministerio Público. Respecto la diferencia que debe haber entre leyes procesales y penales, se reproduce lo siguiente:

“Desde el lado de las teorías procesalistas, en general la vertiente se remite al proceso civil, o sea, a una asimilación con las medidas cautelares de ese proceso. Por supuesto que esto implica un formalismo inaceptable, pues pasa por alto la obvia diferencia entre una limitación patrimonial y una pérdida de libertad: la primera siempre es recuperable y reparable en la misma especie, en tanto que la devolución del tiempo es imposible³⁴³”.

Además si se le suma que para ese momento procesal en cual se está por dictar un auto de vinculación, que sólo se requiere que se establezca el hecho delictuoso, más la probable responsabilidad del imputado, en la mayoría de los casos van hacer concedidas dichas medidas cautelares, que puede afectar uno de los derechos esenciales del imputado como lo es la libertad.

En estas circunstancias se encuentra el imputado para poder ejercer la defensa tardía en donde el Ministerio público tiene ventaja para iniciar las

³⁴³ Zaffaroni Eugenio Raúl, *op. cit.*, nota 342, p. 12.

diligencias de investigación que se traduce en la facultad de recabar datos de pruebas sin conocimiento de la parte contraria, las cuales en algunas se desvanecen, son irreproducibles en atención que por el sólo transcurso del tiempo se modifica la escena del crimen, además que el representante social tiene la calidad de autoridad y parte; a lo cual la defensa sólo tiene la posibilidad de confiar en la buena fe con el que fueron recabados los datos de prueba, los cuales no hay una reproducción de los mismos en la aplicación de las medidas cautelares, sólo lectura ante el juez de control, a lo máximo que se puede aspirar es en la duplicidad del término constitucional, con el inconveniente de lo prematuro del tiempo para desahogar todas las diligencias, además que de no presentarse los órganos de prueba, el juez tendrá que emitir el auto de vinculación, ya para entonces el Ministerio Público antes o después del auto de vinculación, solicitó medidas cautelares, por lo que es una falacia que los datos de pruebas no son pruebas hasta que se desahogan ante el juez de juicio oral, porque son la base para la emisión a solicitud del representante social, de las medidas cautelares y para que el juez de juicio oral dicte auto constitucional en contra del imputado.

3.5. Consecuencias jurídicas de la desigualdad procesal en la etapa investigadora.

Las consecuencias jurídicas de no haber igualdad jurídica en la etapa investigadora, hay que analizarla en sus orígenes, para después establecer sus consecuencias jurídicas, principalmente acontece al no haber paralelismo o correspondencia del sistema procesal con la legislación penal y garantías, no basta decir que el sistema procesal es acusatorio, si el propio sistema jurídico constitucional mexicano, de forma ambigua establece en su artículo 20 constitucional que el proceso es acusatorio, sin hacer referencia al procedimiento en la etapa investigadora, lo que genera cierta incertidumbre si los principios del juicio oral serán aplicados en dicha etapa de investigación, para que hubiera una igualdad procesal, principalmente por lo que es a la aplicación del principio de contradicción y, de forma meridiana lo establece pero así mismo lo restringe el mismo precepto constitucional prescribe que el imputado tendrá derecho al acceso de los registros de investigación hasta que se le pretenda tomar declaración o entrevistarle o comparezca al Ministerio Público (frac., III y VI) sin que tenga el derecho de acceder en momentos antes a ellos, porque es claro el precepto del momento en el cual el imputado tiene derecho al acceso a los registros de investigación, lo que se traduce situación jurídica que es absurda en cuanto que un sistema procesal acusatorio no debe tener rasgos inquisitivos, como son las investigaciones secretas, que no puede ser llamada de otra forma cuando el imputado no tiene conocimiento de las investigaciones realizadas en su contra hasta “que se le pretenda tomar declaración³⁴⁴”, esto sucede porque hay veces que las leyes procesales no son paralelas con la ley sustantiva y garantías individuales, pero en el sistema

[Los esfuerzos que se han hecho para explicarla dentro los principios y garantías constitucionales e internacionales son, a nuestro juicio, completamente vanos: la prisión preventiva, al menos en la gran mayoría de los casos, implica una lesión a la presunción de inocencia, y por ende, una pena anticipada de inocencia”.

Zaffaroni Eugenio Raúl, *El proceso penal, sistema penal y derechos humanos*, México, Ed. Porrúa, 2000, p. 11.]

³⁴⁴ Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, art. 20, apartado B, fr. VI.

procesal mexicano, en la etapa preliminar o inicial de investigación, es el mismo precepto constitucional quien limita el derecho de defensa.

Por lo que corresponde en el sistema procesal mexicano, en cuanto a sus investigaciones, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, no es coherente consigo misma, lo que genera que las leyes adjetivas estén de acuerdo a la Constitución en cuanto aspectos inquisitivos y acusatorios que la misma ley suprema supuestamente garantiza, lo que genera la secrecía de algunas investigaciones en contra de los indiciados y la desigualdad jurídica en esta etapa de investigación, situación que es contraria al sistema acusatorio que pretende garantizar; en cuanto al paralelismo, correspondencia que debe haber de las normas adjetivas y sustantivas, se hace mención de lo siguiente:

“Este fenómeno es particularmente grave en el campo del derecho procesal penal, por dos razones fundamentales: a) la ley penal naufraga en todos los límites garantizadores que puedan pensarse y plasmarse, sin un proceso penal conforme a su mismos y paralelos principios; b) no basta con la consagración formal de los principios y los procedimientos, si no hay mecanismos de efectivización de los derechos y garantías³⁴⁵”.

Así también una de las consecuencias directas de la etapa de investigación es la aplicación de las medidas cautelares por parte del órgano jurisdiccional a petición de parte, las cuales cumplen con su función precautoria, siendo aplicadas con motivación y fundamento en las diligencias de investigación, lo que se puede verse normal la aplicación de las mismas por estar regulado en las normas procesales, sin en cambio hay varios aspectos por analizar como son las siguientes:

Las medidas cautelares tienen una característica de ser pena anticipada de forma provisional con el mínimo de material probatorio, nótese el término de “pena”, la cual se entiende en el campo derecho penal, que se han respetado todas las garantías y, esencialmente la de debido proceso, en donde hubo la

³⁴⁵ Zaffaroni Eugenio Raúl, *op. cit.*, nota 329, p. 5.

oportunidad de conocer el hecho delictivo al imputado, ofrecer datos de pruebas como desahogarlas, periodo de conclusiones, una sentencia en la cual se hayan valorado todas las pruebas de forma correcta, lo anterior, son los requisitos mínimos que se deben de cumplir para la aplicación de una pena, situación que no se lleva a cabo al aplicarse la medida cautelar al no cumplir con el mínimo de requisitos para la aplicación de una pena, entonces nos encontramos ante una situación jurídica escabrosa cuando es aplicada en el derecho penal, en cuanto que las medidas cautelares son penas anticipadas, Zaffaroni ha dicho lo siguiente:

“...la forma más usual de ejercicio de ejercicio del poder punitivo represivo, es decir, por haberse erigido en la pena más corriente, es la institución considerada casi siempre de naturaleza procesal penal, pero que para nosotros tiene una filiación penal: *la prisión preventiva*.

La prisión preventiva –al igual que algunas penas excepcionales- puede legitimarse como coacción directa en los casos en que la misma sea necesaria para detener una actividad lesiva en curso o para impedir una inminente, dado que se trata de un poder punitivo habilitado antes de que se pueda afirmar que haya un delito, es decir, una noticia impuesta por la mera noticia criminis³⁴⁶”.

“Alguna variante más prudente del mismo apela a la pretensión de que la prisión preventiva no es una pena, sino una medida de seguridad. Para ello, lógicamente, extienden el concepto de coacción directa a través de la invención de necesidades, tarea que, como sabemos, no tiene fin en la imaginación del poder. No se trata de ninguna novedad, sino del viejo y conocido recurso que se remonta a la inquisición complementada con el embuste de etiquetas³⁴⁷”.

Además de que las medidas cautelares se asemejan a penas anticipadas, algunas de ellas recaen sobre el derecho fundamental de la libertad del individuo, como es prisión preventiva, *acto de autoridad que es de imposible reparación*, es

³⁴⁶ *Ibidem*, p. 11.

³⁴⁷ *Ibidem*, p. 12.

por eso que no se pueden asimilar las medidas cautelares en materia civil con las de materia penal, al respecto tenemos:

“Desde el lado de las teorías procesalistas, en general la vertiente se remite al proceso civil, o sea, a una asimilación con las medidas cautelares de ese proceso. Por supuesto que esto implica un formalismo inaceptable, pues pasa por la obvia diferencia entre una limitación patrimonial y una pérdida de libertad: la primera es siempre recuperable y reparable en la misma especie, en tanto que la devolución del tiempo es imposible³⁴⁸”.

La aplicación de las medidas cautelares por motivo de las investigaciones hacia el imputado, funge como sentencia provisional con grandes defectos técnicos³⁴⁹, de forma tentativa, situación que de por sí ya es abrumadora para el investigado, se agrava todavía más porque también *se rompe con el principio de inocencia* por la sencilla razón que la medida cautelar, que se asemeja a una pena, no puede tener legitimidad por carecer de estar acreditada de forma certera del autor del delito, tal como se desprende a continuación:

“La prisión preventiva...pero en los demás casos es aún más irracional que una pena irracional, dado que se trata de un poder habilitado antes de que se pueda afirmar que haya un delito, es decir, una pena impuesta por pura *noticia criminis*. No puede tener ninguna legitimidad la imposición de una pena a quien no se sabe si es autor del delito³⁵⁰”.

³⁴⁸ *Idem.*

³⁴⁹ *Cfr. Idem.*

³⁵⁰ Zaffaroni Eugenio Raúl, *op. cit.*, nota 329, pp. 5 y ss.

3.6. La negación de los principios del sistema acusatorio oral, en las investigaciones sin conocimiento del imputado.

Los sistemas de enjuiciamiento a través de la historia han evolucionado, lo anterior lo podemos observar en las legislaciones como en sus instituciones, por lo que respecta al procedimiento penal tiene por objeto la realización del derecho penal, establece los principios con los que se gobierna, es por ello la importancia que tiene, porque con ésta disciplina jurídica se va determinar los hechos que constituyen delitos y por lo que respecta a nuestro procedimiento en la etapa investigadora, se podrá deducir según sus características del sistema procesal penal, el tipo de investigación aplicado en los distintos sistemas jurídicos.

Las investigaciones realizadas por el Ministerio Público, algunas de ellas son irreproducibles, como puede ser el levantamiento de cadáver, diligencias de inspección, etc., debiendo el indiciado y defensor ajustarse a la “buena fe” con el que hayan sido recabadas los datos de prueba, lo que puede generar la contaminación del material probatorio, datos de prueba con el que se va solicitar la instrucción en contra del investigado, situaciones de hecho se materializan en una verdad formal a veces indestructible para la defensa del imputado, es por ello que el Estado Español, en su ley de enjuiciamiento criminal (en año 2013) contempla el derecho del imputado de que la autoridad le hiciera del conocimiento de forma inmediata de la imputación que hubiera en su contra, al efecto para reafirmar lo antes establecido se transcribe el artículo 118 de la ley de enjuiciamiento criminal de España:

“Artículo 118. Toda persona a quien se impute un acto punible podrá ejercitar el derecho de defensa, actuando en el procedimiento, cualquiera que éste sea, desde que se le comunique su existencia,

[Era característico de los ordenamientos procesales ajustados al sistema llamado mixto, excluir o reducir en gran medida la aplicación del principio de contradicción durante la investigación previa. Ortells Ramos, Manuel, “Los principios rectores del proceso penal”, XV Congreso Mexicano de derechos procesal, México, UNAM, 1998, serie A, b) Textos y estudios legislativos, núm.199. p. 539]

haya sido objeto de detención o de cualquiera otra medida cautelar o se haya acordado su procesamiento, a cuyo efecto se le instruirá de este derecho.

La admisión de denuncia o querrela y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculpados...³⁵¹”.

El presente artículo de la ley de enjuiciamiento criminal permite que se lleve a cabo uno de los principales principios del juicio oral, el de contradicción *de forma inmediata*, tanto en la etapa de investigación que era llevada a cabo por el juez instructor, principio rector del procedimiento que fue visualizado como eje principal para enjuiciar a una persona, desde la reforma de la ley de enjuiciamiento criminal 53/1978, respecto al porqué de esta disposición contenido en el artículo 118, Ortells Ramos, hace referencia de:

“Era característico de los ordenamientos procesales ajustados al sistema llamado mixto, excluir o reducir en gran medida la aplicación del principio de contradicción durante la investigación previa...Sin embargo, ya desde la primera redacción de LECRIM se introdujo limitadamente en un sumario la técnica de contradicción, reconociéndose a las partes posibilidades de participación en el desarrollo del procedimiento

La amplia introducción de esa técnica es debida a la reforma de la *LECRIM por ley 53/1978*, del 4 de diciembre, que, especialmente, aproximó al imputado –parte antes sometida a las mayores restricciones de participación- a la posición de las demás partes. Esa ley vino a anticipar una regulación ajustada al artículo 24, CE. Estableció el derecho de las partes a tomar conocimiento de las

³⁵¹ Ley de enjuiciamiento Criminal todavía vigente en el 2013.

actuaciones, a proponer la práctica de diligencias y a intervenir en la práctica de las mismas³⁵²”.

Es de resaltar la cuestión jurídica que ofrece esta reforma de la ley de enjuiciamiento criminal de 1978 de España, que además de que la autoridad tiene la obligación de hacer saber al imputado de forma inmediata la denuncia o ya sea la querrela, también el poder proponer la práctica e intervenir en las diligencias, lo que amplía el matiz de defensa del imputado en una situación de igualdad en la etapa preliminar de investigación.

El principio de contradicción es uno de los más importantes en la etapa de investigación, por la trascendencia en los derechos esenciales del imputado, y como se encuentra configurado nuestro sistema penal en el Estado Mexicano, respecto que los agentes del Ministerio Público, son parte y autoridad en esta etapa de investigación, no hay un tercero que funja como autoridad para la regulación de los actos del representante social, es indispensable que por lo menos haya disposición garantista que permita al indiciado el derecho de tener conocimiento de la denuncia o ya sea querrela **de forma inmediata**, habida en su contra, para que ejerza el derecho de contradicción por medio de la *proposición de diligencias e intervención en estas*, lo que generaría una mayor amplitud de defensa e igualdad procesal de las partes, necesario en todo procedimiento que pretenda ser acusatorio. Respecto la igualdad de posibilidades que deben tener las partes en un procedimiento Gerardo Ramón Di Masi/Daniel Horacio Quiroga, hacen mención de las siguientes características:

“...los anglosajones llaman “igualdad de armas”, a diferencia del inquisitivo, a donde una autoridad pretende imponer su poder por sobre quien alude juzgar, en su ciega búsqueda de la verdad real, a la cual toman, hay que reconocerlo, como valor absoluto³⁵³”.

³⁵² Ortells Ramos, Manuel, “Los principios rectores del proceso penal”, XV Congreso Mexicano de derechos procesal, México, UNAM, 1998, serie A, b) Textos y estudios legislativos, núm.199. p. 539.

³⁵³ Di mani Gerardo/Horacio Obligado, *Las nulidades en el proceso Penal*, 2º edición, Perú, Ediciones Jurídicas del Centro, 2011, p. 30.

Asimismo también es de resaltar que la presencia del imputado es importantísima, cuando tenga la oportunidad de hacerlo para tener la *facultad* de ejercitar el derecho de contradicción en la etapa preliminar de investigación, porque así tendrá la posibilidad de refutar o contra-argumentar lo manifestado por los órganos de prueba o respecto las diligencias realizadas por el Agente del Ministerio Público, porque el sólo hecho de que haya testigos que depongan en contra del investigado, sin que esté presente, nos conlleva a una lesión flagrante al derecho de defensa, por la sencilla razón que el Ministerio Público, aunque se diga que es un órgano de legalidad, a veces parece una máquina de acusación, que vela normalmente por los intereses de la víctima, por lo que no hay la seguridad jurídica de que al recabarse los datos prueba, lo realice con imparcialidad, además que dichos medios de pruebas son manipulables y más ante la ausencia del imputado, como se puede deducir a continuación:

“El derecho de las partes a interrogar resulta lesionado, cuando en la instrucción se habilita al funcionario a que realice actuaciones sin la presencia de la defensa y luego, en el plenario, éstas se incorporan por lectura por decisión del tribunal...³⁵⁴”.

Así también, si en su momento desde el año de 1978, la ley de enjuiciamiento criminal de España en su artículo 118 tutelaba el derecho del imputado para que la autoridad le hiciera conocimiento de forma inmediata la denuncia, querrela, según sea el caso, lo que fortalecía el principio de contradicción, ahora con la nueva reforma al procedimiento penal español, mediante una propuesta que se realiza en ese país, del 2 de marzo del 2012, dentro de su exposición de motivos, robustece aún más el principio de contradicción, tal como se puede observar a continuación:

“...El nuevo Código de Proceso Penal configura un sistema de investigación y enjuiciamiento moderno, ágil y equilibrado, que se atreve a romper con la perniciosa tradición inquisitorial y atribuye la

³⁵⁴ Zaffaroni Eugenio Raúl, *op. cit.*, nota, 329, p. 23.

dirección de la investigación al Ministerio Fiscal, sin duda una de las novedades más sobresalientes.

...Y es verdad que la exclusión de la intervención de la defensa en la fase de investigación constituiría una rechazable limitación del citado derecho fundamental, que no quedaría compensada por la contradicción propia del juicio cuando la defensa carecería de los medios necesarios para investigar el hecho o recoger fuentes de prueba por sí misma, situación harto frecuente en realidad, tanto por falta de mecanismos coercitivos adecuados como, en bastantes ocasiones, de los recursos económicos necesarios. Por ello el Código asegura el ejercicio de la defensa en la fase de investigación, al prever la intervención de las partes en las diligencias acordadas por la Fiscalía, así como la posibilidad de impugnación ante el Tribunal de Garantías de los decretos del Ministerio Fiscal que puedan menoscabarlo³⁵⁵ ...”.

De la exposición de motivos, transcrita en parte, se puede apreciar *el derecho humano de defensa, no es compensado en el proceso, si en la etapa primaria de investigación es limitado la defensa*, lo que debe tomarse como premisa, porque es precisamente en esas etapas de investigación donde a veces se define el asunto y depende de la ventaja o la prontitud con el que se recabe las pruebas lo que determinara su conclusión, situación conocida en el campo jurídico penal, sin embargo conforme a nuestras leyes penales y principalmente nuestra Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, a manera de pseudo garantía establece en su artículo 20 Constitucional apartado B, fracción VI, en una parte establece:

“... El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de la investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarlo...”.

³⁵⁵ Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por acuerdo de Consejo de Ministros 2 de marzo de 2012, España.

Derecho fundamental de “cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarle”, que es arcaico, que además lesiona el derecho humano de defensa, al otorgarse al imputado el “derecho al acceso a los registros de investigación”, hasta que se le pretenda tomar declaración o entrevistarle, a lo que en la práctica, puede transcurrir días, meses, dependiendo del delito que se investigue, para que sea citado la persona a declarar, además que el derecho de tener acceso a los registros, es un derecho endeble cuando hay una maquinaria de investigación en su contra, aunado que a veces el indiciado no cuenta con los recursos económicos suficiente para proponer diligencias necesarias e inmediatas para que tenga una buena defensa en el procedimiento que se lleva en su contra.

Es por ello la necesidad que nuestro ordenamiento Constitucional, establezca en sus artículo 20 apartado B, que prescribe los derechos del imputado, además de todos lo que contiene los demás articulados, el derecho de que la autoridad le *informe inmediatamente* de la denuncia o querrela, según sea el caso, para que pueda ejercer de forma oportuna e inmediata su defensa, así como lo prescribe la aun todavía vigente ley de enjuiciamiento criminal de España, en su artículo 118, y que mediante propuesta de reforma de ese mismo año, del nuevo Código Procesal de España, lo establece en el artículo en el artículo 8 de la forma siguiente:

“Artículo 8. Derecho de conocimiento de la acusación

1. Desde que una persona sea detenida o se dirija el procedimiento contra ella se le comunicarán, en idioma o lenguaje que perciba y comprenda, los hechos que se le imputan y su calificación jurídica provisional.

2...³⁵⁶”.

Además, como es sabido el derecho de defensa no es sólo el “tener el acceso a los registros de investigación, sino *tener una intervención activa en la investigación* donde el imputado y la parte acusadora tengan “igualdad de armas”

³⁵⁶ Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por acuerdo de Consejo de Ministros 2 de marzo de 2012, España.

procesales, para evitar arbitrariedades como³⁵⁷: omisiones, favoritismos, retardos, entorpecimientos, involucrarlas injustamente con otro delito, distorsionar, alterar, inventar u ocultar hechos relacionados con el delito; para tener un parámetro de la intervención activa que tener el imputado para el ejercicio de su defensa materia o por medio de abogado; para ejemplificar lo mencionado se transcribe el artículo 7 de la propuesta del nuevo Código Penal Procesal de España, que a la letra establece:

Artículo 7. Derecho de defensa del encausado

1. Se garantiza el derecho de defensa del encausado, que se ejercerá sin más limitaciones que las expresamente previstas en la ley, desde la imputación del hecho investigado hasta la extinción de la pena.
2. El derecho de defensa faculta al encausado a conocer las actuaciones, formular alegaciones de carácter fáctico y jurídico, presentar o proponer diligencias de investigación y pruebas, intervenir en su práctica y en los demás actos procesales en los que la Ley no excluya su presencia e impugnar resoluciones desfavorables...³⁵⁸.

De la propuesta del Nuevo Código Procesal Penal de España, se puede observar que han ampliado la facultad de derecho de defensa del imputado, fortaleciendo a su vez el principio de contradicción, al postular derechos para que el imputado tenga más intervención en el procedimiento de investigación de los que se mencionan los siguientes:

- El derecho de defensa desde la imputación.
- El derecho del imputado de conocer las actuaciones desde que se dirija el procedimiento en su contra (desde que inicie la investigación por denuncia o querrela).
- El derecho de alegar cuestiones fácticas o jurídicas.
- El derecho de presentar o proponer diligencias de investigación.

³⁵⁷ Cfr. López Ugalde Antonio, *op. cit.*, nota 199, pp. 13, 14.

³⁵⁸ Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por acuerdo de Consejo de Ministros 2 de marzo de 2012, España.

- El derecho de intervenir en la práctica de las diligencias de investigación.
- El derecho de impugnar decisiones desfavorables.

CAPITULO 4. La ineficacia normativa federal constitucional procesal para garantizar la igualdad en la etapa ministerial de investigación del delito.

4.1. La realidad jurídica procesal constitucional en la etapa ministerial del delito.

La realidad jurídica de cómo garantiza la Constitución los hechos u actos jurídicos que se suscitan en un Estado de derecho es imprescindible, para saber sus deformaciones, y poder llegar a un Estado plenamente democrático, para Miguel Carbonell en cuanto la realidad jurídica dice:

“...un esfuerzo para entender la Constitución desde la realidad -y no al revés- que permita estar en condiciones de corregir las deformaciones y facilitar en México un tránsito más ágil hacia la normalización constitucional que a la postre lo convierta en un país plenamente democrático³⁵⁹”.

De lo anterior se desprende que para proteger y tratar de garantizar los derechos fundamentales se debe tener en cuenta:

- La realidad exterior de los actos de autoridad que afecten derechos fundamentales.
- La percepción de cómo son vulnerados los derechos humanos desde el exterior, permitirá corregir y normalización de la Constitución.

La realidad constitucional ha sido un tema abordado por diferentes tratadistas, como es Pablo Lucas Verdu, porque la Constitución en cuanto a los derechos fundamentales que consagra y llevar implícita una ideología filosófica,

³⁵⁹ Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma Constitucional y fuentes del derecho en México*, México, UNAM, 1998, serie G, estudios doctrinales núm. 197, p. 117.

“...un esfuerzo para entender la Constitución desde la realidad -y no al revés- que permita estar en condiciones de corregir las deformaciones y facilitar en México un tránsito más ágil hacia la normalización constitucional que a la postre lo convierta en un país plenamente democrático”.

Carbonell Miguel, *Constitución, reforma Constitucional y fuentes del derecho en México*, México, UNAM, 1998, serie G, estudios doctrinales, núm. 197, p. 117.

“principios y lineamientos se explican con base en criterios axiológicos, de filosofía política, de exigencias sociales, entre otros³⁶⁰”; también es necesario observar la realidad existente de los actos de autoridad que afectan derechos fundamentales, ello es así porque:

“...Como advierte el conocido tratadista español en la parte introductoria de su trabajo, pretende volver a las cosas, a las sustancias, a la necesidad de legitimar el poder, de reintegrarlo a la realidad, para que la sociedad civil encuentre motivos de adhesión afectiva al ordenamiento que disciplina su convivencia³⁶¹”.

Para dicho tratadista la realidad jurídica permitirá:

- Legitimar el poder.
- Para que la sociedad civil se adherirá al ordenamiento jurídico.
- A su vez con la adhesión a la normatividad habrá eficacia jurídica de los ordenamientos que disciplinan la conducta en sociedad.

Es el contenido axiológico, de legalidad, de armonía social, por el que la ciudadanía tiene un sentimiento jurídico al derecho vigente al que apoya o se somete voluntariamente, y las autoridades la obligación a respetarlo y aplicarlo, por ello se dice:

“...todo ordenamiento jurídico existe esa noción de sentimiento jurídico que, al decir del autor, se traduce en implicarse con el derecho vigente, con todo o parte de él, apoyándolo. El no implicarse indica, a veces, que se prefiere otro distinto, el anterior u otro mejor, apareciendo así, el resentimiento jurídico³⁶²”.

De lo que es de resaltar, de la transcripción antes realizada, que esos valores axiológicos, al ser mal aplicados en las normas jurídicas o ante la

³⁶⁰ López Chavarría, José Luis, “El sentimiento constitucional (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)”, *Boletín de derecho comparado*, México, UNAM, 1993 núm. 76.

³⁶¹ *Idem.*

³⁶² *Idem.*

deficiencia legislativa, el destinatario de la norma jurídica, origina entre otras situaciones:

- Resentimiento jurídico hacía las normas jurídicas.

La realidad jurídica, puede ser percibida de forma intuitiva o la capacidad de lo que se capta del derecho vigente a lo que se le denomina *tacto jurídico* que a su vez se debe inclinar al ideal jurídico, para tener un sentimiento de respeto al derecho vigente; para apoyar las siguientes ideas, tenemos:

“El anterior orden de ideas lo lleva a afirmar -siguiendo los conceptos de Riezler-, que existen tres elementos básicos que conforman el sentimiento jurídico: el primero, sentir sobre lo que es derecho, o sea, la capacidad que capta, intuitivamente, y aplica justamente el derecho vigente; a esta capacidad la denomina *tacto jurídico* o *sensus jurídico*; en segundo lugar, el sentir sobre lo que debe ser el derecho existente en cuanto inclinación al ideal jurídico; finalmente, la actitud respecto al derecho existente, es decir, el sentimiento de respeto del ordenamiento jurídico vigente³⁶³”.

Y respecto a la realidad jurídica en materia penal establecida en los códigos de los países latinoamericanos, “pueden causar sorpresa el número de derechos y garantías que en ellas se consignan³⁶⁴”, pero para saber la realidad social “muy poco puede informarse a través de las disposiciones constitucionales y legales vigentes en cada época³⁶⁵”.

En países como México, el fenómeno de la realidad social y jurídica como antecedente puede observarse a partir del derecho indiano o colonial³⁶⁶, dado que España tenía que gobernar a Nueva España, que proviene de un gobierno monárquico; “las finalidades expresas y latentes de las leyes se separaban al

³⁶³ *Idem.*

³⁶⁴ Zaffaroni, E. R., *ob. cit.*, nota 329, p. 3.

³⁶⁵ *Idem.*

³⁶⁶ *Cfr. Idem.*

absurdo: el fundamento cristiano, humanitario y tutelar que se daba encomienda, se traducía en su realidad de esclavitud y genocidio³⁶⁷”.

De lo que se resalta lo siguiente:

- Las leyes expresas en cuanto a la realidad social se separan a lo absurdo, al no garantizar los derechos que las mismas leyes pretender proteger.

Los movimientos de independencia muy poco contribuyeron, y “la consagración de repúblicas oligárquicas para estrechar la distancia entre la ley y su vigencia³⁶⁸”, estos regímenes “se caracterizaron por sancionar constituciones republicanas y liberales que reproducían a su modo disposiciones de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano francés de 1789³⁶⁹”, pero el poder quedó en manos de una minoría hegemónica, “que operaba como grupo dominante proconsular del poder mundial del momento³⁷⁰”, “se proclamaban defensores de los valores jurídicos que aniquilaban³⁷¹” .

De lo que se resalta lo siguiente:

- Los gobiernos republicanos reprodujeron los derechos humanos a su modo, a su forma de pensar y sentir, pero aniquilaban los derechos fundamentales que decían proteger.

En sentido semejante Acosta Romero, refiere:

“...que la mayor parte de la legislación fue consecuencia del ejercicio del poder absoluto de los monarcas, que de esa forma ejercían el

³⁶⁷ *Idem.*

³⁶⁸ *Ibidem*, p. 4.

³⁶⁹ *Idem.*

³⁷⁰ *Idem.*

³⁷¹ *Idem.*

poder, así podemos citar las ordenanzas, que fueron expedidas primordialmente por los monarcas europeos³⁷²...”.

Por lo que respecta al sistema procesal mexicano se hace una breve remembranza de cómo ha sido en la etapa preliminar de investigación del delito, desde la Constitución de 1917 hasta nuestra actualidad, (exceptuando las reformas de 1993, que fueron el auge de mayores garantías procesales en la etapa preliminar de investigación en nuestro sistema jurídico), de la siguiente forma:

En los debates del Constituyente de 1917, dijo:

“El procedimiento criminal en México ha sido hasta hoy, con ligerísimas variantes exactamente el mismo que dejó implantado la dominación española, sin que se haya llegado a templar en lo más mínimo su dureza, pues esa parte de la legislación mexicana ha quedado enteramente 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 debía tener conocimiento, como si no se tratase en ellos su libertad o 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 tratasen de actos indiferentes que de ninguna manera podrían afectarlo y por último, dejar a 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, las de los testigos que deponían en su contra, y aun las de los que se presentaba a declarar a su favor³⁷³”.

De 1917 hasta las reformas de 1993, los artículos 16, 19 y 20, se “habían conservado prácticamente intacto su texto original, tal como fue aprobado por el

³⁷² Acosta Romero, Miguel, “Las Leyes Marco y su impacto en la seguridad jurídica”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, México, núm., 183-184, mayo-agosto de 1992.

³⁷³ Diario de los debates del Congreso Constituyente, 1º de diciembre de 1916, Tomo I, número 12.

Constituyente de 1917³⁷⁴...”, hasta antes de la reforma de 1993, estudiosos del sistema penal, como es Bernabé Luna Ramos, en el año de 1985, dijo respecto de la etapa preliminar de investigación del delito o averiguación previa:

“En todo caso, no establecen ni la Constitución, ni la ley secundaria, cuales son las funciones del defensor en la fase de averiguación previa, y es claro que los actos que en esta se llevan a cabo no son, en modo alguno, actos del juicio, que por imperativo constitucional puede presenciar el defensor³⁷⁵”.

En el año 2011, cuando ya estaba vigente el sistema acusatorio penal oral, con las reformas de 18 de junio de 2008, Polanco Elías Braga, dijo sobre el nuevo sistema de enjuiciamiento penal, lo siguiente:

“En la secuela procedimental, en la etapa inicial o preliminar, el Ministerio Público ante la noticia criminis, investiga en forma inquisitiva y secreta, con la intervención en algunas diligencias del juez de control³⁷⁶”.

De lo anterior se observa que una de las finalidades del Constituyente de 1917, fue quitarle el carácter inquisitorial a la etapa preliminar de investigación, situación que no ha ocurrido, con excepción de las reformas de 1993 constitucionales, porque ha sido de forma continua el mantener la secrecía en la etapa inicial del delito, ya sea por medio de omisión legislativa, abstracción de la norma procesal constitucional sobre las garantías procesales del indiciado en la averiguación previa, actualmente con la supresión de garantías procesales en esa etapa de investigación o tratando de disfrazar el carácter secreto de las diligencias de

³⁷⁴ Zamora Pierce, Jesús, “La reforma de las garantías procesales penales”, *Memoria del XIV Congreso Mexicano de Derecho Procesal, serie A, Fuente, b) Textos y Estudios Legislativos*, núm., 92, UNAM, México, 1996, p. 245.

³⁷⁵ Luna Ramos, Bernabé, “La defensa de la averiguación previa”, *Anuario jurídico XII congreso Constitucional*, México, UNAM, 1985, p. 477.

³⁷⁶ Polanco Braga, Elías, “El nuevo sistema de enjuiciamiento penal mexicano”, *Revista de Cultura Jurídica de los Seminarios de la Facultad de Derecho*, UNAM, México, núm. 4, octubre- diciembre de 2011, p. 175.

investigación por el término “reserva de las actuaciones”, para perpetuar con este sistema inquisitivo procesal en la etapa preliminar o inicial de investigación.

Ahora bien, por lo que respecta a la realidad procesal constitucional en sistema procesal mexicano, en el procedimiento preliminar de investigación, desde una perspectiva de realidad jurídica, no garantiza de forma eficaz la igualdad procesal del indiciado por los siguientes motivos principalmente:

- En las investigadoras subsiste la práctica de retardar, entorpecer, desvirtuar, bloquear investigaciones³⁷⁷.
- “Ante el rechazo de las víctimas del delito contra el no ejercicio de la acción penal amenazándolas con involucrarlas injustamente en un delito...³⁷⁸”.
- “...el ministerio cuenta con facultades que le permiten ejercer arbitrariamente la acción penal...³⁷⁹”.
- “...dan mayor credibilidad a quienes sostienen haber sido incriminados de manera artificiosa por obra de servidores públicos adscritos a la PGJDF, ya sea para favorecer a la contraparte, ya como una forma de venganza personal de éstos³⁸⁰”.
- “En la muestra de quejas se denuncia reiteradamente que el ministerio público y la policía judicial incurren en la práctica de distorsionar, alterar, inventar u ocultar hechos relacionados con los delitos de los que tienen conocimiento³⁸¹.”
- “...la manipulación de los medios de prueba³⁸²”.
- “...presiones ejercidas sobre los testigos, la víctima del delito y el acusado, así como los obstáculos a la víctima o al acusado para que ofrezcan pruebas³⁸³”.

³⁷⁷ Cfr. López Ugalde Antonio, *op. cit.*, nota 199, pp. 13 y ss.

³⁷⁸ *Idem.*

³⁷⁹ *Idem.*

³⁸⁰ *Idem.*

³⁸¹ *Idem.*

³⁸² *Idem.*

³⁸³ *Ibidem*, p. 14.

- “...control que ejerce el ministerio público sobre los medios de prueba durante la averiguación previa³⁸⁴”.
- “...ausencia de imparcialidad en los dictámenes emitidos por los servicios periciales de la Procuraduría³⁸⁵”.
- “...la actitud indolente del ministerio público y de la policía judicial para llevar a cabo, oportuna y escrupulosamente, las diligencias necesarias para integrar debidamente las averiguaciones previa³⁸⁶”.
- “...obstáculos para acceder a la averiguación previa, así como para conocer el estado que guarda esta³⁸⁷...”.

Las presentes irregularidades en las agencias del Ministerio Público, es un muestreo que realizó la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en el Distrito Federal, sin embargo en los distintos Estados que integran la República Mexicana, se puede observar que son semejantes dichas irregularidades, porque como lo mencionó dicha comisión “el ministerio cuenta con facultades que le permiten ejercer arbitrariamente la acción penal³⁸⁸”. Estas facultades, como es descrito en este trabajo, se encuentra principalmente en: la ineficacia de la Constitución para garantizar la igualdad procesal en la etapa preliminar o inicial de investigación.

³⁸⁴ *Idem.*

³⁸⁵ *Idem.*

³⁸⁶ *Idem.*

³⁸⁷ *Idem.*

³⁸⁸ *Ibidem*, p. 13

4.2. La insuficiencia de límites constitucionales para salvaguardar la igualdad procesal en la etapa preliminar de investigación.

De las formas de cómo se pueden lesionar derechos humanos, que se han hecho mención en el presente trabajo, de debido proceso, debida defensa, igualdad procesal, contradictorio, enfocándolo a la etapa preliminar de investigación son variados de diversa índole y matices como son:

De la principal tenemos el no establecer garantías procesales constitucionales para la protección de derechos humanos, porque la forma procesal constitucional le obliga a la autoridad el cumplimiento de las disposiciones fundamentales, es por ello que Fix Zamudio, dice:

“...la verdadera garantía de las disposiciones fundamentales consiste precisamente en su protección procesal³⁸⁹...”.

Entre las más comunes tenemos:

- “...no se cumple la ley por deficiencia de la autoridad³⁹⁰...”.
- “...legislar negligentemente y descuidadamente³⁹¹...”.
- “...resolver las controversias sin ninguna conciencia evadiendo las lagunas³⁹²...”.

³⁸⁹ Fix Zamudio, Héctor, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México, UNAM, 1974, serie B, estudios comparativos, d) Derecho latinoamericano núm. 5, p. 26.

³⁹⁰ González Oropeza, M., ¿Por qué no se cumplen las leyes en México?, en Castañeda Sabido, F., y Cuellar Vázquez, A. (Coord.), *El uso y la práctica de la ley en México*, México 1997, p. 53.

³⁹¹ *Idem.*

³⁹² *Idem.*

[“En años recientes ha habido una tendencia regresiva en la doctrina del derecho penal que se ha traducido en instituciones de igual signo. Se trata de la doctrina del llamado “derecho penal del enemigo” en la que 1) se anticipan la barreras de punición, alcanzando a la investigación ministerial; 2) se adoptan penas desproporcionadas e incluso prepenas (vistas como medidas de contención) que no corresponden con la lesión realmente inferida; 3) se muestra un marcado debilitamiento de las garantías procesales del acusado y 4) se identifican destinatarios específicos de las normas...”.

Urquidi Acosta, Mariclaire, *La impunidad crónica de México*, México, 2012, CDHDF, p. 82.”.

- “...no fijando los valores interpretativos que subsanen los vacíos y contradicciones³⁹³...”.
- “...el descenso del estándar probatorio³⁹⁴...”, en las garantías individuales como fue el caso de las reformas de 18 de junio del 2008, respecto de cambiar la garantía de cuerpo del delito por hecho que la ley señale como delito para que se gire una orden de aprehensión.
- “...el legado autoritario y la falta de acceso a la justicia³⁹⁵”.
- “...el desprecio y la ignorancia de las normas internacionales de derechos humanos, la jurisprudencia internacional y su ausencia en el ordenamiento jurídico³⁹⁶”.
- “... así como un amplio poder discrecional conferido a las autoridades, sobre todo aquellas encargadas de la investigación y persecución de los delitos –poder discrecional que en no pocas veces se convierte en negligencia- y por último, con la militarización de la seguridad pública³⁹⁷”.
- “...tendencia regresiva en la doctrina del derecho penal que se ha traducido en instituciones de igual signo. Se trata de la doctrina del llamado “derecho penal del enemigo³⁹⁸”
- “...debilitamiento de las garantías procesales del acusado³⁹⁹”.
- “...la ley penal naufraga en todos los límites garantizadores que puedan pensarse y plasmarse, sin un proceso penal conforme a sus mismos y paralelos principios⁴⁰⁰”.

De las que requieren un análisis jurídico, más detallado, respecto las instituciones penales están por ejemplo:

³⁹³ *Idem.*

³⁹⁴ Valencia Carmona, Salvador, “Constitución y nuevo proceso penal”, Revista Mexicana de Justicia, UNAM, México, núm., 13, enero-junio, 2009, p. 43.

³⁹⁵ Urquidí Acosta, Mariclaire, *La impunidad crónica de México*, México, 2012, CDHDF, p. 19.

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 21.

³⁹⁷ *Idem.*

³⁹⁸ *Ibidem*, p. 81.

³⁹⁹ *Ibidem*, pp. 21 y ss.

⁴⁰⁰ Zaffaroni, E. R., *ob. cit.*, nota 322, p. 5.

- La calidad de parte y autoridad que tiene el Ministerio Público.

Lo anterior obedece que en una sola institución no puede recaer dos calidades y por eso está el principio de *Nemo esse iudex in sua causa potest*, porque el hecho que una institución tenga la facultad de llevar un procedimiento, son “funciones materialmente jurisdiccionales⁴⁰¹” y si hay la obligación estatal realizar todos los actos tendientes para que con posterioridad ejercer el *ius puniendi*, que son el medio las investigaciones del Ministerio Público, y el mismo hace una calificación, análisis de los datos de pruebas es una forma de prejuzgar, entonces nos conlleva a:

“En México la instrucción penal es desahogada, práctica e íntegramente, por el Ministerio Público en la fase denominada de averiguación previa, por cierto de naturaleza eminentemente administrativa, en la cual tiene un poder procesal omnímodo, que le permite, discrecionalmente, sin controles rigurosos, decidir, a través de la denominada facultad del ejercicio de la acción penal, el destino, la suerte y la situación jurídica de una persona que se haya ante su material jurisdicción⁴⁰²”.

Es por ello que es clara la desventaja que tiene el indiciado en la etapa preliminar de investigación ante el poder omnímodo del Ministerio Público, y si a esto le agregamos que no hay garantía individual para que el indiciado de forma inmediata, pueda contradecir pruebas, proponer diligencias, estar presente cuando haya la posibilidad de ello, cuando están deponiendo en su contra los órganos de pruebas, trae como consecuencia que el indiciado sea llevado a proceso con datos de pruebas que tienen “valor probatorio”, para que el Ministerio Público, solicite al juez medidas cautelares, sin que haya habido una plena o por lo menos suficiente contradicción de los datos de pruebas recabados de forma unilateral por el representante social, en la que se afectaron derechos humanos esenciales de libertad, propiedad, y demás que sean lesionados en esta etapa preliminar de investigación del delito.

⁴⁰¹ Cruz Cruz, Jesús Víctor, “La autonomía del Ministerio Público”, en Álvarez Arredondo Ricardo (coord.), *La reforma del Estado en blanco y negro*, México, Editorial Centro de producción, 2007, p. 111.

⁴⁰² *Idem.*

Así también tenemos que cuanto se cambian términos para ocultar otro, como ejemplo está que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece en que en el artículo 20 Constitucional, apartado B, en su fracción VI, maneja el término “reserva de actuaciones”, para disimular el carácter secreto de las investigaciones.

El dejar etapas sin proteger para que la autoridad pueda actuar libremente, como está en el artículo 20 Constitucional, apartado B, fracción III, en que establece el derecho del imputado de conocer los datos de la investigación hasta que comparece al Ministerio Público, lo que se traduce en que el Ministerio Público puede hacer lo que considere a espaldas del indiciado hasta en tanto no sea llamado a que comparezca ante esa instancia, situación que ha sido avalado por nuestros tribunales federales, cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha dejado en claro que el derecho de defensa empieza cuando se manda a investigar a una persona⁴⁰³, por ello lo interpretado por nuestros tribunales federales en la contradicción de tesis sobre el momento en que inicia la defensa del imputado es cuando comparece al Ministerio Público, es incorrecta conforme a la jurisprudencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en atención a lo siguiente:

Los tribunales constitucionales de México han sustentado jurisprudencia, respecto de cuando inicia la defensa, estableciendo:

AVERIGUACIÓN PREVIA. EL DERECHO DEL INDICIADO PARA OFRECER PRUEBAS ESTÁ CONDICIONADO A QUE COMPAREZCA PERSONALMENTE ANTE LA AUTORIDAD MINISTERIAL (LEGISLACIÓN FEDERAL)⁴⁰⁴ ...”.

⁴⁰³ Cfr. Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Párrafo 62, consulta en la página web <http://www.corteidh.or.cr/casos>.

⁴⁰⁴ “Décima Época; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Primera Sala Libro IV, Enero de 2012, Tomo 3, página 2130.

Mientras que la *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, ha establecido, respecto de cuando inicia la defensa al establecer:

Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona (supra párrs. 29), el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento...⁴⁰⁵”.

Obsérvese que nuestros máximos tribunales federales no están tomando en cuenta la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, entonces de aquí deducimos las siguientes conclusiones:

- La interpretación de los tribunales federales del Estado Mexicano, respecto de cuando inicia la defensa en la etapa preliminar del delito (cuando es sin detenido), no se ajusta a la Convención Interamericana de Derechos Humanos.
- Al establecer en jurisprudencia los tribunales federales del Estado Mexicano, (cuando es sin detenido), que la defensa inicia desde el momento en que comparece el indiciado a la agencia del Ministerio Público, las demás autoridades tienen que cumplir lo resuelto por nuestros tribunales federales, lo que hace un efecto cadena para que las demás autoridades estén en aptitud de lesionar el derecho de defensa en la etapa preliminar de investigación del delito.
- Las autoridades que se sujetan a la jurisprudencia de los máximos tribunales, sin tomar en cuenta la jurisprudencia interamericana, cuando la interpretación es en otro sentido, lesiona derechos humanos contenidos en la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Estas son de las formas más recurrentes en el Estado Mexicano, las autoridades ya sea judicial, administrativa, legislativa, lesionan derechos humanos, que tiene su origen en la ineficacia de la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos para proteger la igualdad procesal del imputado en la etapa

⁴⁰⁵ Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Párrafo 62, consulta en la página web <http://www.corteidh.or.cr/casos>.

preliminar de investigación, sin pasar por alto que las autoridades para el cumplimiento de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales mediante el control difuso pueden hacer que se cumplan las disposiciones internacionales cuando tengan mayor amplitud en beneficio de la persona, conforme al principio *pro homine*.

4.3. La ineficacia procesal constitucional federal en la etapa preliminar de investigación.

Se dice que la persona que es sujeto a un procedimiento penal está protegido por el conjunto de disposiciones legales que se encuentran principalmente en la Constitución Política y tratados Internacionales, el habeas corpus, que es “el procedimiento destinado a proteger la libertad personal, para evitar que la autoridad prolongue indebidamente la detención de una persona⁴⁰⁶”.

Sin embargo hay que tomar en cuenta que el Ministerio Público en los Estados Unidos Mexicanos, conforme a los artículos 1, 20, 21, 102 constitucionales, para efectos del presente trabajo, se hace mención de las siguientes facultades:

- Obligación de respetar, proteger, y garantizar los derechos humanos (art. 1).
- Recibir declaraciones de testigos, datos de pruebas. (artículo 20, apartado B frac. IV).
- A que se presume su inocencia del imputado (art. 20, apartado B, frac. I).
- La investigación del delito (art. 21).
- El ejercicio de la acción penal (art. 21).
- El Ministerio Público de la Federación está precedido por un Procurador General de la República, designado por el Titular del Ejecutivo Federal. (art. 102).
- La persecución de los delitos (art. 102).
- Solicitar ordenes de aprehensión contra los inculcados (art. 102).

[Este fenómeno es particularmente grave en el campo del derecho procesal, por dos razones fundamentales: a) la ley penal naufraga en todos los límites garantizadores que puedan pensarse y plasmarse, sin un proceso penal conforme a sus mismos y paralelos principios; b) no basta con la consagración formal de los principios y los procedimientos, si no hay mecanismos de efectivización de los derechos y garantías”].
Zaffaroni Eugenio, Raúl, El proceso penal, sistema penal y derechos humanos, México, Ed. Porrúa, 2000, p. 5.

⁴⁰⁶ Darío Rombola Nestor y Martín Reboiras Lucio, “Diccionario Ruy Díaz de Ciencias Jurídicas y Sociales”, Argentina, Ed. RUY DIAZ, 2005, p. 500.

- Pedir la aplicación de las penas (art. 102).
- Buscar y presentar las pruebas que acrediten la responsabilidad de los inculcados (art. 102).

Del simple análisis de los presentes artículos, se obtiene las siguientes premisas:

- a) La facultad de recibir datos de pruebas del inculcado y del ofendido, víctima, *es a lo que se llama instrucción*, es una parte del procedimiento preliminar o como lo llama el Código Nacional de Procedimientos Penales, procedimiento inicial.
- b) La facultad de buscar y presentar los datos pruebas que acrediten la responsabilidad de los inculcados, conlleva que el Ministerio Público *es parte formal* del procedimiento en la etapa ministerial de investigación.
- c) La facultad de ejercer la acción penal, conlleva *que es autoridad* porque determina provisionalmente y califica el delito para llevar un procedimiento formal ante los órganos jurisdiccionales.
- d) La facultad de ejercer de la acción penal para aplicación de las penas, es para que el Estado ejercite el *ius puniendi*, lo que conlleva *que es parcial*, por la propia naturaleza jurídica constitucional.
- e) El hecho que el Ministerio Público dependa del poder ejecutivo, lo que conlleva por lógica jurídica, que *no es autónomo*.

Lo que se traduce a su vez en desventajas a nivel constitucional que tiene el imputado en la etapa ministerial de investigación del delito:

- Es investigado por el Ministerio Público que realiza funciones de parte y autoridad en una sola investidura.
- La imparcialidad del Ministerio Público, al recabar datos de pruebas para acreditar su responsabilidad.

- Se deduce que nuestro sistema procesal penal en la etapa preliminar de investigación es inquisitorial al carecer de prescripción del derecho de intervenir o estar presente en la recepción de datos de prueba.
- El sistema inquisitorial en la etapa de preliminar de investigación se desprende de las diligencias anteriores al acto de tener acceso a los registros de investigación hasta que pretenda tomársele declaración, y no al momento que son realizadas las investigaciones realizadas por el Ministerio Público.
- La prontitud del Ministerio Público de tener los datos de prueba, los que a su “buena fe” los puede conservar o alterar.
- No estar presente el indiciado cuando los testigos declaran en contra del imputado en la etapa preliminar de investigación.
- No poder ejercitar de inmediato el derecho de contradicción sobre los datos de pruebas que establezcan el hecho delictuoso y exista la presunta responsabilidad del indiciado.
- El no establecer el derecho de ofrecer datos pruebas de *inmediato* de descargo, sino hasta el momento que le hacen de conocimiento la imputación.
- No hacerle del conocimiento inmediato al indiciado de la denuncia o querrela en su contra.
- No poder contradecir de inmediato los peritajes en su contra.
- La facultad del Ministerio Público de aplicar providencias precautorias.

La inseguridad jurídica en la etapa ministerial del delito, tiene su origen principalmente porque no hay paralelismo entre la norma constitucional procesal penal en esta materia, con los derechos sustantivos y principios que la misma carta magna establece, situación que es traducida en prescribir derechos fundamentales y exaltarlos sin haber los medios adecuados para su defensa, en palabras de Zaffaroni, dice:

“Este fenómeno es particularmente grave en el campo del derecho procesal, por dos razones fundamentales: a) la ley penal naufraga en

todos los límites garantizadores que puedan pensarse y plasmarse, sin un proceso penal conforme a sus mismos y paralelos principios; b) no basta con la consagración formal de los principios y los procedimientos, si no hay mecanismos de efectivización de los derechos y garantías⁴⁰⁷”.

Esta falta de garantías procesales constitucionales efectivas en la etapa de investigación ministerial en materia de penal, es lo que no permite impregnar u obligar al legislador de las leyes secundarias, cumplan con los parámetros constitucionales para dar seguridad jurídica al ciudadano, a lo que se le ha denominado “Leyes Marco”, aunque son estudios en materia administrativa, sin embargo en semejanza a realidad procesal en materia de garantías en la etapa ministerial del delito son aplicables, respecto a las leyes marco, Miguel Acosta Romero, dice:

“...la formación de leyes...expedidas por funcionarios que no tienen facultad constitucional para ello y que ponen en grave cuestionamiento la seguridad jurídica por su mutabilidad constante y que derivan de lo que doctrinariamente y en la práctica se conoce como “Leyes Marco” que no son otra cosa que una evicción de la facultad legislativa de los parlamentos en favor del Poder Ejecutivo⁴⁰⁸”.

Los antecedentes históricos sobre las “Leyes Marco”, se pueden observar desde las ordenanzas que eran expedidas por los monarcas europeos, como son las ordenanzas para ejercer el poder en la nueva España:

“...la mayor parte la legislación fue consecuencia del ejercicio del poder absoluto de los monarcas, que de esa forma ejercían el poder, así podemos citar las era de las ordenanzas, que fueron expedidas primordialmente por los monarcas⁴⁰⁹...”.

En distintas etapas de la historia del derecho mexicano, se puede observar la tradición de legislar códigos cuya finalidad era asegurar el poder de los

⁴⁰⁷ Zaffaroni, E. R., *op. cit.*, nota 329, p. 5.

⁴⁰⁸ Acosta Romero Miguel, *op. cit.*, nota 372, p. 7.

⁴⁰⁹ *Idem.*

monarcas, así tenemos el código de Napoleón, y respecto el hecho que el poder ejecutivo legisla en el México independiente varios presidentes legislaron, así tenemos a Porfirio Díaz, etc., es así como se promulgaron el código penal y de procedimiento penales⁴¹⁰. De lo anterior se manifiesta la finalidad de varias leyes eran conservar el poder y estructura política que tuviera el presidente en las distintas épocas, y el legislador quien es el competente y apto para realizar las leyes, quedaba excluida en su facultad que por derecho constitucional le correspondía, es así como se puede explicar algunas de las situaciones por las que no hay paralelismo entre los derechos fundamentales y mecanismos procesales para cumplirlos.

Y es el Presidente Lázaro Cárdenas, quien puso fin a esa tradición de que el ejecutivo decretará leyes, mediante la reforma constitucional al artículo 49 constitucional, en el que se estableció a excepción del artículo 29 constitucional, que la facultad de legislar, conforme al principio de división de poderes, es del poder legislativo⁴¹¹. Sin en cambio las bases de la forma de cómo se realizaron los códigos sustantivo y de procedimientos, ya se habían marcado o establecido en estas leyes.

Estas “Leyes marco”, sus características son que el legislador hace figurar sólo principios o cuestiones generales⁴¹², dejan la ejecución de dichas reformas al gobierno⁴¹³, plantea principios generales de una forma para que una ley siguiente adopte los detalles de su aplicación; lo que lleva que la ley secundaria concrete o detalle en que consiste el derecho contenido en la ley creado por el legislativo⁴¹⁴. Estos estudios como se mencionó es materia administrativa, pero se ajusta por lo que respecta a la ineficacia constitucional procesal en materia de investigación ministerial del delito, si viene cierto que al estar planteados en la constitución los principios, para que ley secundaria los retome y permita la igualdad procesal en esa etapa del procedimiento penal, lo que no ha tenido la sólida eficacia jurídica,

⁴¹⁰ *Cfr. Idem.*

⁴¹¹ *Cfr. Ibidem*, p. 8.

⁴¹² *Cfr. Ibidem*, p. 9.

⁴¹³ *Cfr. Idem.*

⁴¹⁴ *Cfr. Ibidem*, p. 9.

porque en ocasiones las autoridades tergiversan los principios constitucionales, como por ejemplo cuando se circunscribe a una sola etapa del proceso, sin que sea extensivo a la averiguación, tal como se puede apreciar en el artículo 20 constitucional.

Así también hay que mencionar que respecto a la Constitución en efecto prescribe las directrices y principios como fuente primaria del derecho, para que por medio de las leyes secundarias, se establezcan la forma de cómo se van a llevar a cabo, pero la Constitución ha sido innumerablemente reformada, lo que genera una inestabilidad constitucional, y al tratar de analizarla es “transitar sobre un terreno extremadamente movedizo y cambiante⁴¹⁵”, lo que ha generado “una importante pérdida de la fuerza normativa de la propia carta fundamental⁴¹⁶”, además de que las reformas a veces son la expresión de necesidades coyunturales de gobierno para recurrir a la reforma constitucional⁴¹⁷.

Así mismo hay que tomar en cuenta que en ocasiones la deficiencia de los operadores jurídicos para interpretar la ley, aplicarla incorrectamente, legislar negligente la ley secundaria, origina la distorsión, modificación, menoscabo, de los principios otorgados en la Constitución:

“...no se cumple la ley por deficiencia de la autoridad, bien al concebir la ley y legislar negligentemente y descuidadamente, bien al no aplicarla correctamente y a su arbitrio o bien al resolver las controversias sin ninguna conciencia evadiendo las lagunas y no fijando los valores interpretativos que subsanen los vacíos y contradicciones⁴¹⁸”.

Y si a lo anterior aunamos lo siguiente:

⁴¹⁵ Carbonell Miguel, *op. cit.*, nota 359, p. 119.

⁴¹⁶ *Idem.*

⁴¹⁷ *Cfr. Idem.*

⁴¹⁸ González Oropeza M., *op. cit.*, nota 390, p. 53.

- El principio de contradicción, contenido en el artículo 20, apartado A, se refiere al proceso, lo que es materia de interpretación si es aplicable al procedimiento de investigación ministerial.
- En el artículo 20, apartado B, se hace mención del derecho del imputado (siendo más preciso el de indiciado o inculpado en la etapa preliminar), el concepto de imputado es cuando hay una imputación en contra de una persona y también formalmente es al momento que un juez de control da trámite a la imputación del Ministerio Público, entonces queda a interpretación si todos los derechos consignados en este apartado B, son aplicables en la etapa de investigación ministerial del delito.
- El artículo 20 Constitucional, antes de las reformas de 18 de junio del 2008, establecía en su fracción X, que las garantías en las fracciones V, VII, IX, serían observadas en la averiguación, entonces, conforme a la reforma antes mencionada y que se hace referencia en su apartado B, tiene las siguientes deficiencias:
 - Suprime al derecho que le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el procedimiento, que se contenía en la anterior próxima redacción de la fracción **VII**, porque conforme a la actual redacción (20, apartado B, fracción **VI**) establece este derecho de forma expresa **para el proceso** y no prescribe que también sea aplicable para la averiguación previa.
 - El derecho de que se le recibirán los testigos y pruebas que estime pertinentes, queda a interpretación sobre si es aplicable en la etapa de investigación, porque no especifica como anteriormente lo especificaba el artículo 20 fracción X, que también sería aplicable en la averiguación previa.
- El derecho fundamental de defensa en la etapa investigadora se torna ineficaz, sino se precisa mediante norma constitucional procesal cuales son las funciones específicas de la defensa, porque:

- No establece el derecho de ser informado inmediatamente de la investigación en contra del inculcado, tal como lo hace valer la ley de enjuiciamiento penal de España y que se contempla para el Nuevo Código de Procedimientos Penales de ese país.
- El derecho de proponer diligencias en la etapa de investigación ministerial.
- Una vez informado de forma inmediata de la imputación que hay en su contra, conlleva el derecho de estar presente en todas las diligencias que se lleven en su contra, como son testimoniales, inspecciones, peritajes, etc.
- El derecho de ejercer la defensa desde el momento que hay una imputación en contra del indiciado y no hasta que comparezca ante el Ministerio Público.

Y una pregunta sería, sobre de qué es ineficaz la Constitución, la respuesta es, es ineficaz para proteger los derechos humanos contenidos en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, esencialmente los contenidos en el artículo 8º de la Convención Interamericana de Derechos Humanos; respecto de la ineficacia de un sistema, Zaffaroni dice:

“Siempre que hagamos referencia a ineficacia del sistema, pues, que <ineficacia> es un término relativo, porque demanda otro término de relación, debe quedar entendido que nos referimos a ineficacia del sistema penal en cuanto a realización de Derechos Humanos⁴¹⁹”.

⁴¹⁹ Zaffaroni Eugenio, Raúl, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (primer informe)*, Buenos Aires, Ed. Depalma, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Tomo I, 1986, pp. 27.

Principalmente como se ha hecho mención en el presente trabajo, las autoridades tienen la obligación de respetar el artículo 8º de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, y ésta en sus diversas partes establece el derecho a una adecuada defensa, notificación previa y detallada, derecho de ofrecer pruebas, derechos que tiene todo ciudadano en todo procedimiento, y en el caso que nos ocupa es la etapa preliminar de investigación del delito.

4.4. La ineficacia de la Constitución Federal para garantizar el debido proceso en la etapa preliminar de investigación del delito conforme a la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Las reformas a la Constitución de fecha 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos, establece la forma de interpretar y aplicar los derechos humanos en México, "...mediante la incorporación de los tratados internacionales al texto constitucional⁴²⁰", creando un "bloque de constitucionalidad⁴²¹", conforme a diversos principios, principalmente *pro homine*:

[“Las recientes reformas constitucionales establecen igual jerarquía de los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los que México es parte, con los contenidos en la Constitución, creando así un <bloque de constitucionalidad> en el derecho mexicano, así como el principio de interpretación *pro homine*”
Urquidi Acosta, Mariclaire, La impunidad crónica de México, México, 2012, CDHDF, p. 34”.]

El debido proceso es una figura compleja, principalmente está establecido en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, en el artículo 8 de dicho tratado internacional:

“El texto de la Convención Americana resulta pleno de contenidos al consagrar, en su artículo 8, el derecho al debido proceso. Esto al punto de definir una suerte de derecho-complejo...Los pronunciamientos del Sistema Interamericano, por su parte, han contribuido a esta lectura desarrollando de manera minuciosa, aunque no siempre ordenada o consistente, cada acápite del artículo 8⁴²²”.

El artículo 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos establece:

“Artículo 8. Garantías judiciales.

1. Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la substanciación de cualquier acusación penal

⁴²⁰ Urquidi Acosta, Mariclaire, La impunidad crónica de México, México, 2012, CDHDF, p. 34.

⁴²¹ *Idem*.

⁴²² Salmón Elizabeth, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Perú, 2012, IDEHPUCP, p. 24.

formulada contra ello, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

- a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no habla el idioma de juzgado o tribunal;
- b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
- c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de la defensa;
- d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
- e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
- f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
- g) derechos a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
- h) derecho a recurrir del fallo ante el juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia⁴²³”.

En este orden de ideas, las garantías judiciales, que se mencionan en el artículo 8º de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, también son aplicables a los órdenes jurídicos, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter: corporativo y parlamentario, así lo estableció este organismo en el caso del Tribunal Constitucional vs. Perú de fecha 31 de enero de 2001, al establecer, en los párrafos 68, 69, 70, entre otros, lo siguiente:

“68. El respeto de los derechos humanos constituye un límite a la actividad estatal, lo cual vale para todo órgano o funcionario que se

⁴²³ Convención Interamericana de Derechos Humanos.

encuentre en un situación de poder, en razón de su carácter oficial, respecto de las demás personas. Es, así, ilícita, toda forma de ejercicio del poder público que viole los derechos reconocidos por la Convención. Esto es aún más importante cuando el Estado ejerce su poder sancionatorio, pues éste no sólo presupone la actuación de las autoridades con un total apego al orden jurídico, sino implica además la concesión de las garantías mínimas del debido proceso a todas las personas que se encuentran sujetas a su jurisdicción, bajo exigencias establecidas en la Convención.

69. Si bien el artículo 8 de la Convención Americana se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales”, a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.

70. Ya la Corte ha dejado establecido que a pesar de que el citado artículo no especifica garantías mínimas en materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del mismo precepto se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene también el derecho, en general, al debido proceso que se aplica en materia penal⁴²⁴.

De la anterior transcripción de una parte de sentencia de fecha 31 de Enero del 2001, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para efectos del presente trabajo se establece las siguientes premisas.

- La aplicación del artículo 8 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos son el conjunto de requisitos que debe cumplir la autoridad en las instancias procesales.
- Cualquier órgano o funcionario que se encuentre en situación de poder debe cumplir con los requisitos mínimos de garantías de debido proceso a las personas que se encuentren bajo su jurisdicción.
- El debido proceso rige además de la materia penal, también son para las demás materias ya sea civil, laboral, fiscal, etc.

⁴²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Tribunal Constitucional vs Perú, 31 de Enero del 2001.

La etapa preliminar de investigación del delito también la autoridad tiene que cumplir con las garantías mínimas para que se cumpla el debido proceso, como se establece en la sentencia de 17 de Noviembre de 2009 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Leiva vs Venezuela*, como a continuación se hace mención de una parte de la sentencia:

“INTRODUCCIÓN DE LA CAUSA Y OBJETO DE LA CONTROVERSIA

...La Comisión alego que en dicho proceso no se notificó de manera previa a la presunta víctima los delitos que se le imputaban por el carácter secreto de la etapa sumarial. Asimismo, la Comisión alego que el secreto de la etapa sumarial implicó que el señor Barreto Leiva no fuera asistido por un defensor de su elección en esa etapa del proceso, interrogara a los testigos, conociera las pruebas que estaban siendo recabadas, presentara pruebas en su defensa y controvirtiera el acervo probatorio en su contra...

...ARTICULOS 8 (GARANTIAS JUDICIALES) Y 25 (PROTECCIÓN JUDICIAL) EN RELACION CON LOS ARTICULOS 1.1 (OBLIGACIÓN DE RESPETAR LOS DERECHOS) Y (DEBER DE ADOPTAR DISPOSICIONES DE DERECHOS INTERNO) DE LA CONVENCIÓN AMERICANA

...2. Comunicación previa y detallada de la acusación (artículo 8.2 b)...

... 28. Para satisfacer el artículo 8.2. b convencional el Estado debe informar al interesado no solamente de la causa de la acusación, esto es, las acciones u omisiones que se le imputan, sino también las razones que llevan al Estado, a formular la imputación, los fundamentos probatorios de ésta y la caracterización legal que se da a esos hechos. Toda información debe ser expresa, clara, integral y suficientemente detallada para permitir al acusado que ejerza plenamente su derecho a la defensa y muestre al juez su versión de los hechos. La Corte ha considerado que la puntual observancia del artículo 8.2. b es esencial para el ejercicio efectivo del derecho de defensa.

29. Ahora bien, el derecho a la defensa debe necesariamente poder ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible y solo finaliza cuando culmina el proceso, incluyendo el caso, la etapa de ejecución de la pena. Sostener lo opuesto implicaría supeditar las garantías convencionales que protegen el derecho a la defensa, entre ellas el artículo 8.2 b, a que el investigado encuentre determinada fase

procesal, dejando abierta la posibilidad de que con anterioridad se afecte un ámbito de sus derechos a través de actos de autoridad que desconoce a los que no puede controlar u oponerse con eficacia, lo cual es evidente contrario a la Convención. En efecto, impedir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia la investigación en su contra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona investigada. El derecho de defensa obliga al Estado a tratar al individuo en todo momento como un verdadero sujeto del proceso, en el más amplio sentido de este concepto, y no simplemente como objeto del mismo.

30. Por todo ello, el artículo 8.2 b. convencional rige incluso antes de que se formule una “acusación” en sentido estricto. Para que el mencionado artículo satisfaga los fines que lo son inherentes, es necesario que la notificación ocurra previamente a que el inculcado rinda su primera declaración ante cualquier autoridad pública.

31. Evidentemente, el contenido de la notificación variará de acuerdo al avance de las investigaciones, llegando a su punto máximo, expuesto en el párrafo 28 supra, cuando se produce la presentación formal y definitiva de cargos. Antes de ello y como mínimo el investigado deberá conocer con el mayor detalle posible los hechos que se le atribuyen.

...45. Es admisible que en ciertos casos exista reserva de las diligencias adelantadas durante la investigación preliminar en el proceso penal, para garantizar la eficacia de la administración de justicia. Asiste al Estado la potestad de construir un expediente en búsqueda de la verdad de los hechos, adoptando medidas necesarias para impedir que dicha labor se vea afectada por la destrucción u ocultamiento de pruebas. Sin embargo, esta potestad debe armonizarse con el derecho de defensa del investigado, que supone, *inter alia*, la posibilidad de conocer los hechos que se le imputan.

...3 concesión del tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa (artículo 8.2.c)

49. La Comisión y el representante sostuvieron que el sumario fue secreto y el señor Barreto Leiva no tuvo acceso al expediente hasta que fue privado de la libertad.

... 53. Al respecto esta Corte se remite a lo ya expuesto en los párrafos precedentes (supra párrs. 45 y 46) y únicamente agrega que aunque reconoce la existencia de la facultad e incluso la

obligación del Estado de garantizar en la mayor medida posible el éxito de las investigaciones y la imposición de sanciones a quienes resulten culpables, el poder estatal no es ilimitado. Es preciso que el Estado actúe “dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permitan preservar tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona humana.

54. Uno de esos derechos fundamentales es el derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, prevista en el artículo 8.2.c de la Convención, que obliga al Estado a permitir el acceso del inculcado al conocimiento de expediente llevado en su contra. Asimismo se debe respetar el principio de contradictorio, que garantiza de aquél en el análisis de la prueba.

55. Si el Estado pretende limitar este derecho, debe respetar el principio de legalidad, argüir de manera fundada cuál es el fin legítimo que pretende conseguir y demostrar que el medio a utilizar para llegar a ese fin es idóneo, necesario y estrictamente proporcional. Caso contrario, la restricción del derecho de defensa del individuo será contraria a la Convención.

...62. Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona (supra párrs. 29), el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento, sobre todo en la diligencia en la que se recibe su declaración. ...”.

De la anterior transcripción de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del Caso Leiva vs Venezuela de fecha 17 de Noviembre de 2009, se establece las siguientes premisas:

- El derecho a la defensa debe poder debe ejercerse desde que se señala a una persona como posible autor o partícipe de un hecho punible. (Cfr. Párrafo 29 de la sentencia).
- El derecho de que al investigado le sea informado de la acusación de forma previa y detallada es aplicable a la etapa preliminar de investigación (Cfr. Párrafo 28, 30 de la sentencia).
- La información de la acusación debe ser antes de que rinda su primera declaración (Cfr. Párrafo 30 de la sentencia).
- La notificación de acusación al indiciado variara conforme a los avances de la investigación (Cfr. Párrafo 31 de la sentencia).
- La potestad del Estado de buscar la verdad y mantener la investigación secreta debe armonizarse con el derecho humano de defensa de

conocer los datos de investigación de forma previa y detallada (Cfr. Párrafo 28, 30, 45 de la sentencia).

- La restricción del derecho de defensa en las investigaciones secretas, debe ser fundado, idóneo, proporcional, en caso contrario lesiona el derecho para tener los medios adecuados para la defensa.
- “Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona..., el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento...”. (véase párrafo 62 de la sentencia).

Con lo mencionado se establece que el debido proceso principalmente se contiene en el artículo 8 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, son garantías judiciales que se deben llevar a cabo, aplicable al procedimiento preliminar de investigación, por contener esta disposición convencional los requisitos que deben cumplir las autoridades que se encuentren en una situación de poder frente a la persona; y por lo que respecta a la comunicación previa y detallada de la investigación que lleva en contra del indiciado se hace énfasis que debe de comunicársele de forma previa y detallada antes de que rinda su primera declaración, porque la defensa inicia desde el momento hay una investigación en contra de una persona (s), la cual sólo podrá ser restringida por parte del Estado de forma *fundada* en la que establezca la *idoneidad, proporcionalidad* de tener en secreto las investigaciones en caso contrario contravendrá el debido proceso del indiciado conforme a lo dispuesto por la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

En este apartado se establece las siguientes afirmaciones.

a) La defensa adecuada es parte del derecho humano de debido proceso, o proceso justo, que las autoridades deben de cumplir al emitir sus actos de autoridad, como debe cumplirlo el Ministerio Público en la etapa preliminar de investigación del delito, derecho que se ejercita mediante actos contradicción e igualdad procesal, la sola asistencia del abogado en declaración del imputado es insuficiente e ineficaz.

a.1) El derecho de defensa inicia con la investigación que el Estado inicia al indiciado, así lo ha manifestado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la resolución de *Leiva vs Venezuela*, al decir: “Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona..., el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento...”. (Véase párrafo 62 de la sentencia de la CIDH *Leiva vs Venezuela*).

a.2) En el momento que el Estado ordena una investigación en contra de una persona, cuando es sin detenido, nace el derecho de defensa y las diligencias sin conocimiento del indiciado o ya sean secretas, hasta en tanto no sean notificadas de forma previa y detallada antes de la primera declaración, lesionan el derecho humano de debida defensa contenido en el artículo 8.2.c de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

a.3) La obligación del Estado de garantizar la seguridad pública mediante las investigaciones para limitar el derecho de defensa por medio de diligencias secretas, debe ser fundado cumpliendo con los principios de idoneidad, necesidad, proporcionalidad, en caso contrario se contravendrá el derecho humano de debida defensa contenido en el artículo 8.2.c, de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. (*Cfr.* Sentencia de la CIDH caso *Leiva vs Venezuela*, párrafo 55).

a.4) La defensa adecuada en esencia se materializa cuando se actualiza el principio de contradicción para que con medios probatorios controvierta, refute, la acusación que ejerce el Estado por medio de sus funcionarios públicos.

a.5) La defensa técnica, material, sin que se cumpla el principio de contradicción, genera que el abogado o el inculpado, sean observadores del poder ilimitado del Estado para poder afectar sus derechos fundamentales tutelados por la Constitución y tratados internacionales.

b) La igualdad procesal tiene como fundamento la justicia en el procedimiento, al otorgar los mismos elementos procesales para fundar su pretensión, defensas, ante las autoridades correspondientes, para que las partes

mediante actos procesales equilibrados, sin que haya ventajas de alguna de las partes y estén en aptitud diriman su conflicto en el procedimiento; y en el caso de las investigaciones secretas en la etapa preliminar de investigación, el Estado tiene ventaja procesal, al actuar de forma discrecional en el procedimiento preliminar, hasta en tanto no sea notificado de forma previa y detallada de la investigación al indiciado.

Y por lo que corresponde a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que prescribe en el artículo 20, apartado A, fracción V, la garantía individual de igualdad procesal para sostener su acusación y defensa que garantiza la igualdad en el proceso, mientras que la etapa de investigación el indiciado la Constitución dispone en el apartado B, fracciones III y VI que el imputado tiene derecho a ser informado de la investigación hasta que comparece al Ministerio Público o se le pretenda tomar declaración o entrevistarlo, garantías procesales que generan a su vez investigaciones secretas, por tener la discrecionalidad la autoridad de llamar al indiciado hasta que lo crea conveniente o llamarlo a declarar cuando tiene reunido los datos de pruebas, lo que en ocasiones conlleva que está integrada la averiguación previa o carpeta de investigación solamente con datos de pruebas de cargo para que sea llevado a juicio el indiciado.

Además con la actual redacción del 20 constitucional en el apartado B, fue suprimida la garantía procesal que permitía contradicción e igualdad procesal, al no reproducir la garantía que se contenía en su anterior redacción en la fracción X, que nos remitía a que también iban ser observadas las contenidas en las fracciones V y VII; la fracción V, de la anterior redacción constitucional establecía el derecho de ofrecer pruebas y la fracción X prescribía en esencia que también iba ser observada en la investigación; derecho de ofrecer datos de pruebas que no establece en la nueva redacción del artículo 20 Constitucional de fecha 18 de junio del 2008.

De lo que se concluye que al no haber disposición legal que permita una adecuada defensa que pueda ejercitarse de forma activa además que haya los

medios jurídicos para que en igualdad procesal o por lo menos tratar de equiparar funciones de ofrecer datos de pruebas, plena contradicción inmediata, derecho proponer diligencias, estar presente cuando las circunstancias lo permitan en las diligencias que realice el Ministerio Público; mediante normas procesales comunes, constitucionales, que sean justas, o por medio de su interpretación de buena fe que se ajusten a los tratados internacionales, y la sola enunciación ya sea de derechos humanos o normas procesales, sin medios para ejercerlos son derechos de papel que no se pueden hacer valer.

Sin pasar por alto que el Código Nacional confiere el derecho de proponer diligencias, sin en cambio está condicionado a que lo autorice el Ministerio Público, durante el término que la misma ley señala, que resulta ineficaz cuando se trata con detenido, porque hasta el momento que el Ministerio Público acepte la petición el sujeto a investigación ya estará en audiencias preliminares ante el juez de control unido que en la investigaciones sin detenido, es elemento capital que sea notificado de forma inmediata el indiciado de la denuncia o querrela que haya en su contra para que tenga la facultad de proponer peritos cuando se requiera en el momento crítico de las diligencias como es el acudir a la escena del crimen, así también sin soslayar, que para investigaciones exitosas, que el Ministerio Público, ante el riesgo de que la evidencia se pudiera alterar, de manera fundada, podría solicitar al juez que ciertas datos de pruebas se lleven a cabo sólo por la representación social, y este a su vez tendrá que fundar su acto considerando la *idoneidad, proporcionalidad* de la medida de que no se le informe al indiciado ciertas diligencias por un término preciso para el éxito de las diligencias, pero considerando en todo momento el derecho humano de debida defensa.

4.4.1. La ineficacia constitucional para garantizar el derecho de defensa en la etapa preliminar de investigación del delito.

La realidad de las investigaciones en la etapa preliminar de investigación en el sistema justicia penal mexicano es el carácter inquisitivo en la averiguación previa, el Constituyente de la Constitución Política de los Estados Unidos de 1917, al respecto mencionó:

“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 al 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 a la suerte de reos casi siempre entregada a la maquinaciones fraudulentas y dolosas de los escribientes, que por pasión o por vil interés alteraban sus propias declaraciones, las de los testigos que deponían en su contra, y aun las de los que se presentaban a declarar en su favor⁴²⁵”.

En los debates del Constituyente de 1917, establecen como eran las investigaciones en ese tiempo, que era llevada por jueces y por tal motivo se instauró la figura del Ministerio Público:

- “Diligencias secretas y procedimientos ocultos...⁴²⁶”.

⁴²⁵ Diario de los debates del Congreso Constituyente, 1º de diciembre de 1916.

⁴²⁶ *Idem.*

[¿A qué se le tiene miedo?, ¿a que el ministerio publico demuestre su incapacidad?, ¿a que el defensor retarde el procedimiento?, ¿a que el defensor coadyuve a la impunidad de los delitos?, ¿a que el defensor desvirtué los hechos? No se debe tener miedo a nada ni a nadie pues si bien es cierto que el Ministerio Público es una institución de buena fe, con el establecimiento de institución de la defensa en averiguación previa se demostraría una vez más la buena fe de aquella, en tanto la defensa velaría por la legalidad del procedimiento penal en todas y cada una de sus fases.

Luna Ramos Bernabé, “La defensa de la averiguación previa”, Anuario jurídico XII Congreso Constitucional, México, UNAM, 1985, p. 447.]

- “...restricciones al derecho de defensa impidiendo al mismo reo y a su defensor asistir a la recepción de pruebas en su contra⁴²⁷...”.
- “...maquinaciones fraudulentas y dolosas de los escribientes⁴²⁸...”.
- “...alteraban sus propias declaraciones, las de los testigos que deponían en su contra, y aun las de los que se presentaban a declarar en su favor⁴²⁹”.

Por lo que respecta a la *actualidad* en el procedimiento preliminar de investigación mexicano, tiene similitud de los motivos que tuvo el Constituyente de 1917, con escasas variaciones, tal como se desprende de lo investigado por la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, que por medio de muestreo, llegaron a la siguiente información:

“2. ALTERACIÓN DE LOS HECHOS Y CONTROL DE LOS MEDIOS DE PRUEBA DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA

En la muestra de quejas se denuncia reiteradamente que el ministerio público y la policía judicial incurren en la práctica de distorsionar, alterar, inventar u ocultar hechos relacionados con los delitos de los que tienen conocimiento. Esas acciones se relacionan estrechamente con la manipulación de los medios de prueba que, según sostienen diversos quejosos, es utilizada durante la averiguación previa, entre las que se cuentan las presiones ejercidas sobre los testigos, la víctima del delito y el acusado, así como los obstáculos a la víctima o al acusado para que ofrezcan pruebas⁴³⁰”.

Lo antepuesto es sabido por el pueblo mexicano que desde décadas anteriores es la realidad que acontece en la etapa preliminar de investigación ante el Ministerio Público, derechos que han sido ineficazmente protegidos por el Estado Mexicano, que tiene su origen en la

⁴²⁷ *Idem.*

⁴²⁸ *Idem.*

⁴²⁹ *Idem.*

⁴³⁰ López Ugalde Antonio, *Procuración de Justicia y Derechos Humanos propuestas y análisis*, México, CDHDF, 2003, p. 13.

misma redacción del artículo 20 Constitucional, que en el texto original de 1917 establecía, en parte lo siguiente:

“Art. 20.- En todo juicio de orden criminal tendrá el acusado las siguientes garantías:

I. Inmediatamente que lo solicite será puesto en libertad...

II. No será compelido a declarar en su contra...

III. Se le hará saber en audiencia pública...

IV. Será careado con los testigos que depongan en su contra, los que declararán en su presencia, si estuviesen en el lugar del juicio, para que pueda hacerles todas las preguntas conducentes a su defensa.

V. Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del **proceso**;

VI. Será juzgado en audiencia pública por un juez...

VII. Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso;

VIII. Será juzgado en cuatro meses...

IX. Se le oirá en defensa por sí o por persona de su confianza...

X. En ningún caso podrá prolongarse la prisión⁴³¹...”.

Esta redacción de 1917, adolecía de establecer de forma escueta las garantías a favor del imputado en la etapa preliminar de investigación del delito, al prescribir las garantías del acusado sin prescribir las del indiciado, (situación que en parte está ocurriendo las reformas de 18 de junio del 2008, al no establecer las garantías del indiciado en la fase preliminar de investigación), por tal motivo estudiosos del sistema mexicano, hicieron ver sus observaciones al artículo 20 Constitucional, que había permanecido “prácticamente intacto su texto original⁴³²” de la Constitución de 1917, hasta que hubo modificaciones con las reformas de 1993, deficiencias constitucionales para la debida defensa del indiciado en esta etapa preliminar de investigación del delito, Bernabé Luna Ramos, antes de la reforma constitucional de 1993, hizo ver:

⁴³¹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.

⁴³² Zamora Pierce, Jesús, “Las garantías procesales penales”, *Temas de derecho procesal, Memoria del XIV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, México, UNAM, 1996, p. 245.

“¿A qué se le tiene miedo?, ¿A que el ministerio publico demuestre su incapacidad?, ¿a que el defensor retarde el procedimiento?, ¿a que el defensor coadyuve a la impunidad de los delitos?, ¿a que el defensor desvirtué los hechos? No se debe tener miedo a nada ni a nadie pues si bien es cierto que el Ministerio Publico es una institución de buena fe, con el establecimiento de institución de la defensa en averiguación previa se demostraría una vez más la buena fe de aquella, en tanto la defensa velaría por la legalidad del procedimiento penal en todas y cada una de sus fases⁴³³”.

Con las reformas de 1993 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos la fracción IX, quedó de la siguiente manera:

IX. Desde el inicio del proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca a todos los actos del proceso y éste tendrá la obligación de hacerlo cuantas veces se requiera.

Asimismo conforme a las reformas del artículo 20 Constitucional de 1993 establecía otras garantías procesales constitucionales a favor del indiciado en la etapa preliminar de investigación del delito:

Artículo 20. En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:

“... V se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca concediéndole el tiempo que la ley estime necesario y auxiliándose para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite siempre que se encuentren en el lugar del proceso;

... VII Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que conste en el proceso.

⁴³³ Luna Ramos Bernabé, “La defensa de la averiguación previa”, Anuario jurídico XII Congreso Constitucional, México, UNAM, 1985, p. 447.

... X...Las garantías previstas en las fracciones V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en las fracciones I y II no estará sujeto a condición alguna...”.

Los avances de la reforma constitucional de 1993, en cuanto la implementación de garantías procesales en la etapa preliminar de investigación, habían sido sólidos e inclusive para efectos de librar una orden de aprehensión se requerían acreditar los elementos del tipo penal, tal como lo refiere Jesús Zamora Pierce:

“La reforma recoge tres cuartos de siglo de experiencia del derecho procesal penal mexicano, toma en consideración las lecciones de nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia y, con esos elementos, pretende ser el punto de partida de una nueva era época de la justicia penal, en la cual pueda lograr sus dos finalidades, diversas, que no contradictorias: asegurar el interés social en la eficaz persecución del delito, garantizando, simultáneamente, el derecho del inculcado a un debido proceso⁴³⁴”.

Además al disponer la fracción X de la Constitución conforme la reforma de 1993, que el derecho del indiciado en la averiguación previa también consistía los contenidos en las fracciones V y VII, esta última se refería al derecho de que le fueran facilitados todos los datos que solicite para su defensa, lo que conllevaba a que en la instrucción preliminar: “Pierde así la averiguación previa su carácter secreto⁴³⁵”.

La evolución del sistema procesal penal mexicano se había plasmado en las reformas de 1993, al establecer en el artículo 20 de la Constitución las garantías procesales X, IX, VII, V, en la etapa preliminar de investigación del delito; quedando algunas situaciones que ya se habían palpado, pero que no se había materializado mediante garantía procesal en la etapa preliminar de investigación, consistente en la comunicación de forma inmediata de la denuncia o querrela en contra del indiciado, porque el derecho a la defensa del indiciado inicia desde el momento en que la autoridad ordena investigar a una persona; Jesús Zamora

⁴³⁴ *Ibidem*, p. 245.

⁴³⁵ *Idem*.

Pierce, hace mención de cual es momento en que inicia la defensa del indiciado en su artículo de “Las garantías procesales penales”, al decir:

“Por ello, la sección III del XIV Congreso Internacional de Derecho Penal, reunido en Viena, Austria, en octubre de 1989, adoptó la conclusión de que: “Toda persona tiene el derecho a la asistencia efectiva de un defensor en todas las fases de los procedimientos penales, desde el principio de su investigación⁴³⁶”.

Es claro que en el sistema procesal penal mexicano, el procedimiento inicia cuando se ha reunido el requisito de procedibilidad, sea denuncia o querrela, según sea el caso, es el momento en que cuando hay una imputación en contra de una persona, empieza el procedimiento preliminar de investigación, y es desde el principio de la investigación el momento en que tiene que tener una debida defensa el indiciado, y esto se puede realizar por medio de *la comunicación de forma inmediata al imputado de la denuncia o querrela que hubiera en su contra*, porque entre más se prolongue o se aplase la información al imputado de que se está llevando una investigación en su contra, conlleva a que se realicen investigaciones secretas u ocultas, inquisiciones generales en contra de los individuos, lesionando el derecho humano de debida defensa; en cuanto que la denuncia debe ser informada de manera inmediata al imputado; nos dice Víctor Moreno Catena lo concerniente.

“Para impedir el ya superado proceso penal inquisitivo, que en su forma más aguda y radical supone la situación de una persona que se sabe sometida a un proceso pero ignora de qué se le acusa, un elemento capital del moderno proceso penal, es el derecho a ser informado de la acusación en todo momento⁴³⁷”.

Y respecto de cuando inicia la defensa del indiciado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido:

⁴³⁶ Zamora Pierce, Jesús, “Las garantías procesales penales”, *Temas de derecho procesal, Memoria del XIV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, México, UNAM, 1996, pp. 245 y ss.

⁴³⁷ Moreno Catena, Víctor, “La imputación el proceso penal”, en E. R. Zaffaroni (coord.), *El proceso penal, sistema penal y derechos humanos*, México, Porrúa, 2000, p. 89.

- <Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que ordena investigar a una persona [...], el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese momento, sobre todo en la diligencia en la que se recibe su declaración. Impedir a éste contar con la asistencia de su abogado defensor es limitar severamente el derecho a la defensa, lo que ocasiona desequilibrio procesal y deja al individuo sin tutela frente al ejercicio punitivo>⁴³⁸ ...”.

No siendo viable que el Estado mantenga en secreto las investigaciones secretas o como se le quiera llamar “reservada”, porque ante el deber de éste de velar por la seguridad de los ciudadanos, también tiene equilibrarlo con el derecho a la defensa del investigado, tal como se desprende por lo mencionado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

“55. Si el Estado pretende limitar este derecho, debe respetar el principio de legalidad, argüir de manera fundada cuál es el fin legítimo que pretende conseguir y demostrar que el medio a utilizar para llegar a ese fin es idóneo, necesario y estrictamente proporcional. Caso contrario, la restricción del derecho de defensa del individuo será contraria a la Convención⁴³⁹”.

De acuerdo las reformas de 18 de junio de 2008, propician en sus fracciones III y VI (cuando es sin detenido), que el Ministerio Público, realice investigaciones secretas en contra del imputado al prescribir:

“Artículo 20. El proceso penal será acusatorio y oral. Se regirá por los principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.

“A...

B...

III. A que se le informe, tanto en el momento de su detención como en su comparecencia ante el Ministerio Público o el juez, los hechos que se le imputan...”.

⁴³⁸ Corte IDH, Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Párrafo 62, consulta en la página web <http://www.corteidh.or.cr/casos>.

⁴³⁹ Corte IDH, Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, Párrafo 62, consulta en la página web <http://www.corteidh.or.cr/casos>.

VI. El imputado y su defensor tendrán acceso a los registros de investigación cuando el primero se encuentre detenido y cuando pretenda recibírsele declaración o entrevistarle...

C...”.

Principalmente por las siguientes premisas:

- El derecho de defensa inicia cuando la autoridad ordena investigar a una persona.
- El derecho de defensa no inicia cuando el indiciado comparece al Ministerio público, sino desde el momento en que inició la averiguación previa.
- Las diligencias del Ministerio Público que investigan sobre una persona cierta, sin que le comunique que se está llevando un procedimiento en su contra, es en demérito del derecho humano de defensa.
- El derecho de defensa tiene como característica: <Para que este derecho opere en plenitud y satisfaga los fines que lo son inherentes, es necesario que esa notificación ocurra antes de que el imputado rinda su primera declaración. Sin esa garantía, se vería conculcado el derecho de aquél a preparar debidamente su defensa>⁴⁴⁰; es por ello que el derecho de ser informado o tener acceso a los datos de investigación debe ser de forma previa y detallada antes de la declaración que rinda ante la autoridad y no en el mismo momento de tomarle su declaración; para que se ajuste al artículo 8.2 b, de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

Lo anterior refleja que las reformas de 1993 fue una evolución del sistema penal mexicano, en lo sustantivo y procesal, sin embargo con las reforma de 18 de junio de 2008, fue un retroceso porque no establece la garantía procesal del inculcado de que le sean facilitado todos los datos que solicite en la averiguación previa, derecho que se consagraba en las fracciones X, IX y VII de las reformas Constituciones de 1993, y conforme a la actual redacción del artículo 20 Constitucional en su fracciones III y VI, origina que hasta que el

⁴⁴⁰ Corte IDH, Caso Tibi Vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, Párrafo 187, consulta en la página web <http://www.corteidh.or.cr/casos>.

indiciado (como no sabe de la investigación se presentara hasta que lo citen o lo presenten ante la autoridad) **comparezca** al Ministerio Publico o hasta que le **pretenda** tomar declaración o entrevistarlo (el tiempo que la autoridad considere a su arbitrio), se le hará conocimiento los datos de investigaciones, que es una forma sutil y eficaz de realizar investigaciones secretas en el sistema procesal mexicano.

4.5. Las garantías procesales constitucionales para la protección de los derechos humanos.

Los iniciadores del “procesalismo científico⁴⁴¹” constitucional, han sido J. Couture y Fix Zamudio Héctor, en materia civil, sin embargo, en este trabajo, al hablar de garantías procesales en la etapa investigadora, se harán mención de los bases jurídicas objeto de esta ciencia, de los principios comunes y finalidad axiológica que se pueden aplicar en las otras materias como son la penal en el procedimiento preliminar de la etapa investigadora.

Las garantías individuales que se contienen en las distintas Constituciones de los países Latinoamérica están impregnadas e inspiradas en las leyes de enjuiciamiento civiles españolas, hay que decir que también está la ley de enjuiciamiento criminal, de formas antiquísimas del derecho romano canónico, distinta a la realidad moderna actual; refiere Fix Zamudio:

“Ha sido Eduardo J. Couture, el autor latinoamericano... y quien se explicaba la ausencia de una tradición en los estudios sobre estas garantías, en virtud que la mayoría de los Códigos latinoamericanos-vigentes en su mayoría en la actualidad...- tienen como inspiración la Ley de enjuiciamiento Española de 1855, reformada en 1881, y esta última constituye a su vez una estratificación secular de antiquísimas formas del proceso romano canónico, surgidas en situaciones sociales con las cuales el mundo de nuestra época apenas tiene una remota relación histórica de continuidad⁴⁴²”.

[“...la verdadera garantía de las disposiciones fundamentales consiste precisamente en su protección procesal...”

Fix Zamudio, Héctor, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México, UNAM, 1974, serie B, estudios comparativos, d) Derecho latinoamericano núm. 5, p. 26.]

⁴⁴¹ Ferre Mac Gregor Eduardo, “Aportaciones de Héctor Fix Zamudio al Derecho Procesal Constitucional”, en Valdés Diego y Hernández María Antonia. (Coords.), *Estudios del Federalismo, justicia, democracia y derechos humano*, Homenaje a Pedro J. Frías, México, serie doctrina jurídica núm. 146 UNAM, 2003, p. 53.

⁴⁴² Fix Zamudio, Héctor, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México, UNAM, 1974, serie B, estudios comparativos, d) Derecho latinoamericano núm. 5, p. 10.

Estudios de garantías procesales que como se mencionaron son en materia civil, sin embargo haciendo una semejanza al procedimiento penal, también ha acontecido en forma similar, aunque si es cierto que con la implementación del procedimiento acusatorio oral, ha beneficiado el procedimiento mexicano, sin en cambio nuestro sistema de investigación sigue siendo inquisitorio, como ya se ha hecho mención en esta investigación, a efecto de establecer que el sistema penal también está impregnado de una tradición española (se aclara que en cuestión de garantías procesales en la fase de investigación en España si hay evolución para proteger los derechos del imputado, mientras que en los países latinoamericanos se han quedado en una etapa de la historia que ha sido superada en algunos países de Europa como es el propio Estado de España); y respecto que no hay paralelismo entre la ley sustantiva y procesal, Zaffaroni, dice:

“...España debió gobernar un territorio muy extenso...como México...: no faltaron informes realistas que dieron lugar a nuevas leyes, pero todas se desvirtuaban en su aplicación concreta. Las finalidades expresas y latentes de las leyes se separaban hasta el absurdo⁴⁴³...”.

“Muy poco contribuyo la independencia...y la consagración de repúblicas oligárquicas para estrechar la distancia entre la ley y su vigencia. Estas últimas se caracterizaron por sancionar constituciones republicanas y liberales que reproducían a su modo disposiciones de la declaración de derechos del hombre y del ciudadano francés de 1789⁴⁴⁴”.

“Este fenómeno es particularmente grave en el campo del derecho procesal penal, por dos razones fundamentales: a) la ley penal naufraga en todos los límites garantizadores que puedan pensarse y plasmarse, sin un proceso penal conforme a sus mismos y paralelos principios⁴⁴⁵...”.

Por lo que respecta al movimiento del derecho procesal constitucional científico, empezó a tener fuerza al percatarse los doctrinarios que las garantías

⁴⁴³ Zaffaroni, E. R., *op. cit.*, nota 329, p. 4.

⁴⁴⁴ *Idem.*

⁴⁴⁵ *Ibidem*, p. 5.

individuales consagradas en distintas Constituciones de los países Latinoamericanos, que contenía principios no eran algunos eficaces dada la tradición jurídica de estos Estados, al contrario de lo que sucedió en los Estados Unidos de América, el cual “posee un desarrollo que puede calificarse de prodigioso, derivado de una interpretación de una interpretación dinámica de las fracciones V y XIV de la Constitución Federal, a través del concepto “due process of law””⁴⁴⁶.

La simple implementación de principios a la Constitución, no es eficaz para proteger las garantías que en ella se contienen o derechos humanos, es una situación que ha ocurrido al proclamar derechos que se tornan vacíos, sino hay los mecanismos para su protección, en atención a lo anterior tenemos, lo que dicen los siguientes doctrinarios:

El catedrático Fix Zamudio Héctor, dice:

“En época relativamente reciente empezó a perder fuerza la significación tradicional señalada en el inciso anterior, ya que la doctrina moderna se percató de que la simple elevación de ciertos principios al rango de preceptos constitucionales no era suficiente para “garantizar”, su eficacia, como la dolorosa y atormentada historia de nuestros pueblos latinoamericanos lo ha demostrado reiteradamente⁴⁴⁷”.

El doctor Zaffaroni, dice:

“... b) no basta con la consagración formal de los principios y los procedimientos, si no hay mecanismos de efectivización de los derechos y de las garantías⁴⁴⁸”.

Es así como se puede llegar a la conclusión que el estudio de las garantías procesales es para cualquier materia jurídica, no sólo la civil, sino también la

⁴⁴⁶ Fix Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 442, p. 9.

⁴⁴⁷ *Ibidem*, p. 26.

⁴⁴⁸ Zaffaroni, E. R., *op. cit.*, 329, p. 5.

penal, porque la protección de las disposiciones fundamentales es por medio de las garantías procesales constitucionales; por lo que corresponde al sistema constitucional mexicano, por medio de la implementación del juicio acusatorio oral, de fecha 18 de junio del 2008, pretendió mejorar los problemas del proceso penal, sin en cambio en cuestión de garantías en el procedimiento de investigación en la etapa ministerial quedó de la misma forma de tintes inquisitoriales, práctica tradicional de varios países de Latinoamérica, tal como lo han observado varios especialistas de México, como lo ha dicho Polanco Elías Braga:

“En la secuela procedimental, en la etapa inicial o preliminar, el Ministerio Público ante la noticia criminis, investiga en forma inquisitiva y secreta, con la intervención en algunas diligencias del juez de control⁴⁴⁹”.

La simple enunciación de derechos humanos en nuestra carta magna, no es eficaz para la protección de dichos derechos fundamentales, porque los verdaderos mecanismos para su salvaguarda, son las garantías procesales constitucionales, al respecto el doctor Héctor Fix Zamudio dice:

“En efecto, ya en la actualidad son numerosos los Constitucionalistas que consideran que la verdadera garantía de las disposiciones fundamentales consiste precisamente en su protección procesal y debemos reconocer que los juristas italianos han desarrollado admirablemente la teoría de las garantías constitucionales en este sentido, es decir, entendidas como instrumentos para lograr la efectividad de las normas de la Constitución⁴⁵⁰”.

Es por ello que hay que distinguir de los derechos fundamentales consagrados en la Constitución con los medios de su protección por medio de las garantías procesales:

⁴⁴⁹ Polanco Braga Elías, *op. cit.*, nota 376, p. 175.

⁴⁵⁰ Fix Zamudio, *op. cit.*, nota 442, p. 26.

“...es preciso distinguir entre los derechos consignados en la Ley Suprema y las “garantías” de tales derechos, que no son otra cosa que los medios procesales por conducto de los cuales es posible su protección y eficacia⁴⁵¹”.

La justicia material constitucional⁴⁵² se obtiene por medio de las garantías procesales constitucionales, conferidos expresamente o implícitamente en la Constitución con el objeto de que se obtengan las condiciones para una resolución justa y eficaz, por eso esta normas de carácter procesal Constitucional se les ha denominado “garantía de justicia” o como las denomina Héctor Fix Zamudio, “derecho fundamental de justicia a través del proceso⁴⁵³”:

“...las garantías constitucionales del proceso, en cuanto que no pueden estimarse como verdaderas y propias “garantías” en sentido estricto, es decir, no constituyen medios procesales para lograr el respeto de la Carta Fundamental cuando son desconocidos o violados por los destinatarios de las propias disposiciones⁴⁵⁴...”.

En efecto no se trata de vías procesales de carácter tutelar, sino de derechos subjetivos públicos conferidos expresa o implícitamente a los justiciables por las normas fundamentales de la Constitución, con el objeto de que puedan obtener las condiciones necesarias para la resolución justa y eficaz de las controversias en las cuales intervienen y por ello a estos derechos se han agrupado bajo la denominación de “garantías de justicia”, pero que un sentido más técnico podemos calificar como: *derecho fundamental de justicia a través del proceso*⁴⁵⁵.

⁴⁵¹ *Ibidem*, p. 27.

⁴⁵² *Cfr. Ibidem*, p. 31.

⁴⁵³ *Ibidem*, pp. 27 y ss.

⁴⁵⁴ *Ibidem*, p. 26.

⁴⁵⁵ *Idem*.

Esta justicia material constitucional, por medio de las garantías procesales constitucionales, llamadas también de “seguridad” “instrumentales”⁴⁵⁶, no es solamente aplicable, al procedimiento civil, sino es por medio de las garantías procesales del proceso que da seguridad al enjuiciamiento en cualquier materia, como es la materia penal, para la democratización de cualquier proceso, lo que conlleva, que haya las condiciones necesarias para resoluciones justas:

“Utilizando la penetrante terminología de James y Roberto Goldschmidt, es posible hablar de un derecho judicial material constitucional –el carácter formal lo constituyen las garantías en sentido estricto- integrado por todas las normas consagradas...en los preceptos de la Ley Suprema para la democratización del proceso en todas las ramas del enjuiciamiento⁴⁵⁷ ...”.

Es por ello que es importante e inclusive imprescindible que en la etapa investigadora se precisen las garantías procesales que tiene el inculpado, porque desde el momento que el Estado por medio de los Ministerios Públicos o fiscales, realizan los actos correspondientes de investigación para que con posterioridad sea planteada la pretensión punitiva *ius puniendi*, desde que tiene conocimiento de la denuncia o querrela según sea el caso, se encuentra en ventaja procesal, y peligro (como es la aplicación de providencias precautorias) dada la desigualdad que tiene el imputado, como en su momento y país dijo Carnelutti, que puede traer consecuencias por las características propias del procedimiento preliminar de investigación, como son:

- “un daño irreparable al individuo⁴⁵⁸”;
- la fase preliminar es “un examen superficial de las sospecha⁴⁵⁹”;
- “...la desigualdad que se establece así entre las dos partes, es grave y peligrosa, sin duda⁴⁶⁰”.

⁴⁵⁶ *Idem.*

⁴⁵⁷ *Idem.*

⁴⁵⁸ Carnelutti Francesco, *Cómo se hace un proceso*, trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Rendín, Buenos Aires, Ed. EJEA, 1965, p. 29 y ss.

⁴⁵⁹ *Idem.*

- “El privilegio del ministerio público llega al extremo...que conduzca el sólo la instrucción preparatoria; se habla en tales casos de instrucción sumaria⁴⁶¹”.
- “Al defensor sólo se le consiente conocer algunos actos instructorios...proponiendo al juez sus observaciones al respecto⁴⁶²”.
- “...el ministerio público no hace las veces de nadie; se acostumbra a decir ciertamente que representa al Estado o a la sociedad, pero de este modo se hace de él un duplicado del juez⁴⁶³”.

El Instituto Interamericano de Derechos Humanos, en el documento final del programa de investigación, respecto sistemas penales y derechos humanos en América Latina, respecto que la doctrina procesal no alcanzado su evolución y que posibilita arbitrariedades, dice:

“Llama poderosamente la atención que, en tanto que la doctrina penal del área haya logrado un desarrollo considerable, no haya sido parejo el desenvolvimiento alcanzado por la doctrina procesal ni por la profundización de las investigaciones de derechos procesal penal comparado. La realidad nos muestra que todas las garantías penales naufragan frente una ley procesal posible de arbitrariedad⁴⁶⁴...”.

El derecho procesal constitucional en la etapa investigadora debe ser específico, en el que se determine claramente cuáles son los derechos procesales constitucionales para ejercitar el derecho de defensa en la etapa de investigación, porque como se mencionó la sola enunciación del derecho de defensa, como está prescrito en el artículo 20, apartado B, sin especificar de forma clara las formas de llevarla a cabo en la etapa de preliminar de investigación, por ejemplo; el derecho de ofrecer es para el proceso o para todo el procedimiento, la facultad de estar

⁴⁶⁰ *Idem.*

⁴⁶¹ *Idem.*

⁴⁶² *Idem.*

⁴⁶³ *Idem.*

⁴⁶⁴ Zaffaroni, Eugenio R. *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (informe final)*, Buenos Aires, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1983-1986, p. 121.

presente al momento que se recaban los datos de prueba durante la averiguación previa, el derecho de ser informado de la imputación, el derecho de ejercer el derecho a la defensa desde el momento que hay una denuncia o querrela en contra del indiciado y no hasta que comparece ante el Ministerio público, etc., situaciones procesales que no están regulados constitucionalmente, lo que genera desigualdad procesal, ello es porque hay una ineficaz redacción procesal en la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, propiciando interpretaciones a veces que lesionan la igualdad procesal para la defensa del imputado.

Esta forma legislativa de crear normas procesales no claras, ineficaces, obscuras, o simplemente ante la omisión de legislar norma procesales para proteger los derechos humanos en el sistema mexicano, es la efectiva forma de enunciar derechos humanos que se ven halagadores, pero al no haber los medios procesales para su protección se convierten “derechos humanos de papel⁴⁶⁵”, al no haber los mecanismos y procedimientos para la protección de estos que permitan la “apropiación y ejercicio⁴⁶⁶” de los derechos humanos; en cuanto la sensación en el sistema de no haber normas procesales eficaces, se transcribe como ejemplo el siguiente:

“Esto se debe a que, a carecer de reglas procesales claras, su aplicación resulta arbitraria y discrecional, llegando incluso al grado en que los jueces autorizan las órdenes de arraigo prácticamente sin un análisis de la necesidad del mismo. Más aún, en el corto plazo desde que la figura del arraigo ha sido implementada, se han registrado numerosos casos de abuso y tortura contra personas que se encontraban arraigadas⁴⁶⁷”.

Es de lo anterior que para la protección del derecho humano de libertad, y demás esenciales que pueden ser afectados en el procedimiento preliminar de

⁴⁶⁵ Cfr. Uribe Arzate, Enrique, op. cit., nota 20, pp. 1233-1257.

⁴⁶⁶ *Idem*.

⁴⁶⁷ Urquidi Acosta, Mariclaire, *La impunidad crónica de México*, México, 2012, CDHDF, p. 83.

investigación se requiere de garantías procesales constitucionales, porque la sola enunciación del derecho humano de debido proceso para una debida defensa, principio de inocencia, principio de contradicción, igualdad procesal, esencialmente, sin las garantías procesales para poder llevarlas a cabo en la procedimiento preliminar, se convierten en expectativas o anhelos establecidos en la Constitución, sin haber los medios procesales efectivos para hacerlos efectivos en plenitud o por lo menos en un marco de posibilidades que en realidad permita la justicia en la investigaciones que realizan los agentes del Ministerio Público o fiscales, en el sistema procesal mexicano.

Y en conclusión del presente apartado, el sistema procesal mexicano en la etapa preliminar de investigación desde los debates del Constituyente de 1917, tenía como característica:

“...restricciones del derecho de defensa impidiendo al mismo reo y a su defensor asistir a la recepción de pruebas en su contra⁴⁶⁸”.

- Por lo que se requiere una garantía procesal constitucional que permita al indiciado, estar presente en la recepción de datos de pruebas, cuando las posibilidades lo permitan, en la etapa preliminar de investigación del delito, porque como se mencionó en el presente trabajo, es una práctica la alteración, modificación de datos de pruebas en esta etapa de investigación⁴⁶⁹.

Una defensa pasiva sin derecho para proponer diligencias (sin condicionarla), datos de pruebas, contradicción, se convierte en observador y para dar legalidad a los actos realizados por el Agente del Ministerio Público.

- Es por ello necesario restablecer como garantía procesal constitucional el derecho del indiciado en la etapa preliminar de investigación del delito, de ofrecer datos de pruebas como también el establecer el

⁴⁶⁸ Diario de los debates del Congreso Constituyente, 1º de diciembre de 1916, Tomo I, número 12.

⁴⁶⁹ *Cfr.* López Ugalde, Antonio, Procuración de Justicia y Derechos Humanos propuestas y análisis, México, CDHDF, 2003, p. 14.

derecho de ofrecer diligencias (e inclusive a costa de indiciado), sin que esté condicionado a la aceptación del Ministerio Público, a solo que fuere impertinente el dato de prueba, debiendo fundar y motivar el representación social, su actuar, bajo pena de nulidad del procedimiento.

El derecho de que se le informe de los datos de investigación, **de forma inmediata**, es un factor importante para tratar de quitar la secrecía de la investigación preliminar, procedimientos inquisitorios, generales; como lo marca la ciencia procesal moderna, como ejemplo está la legislación procesal del país de España, respecto de que la comunicación de la denuncia o querrela debe ser de forma inmediata al imputado.

- Es por ello la necesidad de restablecer la garantía procesal constitucional de que el indiciado tendrá acceso a los datos de información, para tratar de erradicar la secrecía del procedimiento preliminar y;
- La implementación de la garantía procesal constitucional de la comunicación de forma inmediata de la denuncia o querrela del imputado, para que desde el principio de la investigación esté en posibilidades de ejercer su derecho de defensa.

El derecho de defensa del indiciado empieza desde el momento que existe denuncia o querrela en contra del indiciado, por ello la necesidad de:

- Reformar el artículo 20 Constitucional fracción III, respecto el derecho de ser informado de la investigación hasta que comparezca al Ministerio Público, para quedar que el derecho de defensa inicia desde el momento que existe denuncia o querrela en contra del indiciado.
- Reforma el artículo 20 Constitucional fracción VI, respecto el derecho del indiciado de ofrecer datos de pruebas no sea hasta que se le pretenda tomar declaración o entrevistarle, sino desde el momento en que inicia la investigación en contra del imputado.

PROPUESTA.

La igualdad procesal tiene que fortalecerse en la etapa inicial de investigación ante por los agentes del Ministerio Público o fiscales en los Estados Unidos Mexicanos, porque se transgrede dicho principio en la investigación desformalizada como formalizada que se lleva a cabo después del auto de vinculación, lesionando el principio de defensa, para tal cometido, para confirmar dicha afirmación, se hace mención de los conceptos de la ciencia penal, de la lógica jurídica, y la evolución que ha tenido la institución de investigación en el país de España de forma comparativa, que fueron la estructura del presente trabajo, que son mencionados de forma breve para dar solidez a la propuesta que se hace en el presente capítulo tal como se hace referencia a continuación:

El procedimiento penal es “una sucesión de actos que se refieren a la investigación de los delitos, en sus autores y a la instrucción del proceso⁴⁷⁰”; y aunque el legislador mexicano en el artículo 20 constitucional utiliza indistintamente el término proceso y procedimiento, es un error de los legisladores⁴⁷¹, como ejemplo tenemos en el apartado B, de los derechos de toda persona imputada, en una parte de su fracción VI prescribe: Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que conste en el proceso; es de preguntarse si se está refiriendo hasta el momento que se dicta el auto de vinculación, que es cuando inicia el proceso⁴⁷², o hay que interpretarse que también debe ser aplicado en la etapa investigadora en la cual inicia el procedimiento penal.

Así también, conforme la manera de como está redactado el artículo 20 constitucional en su apartado B, respecto los derechos de toda persona imputada, trae confusión, por varias situaciones como son: **a)** La calidad de imputado se adquiere formalmente cuando se imputa a una persona ante el órgano estatal, antes de esto se le podría llamar indiciado; **b)** Por lo que respecta al momento que se obtiene la calidad de imputado, el código de procedimientos penales del

⁴⁷⁰ Barragán Salvatierra Carlos, Derecho Procesal Penal, 3ra edición, McGraHill, 2009, p. 24.

⁴⁷¹ *Cfr. Idem.*

⁴⁷² *Cfr. Idem.*

Estado de México (vigente todavía en el año 2015), en su artículo 152, establece que se considera imputado a quien, mediante cualquier acto del procedimiento, sea señalado como posible autor o participe en un hecho delictuoso, lo que no es considerado así en el Código Nacional de Procedimientos Penales, situación que hay que retomar para saber en qué momento existe la calidad de imputado, a lo que es en cualquier etapa del procedimiento, porque abarcaría como se dijo a cualquier acto de procedimiento, en atención que la calidad de imputado no solamente se adquiere hasta sea formalmente solicitada por el agente investigador ante el órgano jurisdiccional, durante el lapso para la emisión del auto de vinculación, para que se le denomine imputado al sujeto a investigación, sino la calidad de imputado se adquiere desde el momento de que una persona es sujeta a investigación; por ese motivo, la redacción del artículo 20 constitucional, apartado B, que prescribe los derechos de toda persona imputada, suprime la garantía individual a favor de la persona que es sujeta a investigación en la etapa inicial o preliminar de investigación, contenida en la fracción VI respecto de que le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso, lo que significa, asemejando en palabras de Carlos Barragán Salvatierra "...que únicamente hasta que se le dicte el auto de formal prisión o sujeción a proceso tendrá este derecho y durante el término de constitucional no, por no haberse iniciado aún el proceso penal. Por lo tanto, debe de interpretarse que se pretendía establecer que tendrá ese derecho durante el inicio del procedimiento y no del proceso⁴⁷³"; situación que era salvada antes de la reforma de fecha 18 de junio del 2008, en el mismo artículo en su fracción X, que establecía en su párrafo cuarto que las garantías previstas en las fracciones V, VII (actualmente IV, VI, en el apartado B del mismo artículo constitucional) serán observadas durante la averiguación previa; situación que no acontece con la nueva redacción del artículo 20 Constitucional, por lo que hay una supresión de la referida garantía procesal de que le serían facilitados todos los datos que constaran en la averiguación previa, que era a favor del indiciado, propiciando así más desigualdad jurídica en la etapa inicial o preliminar de investigación.

⁴⁷³ Cfr. *Idem*.

Las normas procesales deben de ajustarse a la Constitución del Estado, porque esta es la fuente de realización o producción del ordenamiento normativo, los principios que se contienen en ella es regulador de la actividad represiva, con lo cual se garantiza la libertad tanto el interés público como el individual; por lo que respeta al procedimiento penal la Constitución prescribe los principios elementales para la garantía de libertad individual para asegurar uno de los elementos esenciales del derecho: la justicia⁴⁷⁴.

La Constitución además de ser un conjunto de normas que establecen el régimen político de un país, es un ordenamiento de tipo liberal que limita el poder político⁴⁷⁵ por medio de normas y protege la libertad de los ciudadanos mediante garantías que tuvo su auge en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Es en esta corriente del constitucionalismo en donde se establece, las bases con el que se integra el principio de debido proceso, que consiste en las reglas elementales que la autoridad debía de respetar a favor de las personas que se les sujetara a un proceso, tiene por finalidad un procedimiento justo donde se le otorgaban varios derechos para que estuviera en igualdad de circunstancias para defenderse durante el proceso, como antecedente directo tenemos la Carta Magna de Inglesa de 1215.

El principio de debido proceso sigue evolucionando en cada una de las Constituciones de los diferentes Estados, porque es un cumulo de garantías que se contienen y algunas aplicables a las características de cada materia, como es en materia penal, como ejemplo el derecho a la defensa es uno de los derechos que integran el debido proceso en materia penal.

E incluso, las garantías procesales constitucionales es analizado como una nueva metodología, en cuanto que la práctica de las garantías que en las leyes

⁴⁷⁴ *Cfr.* Clariá Olmedo, Jorge A, Derecho Procesal Penal Tomo I, Editorial Rubinzal-Culzoni, Argentina 1981, p. 60.

⁴⁷⁵ *Cfr.* Guastini, Riccardo, Interpretación, Estado y Constitución, Editorial ARA, impreso en Perú 2010, p. 87.

procesales se contienen, conjuntamente con las que poseen proyección constitucional, a través de una postura garantista comprometida con la realidad constitucional, de lo que resulta que en la Constitución además de contener los derechos esenciales del ser humano, contiene derechos procesales superiores a las demás normas procesales secundarias, que sirven de directriz con carácter de imperativo al momento de aplicar las normas procesales adjetivas⁴⁷⁶.

El derecho a la defensa como parte integrante del debido proceso, el cual se entiende como en sentido lato, “como la manifestación de los valores de libertad individual y seguridad jurídica en relación con el concepto de debido proceso legal⁴⁷⁷” y en su sentido estricto es la exposición de razones ejercidas en conforme a la oportunidades procesales y; conforme a las personas que ejercita la defensa se ha establecido que puede ser material o sustancial y la formal o técnica. Lo anterior se establece en cuanto que hay que establecer el momento en que empieza la defensa en materia penal.

La necesidad de la defensa dentro del procedimiento es axiomático en materia penal, en cualquier acto del procedimiento, entendido este como todos los actos y formas que deben de darse desde que el Ministerio Público toma conocimiento del ilícito hasta que se dicta sentencia⁴⁷⁸, para que en efecto se materialicen los valores de libertad y seguridad jurídica en un Estado liberal que todo hombre tiene por el sólo hecho de ser persona y que protege la norma fundamental como los tratados internacionales.

En el procedimiento penal en la etapa de investigación hay una dialéctica de pretensiones, entre las libertades del ser humano y las atribuciones del poder público, que se traduce en el *ius puniendi* que tiene el Estado para que haya paz

⁴⁷⁶ Cfr. Lorca Navarrete, Antonio María, Proceso y Constitución, Perú, Ed. Ara editores E. I. R. L., 2011, p. 40.

⁴⁷⁷ Cfr. Vallespín Pérez, David “Las garantías constitucionales en el proceso penal español”, *XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, México, UNAM, 1998, serie A, b) Textos y estudios legislativos núm. 119,

⁴⁷⁸ Cfr. Barragán Salvatierra Carlos, Derecho Procesal Penal, 3ra edición, McGrawHill, 2009, p. 25.

social, y el *ius libertatis*⁴⁷⁹ del individuo, motivo por el que hay un choque de intereses desde la etapa de investigación.

Entre el *ius puniendi* y el *ius libertatis*, debe haber un equilibrio, por lo que es importante establecer el momento en que empieza cada uno de ellos o legitimación del Estado para investigar los delitos y el derecho del inculcado de defenderse; el ejercicio de *ius puniendi* es preparado para después ser ejercido, lo que acontece cuando el Ministerio Público tiene conocimiento de un hecho delictivo, que en el sistema procesal mexicano es cuando hay denuncia o querrela en contra del indiciado, motivo por el que inicia desde la averiguación previa y por lo que respecta conforme a nuestra Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, el derecho de defensa del individuo, haciendo una interpretación del artículo 20 Constitucional, empieza desde el momento que se le pretenda tomar declaración, entrevistarlo o esté detenido, porque hasta ese momento tiene acceso a los registros de investigación, como puede observarse de la fracción VI, del referido artículo.

Lo anterior, respecto del momento de cuando es preparado el *ius puniendi*, tiene su razón de deber ser en cuanto que formalmente la condición de imputado se adquiere desde el momento “que la autoridad judicial comunica a una persona que, en un proceso que se está siguiendo por la comisión de determinados hechos delictivos⁴⁸⁰”, sin embargo **la imputación** es un presupuesto para la apertura juicio para el pronunciamiento judicial en la sentencia judicial del *ius puniendi*, por lo que la imputación se materializa en un momento anterior a la etapa judicial, como lo es en cualquier etapa del procedimiento, es por ello que decimos que materialmente *ius puniendi*, es preparado desde la averiguación previa, porque sustancialmente el órgano investigador forma parte del Estado y en palabras de Víctor Moreno Catena, refiere:

⁴⁷⁹ Moreno Catena, Víctor, “La imputación el proceso penal”, en E. R. Zaffaroni (coord.), *El proceso penal, sistema penal y derechos humanos*, México, Porrúa, 2000, p. 54.

⁴⁸⁰ *Ibidem*, p.72.

“La imputación... debe de tener un momento anterior a aquél, es decir, dentro de la instrucción lato sensu considerada; de todos modos, puede provenir de diferentes actuaciones procesales, de todas las cuales deriva una imputación y la consiguiente constitución de una persona en la condición de imputado⁴⁸¹”.

El Estado por medio de sus órganos, en el procedimiento de investigación, es decir, los agentes del Ministerio Público, una vez que tiene conocimiento de un hecho delictuoso, activa la maquinaria gubernativa, de lo cual no hay duda, los cuales tienen calidad de parte y autoridad en la etapa investigadora, para poder emplear los medios de apremio cuando se requiera, teniendo por finalidad la averiguación previa, realizar todas las diligencias para acreditar el cuerpo del delito, ahora, el hecho delictuoso, y como parte que es también el Ministerio Público, tratará de buscar todas las pruebas convenientes para ejercitar su pretensión ante los órganos jurisdiccionales, además por lo que respecta a los datos de prueba es un hecho sabido que su pueden: alterar, modificar, ocultar, y los atestes se pueden inclinar para hacer responsable al indiciado⁴⁸².

Entonces la pregunta es, cual es el momento idóneo y legal para que inculpado empiece a ejercitar su derecho humano para proteger su *ius libertatis*, situación que por lógica jurídica, nos indica que en casos iguales hay el mismo resultado, y en el aspecto normativo nos lleva a afirmar que ambas partes, el ministerio público y el imputado, deben de empezar a recabar pruebas, sin que haya ventajas para ninguno de ellos, la respuesta es: desde el momento en que haya en contra del inculpado una imputación en su contra, para que haya la misma oportunidad de recabar datos de pruebas, poder observar que no han sido modificadas, alteradas, ocultadas; con el objetivo de que los actos preliminares al juicio haya la seguridad jurídica que fue llevada en forma justa en igualdad procesal en contra del inculpado.

⁴⁸¹ *Ibidem*, p.86.

⁴⁸² *Cfr. López Ugalde*, Antonio, Procuración de Justicia y Derechos Humanos propuestas y análisis, México, CDHDF, 2003, pp. 13 y 14.

Es por ello que el conocimiento de forma inmediata que se realice al inculpado de la imputación que hubiere en su contra es fundamental, porque con ella se supera la cuestión inquisitiva en su forma más aguda y radical⁴⁸³, como es llevar actos de investigación a sus espaldas⁴⁸⁴, lo que se evita por medio del acto de tener informado al inculpado de la imputación que hay en su contra⁴⁸⁵, dicha calidad de imputado⁴⁸⁶ se puede adquirir por detención, la adopción de medidas cautelares, la admisión de la denuncia o querrela, cualquier actuación procesal, el auto de procesamiento.

Por medio del principio de contradicción en la etapa de investigación que permite al indiciado a “tomar conocimiento de las actuaciones, a proponer la práctica de diligencias y a intervenir en la práctica de las mismas⁴⁸⁷”, para que haya una igualdad de armas procesales desde el inicio del procedimiento; en el artículo 20 Constitucional apartada B, en sus distintas fracciones pretende llegar a una aproximación de este principio, sin embargo en la realidad se torna insuficiente porque el derecho de tener acceso a los registros de investigación en “el momento que se le pretenda tomar entrevista o declaración”, lo que en la práctica se materializa en investigaciones secretas hasta que se actualizan esos supuestos, además que como se refirió anteriormente el artículo 20 Constitucional en su fracción VII, en relación con la fracción X, otorgaba la garantía facilitar todos los datos de solicite para su defensa, mientras que conforme a la actual redacción de dicho artículo Constitucional, pareciera que lo circunscribe el referido derecho a la etapa del proceso; así mismo en la práctica jurídica se observa también la necesidad de una intervención directa cuando se estén recabando los datos de prueba por parte del agente del Ministerio Público, para tener la certeza de que no se han manipulado, alterado, ocultado, los datos de pruebas en la etapa de investigación.

⁴⁸³ Cfr. Moreno Catena Víctor, *op. cit.*, nota 479, p.89.

⁴⁸⁴ Cfr. *Ibidem*, p.86.

⁴⁸⁵ Cfr. *Ibidem*, p.89.

⁴⁸⁶ Cfr. *Ibidem*, p.86.

⁴⁸⁷ Ortells Ramos, Manuel, “Los principios rectores del proceso penal”, XV Congreso Mexicano de derechos procesal, México, UNAM, 1998, serie A, b) Textos y estudios legislativos, núm.199. p. 539.

El derecho de contradicción está limitado en el artículo 20 Constitucional, por las razones mencionadas, por lo que es necesario establecer el derecho del indiciado de ser informado por parte del Ministerio Público de todo acto de imputación que haya hacia el investigado, de “*forma inmediata*”, que permita una defensa oportuna sin ventaja de algunas de las partes, aunado que también se requiere que el indiciado pueda hacer una defensa material oportuna e intervenir en los actos de investigación, porque no es lo mismo tener acceso a los datos de investigación sobre lo ya investigado discrecionalmente por el órgano investigador, a la situación de poder intervenir en las diligencias, es decir, estar presentes para tener la certeza de que las diligencias han sido recabadas sin favoritismos o se hayan modificado o alterado las pruebas; siendo necesario positivar el principio de contradicción en la etapa investigadora, lo que puede permitir una interpretación más amplia de los derechos que se tienen en la etapa investigadora, en razón que conforme la presente redacción del artículo 20 Constitucional, en su apartado A, establece los principios en la etapa del proceso, pero no en la etapa de investigación y la garantía respecto de tener acceso a los registros de investigación en el momento que se le pretenda tomar declaración o entrevista, origina en ocasiones investigaciones secretas en contra del indiciado de tinte inquisitorial, contrario a lo que propugna el mismo artículo 20 Constitucional sobre que el proceso será acusatorio.

La legitimidad del Estado de perseguir los delitos, en el sistema procesal mexicano comienza desde el momento en que se inicia la averiguación previa, una vez que se ha cumplido el requisito de procedibilidad, por medio de denuncia o querrela según correspondiere, lo que tiene su fundamento en el artículo 21 de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, momento en que el Ministerio Público realiza las diligencias necesarias para acreditar anteriormente el cuerpo del delito, ahora el hecho delictuoso, mientras, el indiciado tiene el derecho de “tener acceso a los registros de investigación”, cuando es detenido, respecto a esta situación es correcta pero, ante investigaciones sin detenido, en cuanto tenga acceso a los registros de investigación hasta se le pretenda tomar

declaración, entrevistarlo, situación que es desigual para el indiciado, lesionando el derecho de defensa y debido proceso.

Una vez que se ha hecho mención del momento en que inicia la legitimación del Estado para perseguir los delitos, se entiende por lógica jurídica que también debe de empezar la defensa del indicado, pero la garantía contenida en el artículo 20 fracción VI, de los momentos en que “tiene derecho el imputado a los registros de investigación”, pareciera que tiene informado al indiciado, pero no es así, ya que todas las diligencias de investigación realizadas por el Ministerio Público sin conocimiento del imputado, son a espaldas o en secreto hasta que tiene acceso el indiciado a la carpeta de investigación; secrecía de las actuaciones en la etapa preliminar que en otros sistemas ha sido superado, como es por la Legislación de España tal como se puede observar en la Ley de enjuiciamiento criminal en el artículo 118:

“Artículo 118. La admisión de denuncia o querrela y cualquier actuación procesal de la que resulte la imputación de un delito contra persona o personas determinadas, será puesta inmediatamente en conocimiento de los presuntamente inculcados...⁴⁸⁸”.

Dicha reforma a la ley de enjuiciamiento criminal del país de España opera desde la ley 53/1978⁴⁸⁹, “la que concede una decidida intervención del imputado también durante la fase de investigación, llevando en buena medida la contradicción en ella⁴⁹⁰”, nótese que lo que se pretende con dicha disposición que el indiciado, es aumentar en la medida que se pueda el principio de contradicción en esa etapa del procedimiento penal.

Por lo que respecta al Estado Mexicano, es bien sabido de las arbitrariedades que a veces se comenten en la etapa inicial o preliminar de investigación, en las agencias del Ministerio Público, en buena medida porque el

⁴⁸⁸ Ley de Enjuiciamiento Criminal Español, vigente todavía en el 2013.

⁴⁸⁹ Moreno Catena Víctor, *op. cit.*, nota 479, p.56.

⁴⁹⁰ *Idem.*

artículo 20 Constitucional puede generar como lo estadísticamente lo ha estudiado la Comisión de derechos Humanos del Distrito Federal, lo siguiente:

“2. ALTERACIÓN DE LOS HECHOS Y CONTROL DE LOS MEDIOS DE PRUEBA DURANTE LA AVERIGUACIÓN PREVIA

En la muestra de quejas se denuncia reiteradamente que el ministerio público y la policía judicial incurren en la práctica de distorsionar, alterar, inventar u ocultar hechos relacionados con los delitos de los que tienen conocimiento. Esas acciones se relacionan estrechamente con la manipulación de los medios de prueba que, según sostienen diversos quejosos, es utilizada durante la averiguación previa, entre las que se cuentan las presiones ejercidas sobre los testigos, la víctima del delito y el acusado, así como los obstáculos a la víctima o al acusado o al acusado para que ofrezcan pruebas⁴⁹¹.

Es por todo lo antes mencionado la necesidad de una reforma Constitucional que establezca de forma clara y precisa respecto:

- Que le serán facilitados todos los datos de prueba también en la etapa preliminar ministerial de investigación de los delitos.
- El derecho de ser informado el imputado de la imputación de forma inmediata.
- Especificar que el derecho de defensa inicia desde el momento que hay imputación en contra del presunto responsable, la facultad del imputado de estar presente al momento que el ministerio publico recaba pruebas, como son testimonios, declaraciones, inspecciones, etc.
- El derecho del indiciado de conocer de forma previa y detallada de los hechos que se le imputan, en la etapa inicial o preliminar de investigación, antes de rendir su declaración, con tiempo suficiente para preparar su defensa (cuando es sin detenido).
- El derecho de proponer diligencias y periciales de forma particular.

⁴⁹¹ López Ugalde Antonio, *op. cit.*, nota 482, p. 13.

Normatividad que fortalecerá la igualdad procesal en la etapa preliminar ministerial de investigación del delito y asimismo ante el incumplimiento como consecuencia jurídica la nulidad de actos que contravengan estos derechos.

Conclusiones.

1. El derecho de defensa conforme a lo manifestado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Leyva vs Ecuador, párrafo 62, “surge desde el momento en que ordena investigar a una persona [...], el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese momento”; es por ello que no es viable, y va en contra del artículo 8.2 b, de la Convención Interamericana; las fracciones III y VI, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, respecto el derecho de defensa es ejercido por indiciado hasta que imputado comparece al Ministerio Público o hasta que se le pretenda tomar declaración o entrevistarle, preceptos constitucionales que originan investigaciones secretas en contra del indiciado.

1.1. En el momento que el Estado ordena una investigación en contra de una persona, (en el supuesto de sin detenido), nace el derecho de defensa y las diligencias sin conocimiento del indiciado o ya sean secretas o en “reserva”, hasta en tanto no sean notificadas de forma previa y detallada antes de la primera declaración, lesionan el derecho humano de debida defensa contenido en el artículo 8.2 inciso b, c, de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

1.2. La defensa técnica, material, sin que se cumpla el principio de contradicción, genera que el abogado o el inculcado, sean observadores del poder ilimitado del Estado para poder afectar los derechos fundamentales tutelados por la Constitución y tratados internacionales.

1.3. La debida defensa es parte del debido proceso o a un justo proceso, la igualdad es sinónimo de justo, siendo elemento radical el pleno ejercicio de derecho humano de defensa en la etapa preliminar del procedimiento de

investigación porque es una “instancia procesal” y el Ministerio Público “se encuentra en una situación de poder”, etapa del procedimiento que son aplicables los derechos humanos que se contienen en el artículo 8° de la Convención Interamericana de Derechos Humanos (Véase caso planteado ante CIDH, Tribunal Constitucional vs. Perú de fecha 31 de enero de 2001), y en caso que no estén contenidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, las autoridades de nuestro país de México, están obligadas a cumplirla conforme al principio de convencionalidad y de acuerdo al artículo 1 y 133 de nuestra Carta Magna.

1.4. El debido proceso en su aspecto *due process sustantivo*, es un control sobre la discrecionalidad administrativa, como es el caso de la etapa preliminar de investigación, para que los agentes del Ministerio Público, respeten el conjunto mínimo de garantías procesales que integran el debido proceso como es la igualdad procesal de las partes.

1.5. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 20 fracciones III, VI, (cuando hay investigación sin detenido), respecto de que el imputado tiene derecho a que se le informe de los datos de investigación hasta que comparezca al Ministerio Público, o tener derecho al acceso de los registros de investigación cuando se le pretenda tomar declaración o entrevistarle, respectivamente; van en contra del artículo 8.2 b, de la Convención Americana, conforme lo argumentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en el caso Leiva vs Ecuador en su párrafo 30, al decir; “...Para que el mencionado artículo satisfaga los fines que le son inherentes, es necesario que la notificación ocurra previamente a que el inculcado rinda su primera declaración ante cualquier autoridad pública”. Es clara la CIDH, en cuanto que debe ocurrir una notificación previa de la acusación o imputación y no en el mismo momento en el que acude ante el Ministerio Público o se le vaya a tomar declaración al imputado como acontece en el sistema procesal mexicano.

1.6. El derecho de defensa inicia desde el momento que una persona es señalada como posible autor o participe de un hecho delictuoso, como lo hizo ver CIDH, en

el caso Leiva vs Ecuador en su párrafo 29: “Ahora bien, el derecho a la defensa debe necesariamente poder ejercitarse desde que se señala a una persona como posible autor o participe de un hecho punible y solo culmina cuando finaliza el proceso”; por lo argumentado por la CIDH, se deduce que la contradicción de tesis emitida por nuestros Tribunales Federales, es contraria o lesiona el derecho humano contenido en la Convención Americana en el artículo 8.2.b , al prescribir entre otras situaciones que el derecho de defensa del imputado debe ejercitarlo hasta que comparece al Ministerio Público, contradicción titulada: AVERIGUACIÓN PREVIA. EL DERECHO DEL INDICIADO PARA OFRECER PRUEBAS ESTÁ CONDICIONADO A QUE COMPAREZCA PERSONALMENTE ANTE LA AUTORIDAD MINISTERIAL (LEGISLACIÓN FEDERAL). Décima Época; Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Primera Sala; Libro IV, Enero de 2012, Tomo 3, página 2130 .

2. La Corte interamericana ha interpretado de forma amplia el derecho “comunicación previa y detallada al inculpado de la acusación formulada” contenido en la Convención en el artículo 8.2 b, que es aplicable incluso antes de que se formule una acusación, tal como se prescribe en el caso Leiva vs Ecuador, párrafo 30: “Por todo ello, el artículo 8.2 b, convencional rige incluso antes de que se formule la <acusación>, en sentido estricto...”; es por ello que este artículo es aplicable también en la etapa inicial o preliminar de investigación.

3. De los derechos fundamentales que tiene el indiciado en la etapa preliminar del delito está el contenido en el artículo 8.2 c, de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, consistente en la “concesión del inculpado del tiempo y de los demás medios adecuados para la preparación de la defensa”, y respetar en todo momento el contradictorio, tal como lo hizo ver la CIDH, en el caso Leiva vs Ecuador, al decir en el párrafo 54: “Uno de los derechos fundamentales es el derecho a contar con el tiempo y los medios adecuados para preparar la defensa, previsto en el artículo 8.2.c de la Convención, que obliga al Estado a permitir el acceso del inculpado al conocimiento del expediente llevado en su contra. Asimismo, se debe respetar el principio de contradictorio, que garantiza la

intervención del indiciado en el análisis de la prueba”. El contradictorio en la etapa inicial o preliminar de investigación en los Estados Unidos Mexicanos, no es llevado de forma plena, porque la Constitución Federal, al carecer de disposición para que al imputado le sea notificado de forma previa la imputación previa que hubiera en su contra en razón que en sus fracciones III y VI, (cuando es sin detenido), el derecho de defensa conforme a estas disposiciones legales no empieza con la imputación que hubiera en contra del indiciado, sino hasta que comparece al Ministerio Público, o hasta que se le pretenda tomar declaración o entrevistarle, lo que genera investigaciones secretas en contra del indiciado.

4. La CIDH, desaprueba las investigaciones secretas y por ello todos aquellos ordenamientos jurídicos que lo propicien, al decir en el caso *Leiva vs Ecuador* en su párrafo 29: “...En efecto, impedir que la persona ejerza su derecho de defensa desde que se inicia la investigación en su contra y la autoridad dispone o ejecuta actos que implican afectación de derechos es potenciar los poderes investigativos del Estado en desmedro de derechos fundamentales de la persona investigada...”.

5. Cuando el Estado mediante disposiciones jurídicas ya sean constitucionales o adjetivas prescriba que la investigaciones son secretas (aunque se establezca con termino de “reservadas”) , tal como se deduce de forma indirecta de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en sus fracciones III y VI, (cuando es sin detenido), respecto al derecho de que se le informe de las investigaciones hasta que comparezca al Ministerio Público o derecho al acceso de los registros hasta que se le pretenda entrevistar o declarar, o como acontece con el Código Nacional de Procedimientos Penales, *no lo puede hacer de forma amplia*, porque como se mencionó la CIDH, en el caso *Leiva vs Ecuador*, ha argumentado del derecho del imputado contenido en el artículo 8.2 b, lo siguiente: que el derecho de defensa “surge desde el momento en que ordena investigar a una persona” (párrafo 62), “es necesario que la notificación ocurra previamente” (párrafo 30) y además por lo siguiente: “...la obligación del Estado de garantizar en la mayor medida posible de las investigaciones y la imposición de sanciones a quienes resulten culpables, el poder estatal no es ilimitado. Es preciso que el

Estado actúe <dentro de los límites y conforme a los procedimientos que permiten preservar tanto la seguridad pública como los derechos fundamentales de la persona humana>”. Por lo que se concluye que aunque el Estado tiene la facultad de crear leyes para el éxito de las investigaciones y mantener momentáneamente en secreto estas, su poder no es ilimitado y debe preservar los derechos fundamentales de la persona humana como es el contenido en el artículo 8.2 b, c, de la Convención Interamericana de Derechos Humanos.

5.1. La obligación del Estado de garantizar la seguridad pública mediante las investigaciones para limitar el derecho de defensa por medio de diligencias secretas, supuesto que debe ser considerado la excepción, debe ser fundado cumpliendo con los principios de *legalidad, idoneidad, necesidad, proporcionalidad*, en caso contrario se contravendrá el derecho humano de debida defensa contenido en el artículo 8.2.c, de la Convención Interamericana de Derechos Humanos. (Cfr. Sentencia de la CIDH caso Leiva vs Venezuela, párrafo 55).

6. La ineficacia de la Constitución en materia de procedimiento preliminar de investigación ministerial del delito, es en parte porque es muy abstracta, lo que hace que los operadores y quienes interpretan la ley, lo hacen a veces de forma restringida al no reconocer lo que implica en toda su amplitud el derecho de defensa, debido proceso, igualdad procesal, y ante esa situación, conforme la realidad jurídica de las arbitrariedades que se cometen en las agencias del Ministerio Público en la etapa ministerial de investigación, motivo por el que deberá tener la Constitución términos más precisos respecto estas figuras para que no haya interpretaciones erróneas, insuficiente, contrarias, a lo que establecen los propios principios que se consagran en nuestra ley fundamental y los tratados internacionales.

6.1. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, limita el derecho de igualdad procesal del imputado, en las investigaciones secretas (en reserva) al no poder conocer, intervenir, proponer diligencias de inmediato o en la prontitud

necesaria para que el indiciado esté en igualdad procesal con el Ministerio Público.

6.2. En ocasiones la ineficacia de la Constitución, es por la interpretación de operadores jurídicos, aplicarla incorrectamente, legislar negligente la ley secundaria lo que origina la distorsión, modificación, menoscabo, de los principios otorgados en la Constitución sin respetar los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales: respecto las garantías procesales del indiciado en la etapa investigación ministerial estaban de forma meridiana protegidos, pero conforme las reformas de 18 de junio del 2008, la actual redacción del artículo 20 Constitucional , apartado “B”, queda a interpretación y son suprimidas algunas garantías en favor del indiciado en la etapa ministerial de investigación del delito, porque el termino imputado se entiende formalmente cuando el Ministerio Público hace la imputación ante el juez de control, y el artículo 20 Constitucional apartado B, lo define como imputado por lo que queda a interpretación si las garantías contenidas en su IV (Se le recibirán los testigos y demás **pruebas** pertinentes que ofrezca...), VI (Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el **proceso**.), vigentes, sean aplicados al procedimiento preliminar de investigación ministerial, lo que en su anterior redacción, antes de la reforma de 18 de junio del 2008, lo especificaba en su fracción X, que las fracciones V y VII, (que contenían semejantes derechos), también iban hacer observadas en la averiguación previa, por lo que se observa que conforme la actual redacción en su fracción VI, es especifica de que le facilitaran todos los medios de prueba hasta el proceso, por lo que conforme la redacción vigente del 20 Constitucional, suprime ese derecho fundamental en la etapa investigadora.

6.3. El principio de contradicción, parte del debido proceso, está de forma endeble garantizado en el artículo 20 Constitucional, apartado B, fracciones III y VI, en la etapa de investigación ministerial del delito, respecto que el imputado tiene el derecho a que se le informe de los hechos que se le imputan hasta que se presente ante el Ministerio Publico o acceso a los registros de investigación al momento que se le pretenda tomar declaración o entrevistarlo, hipótesis que

originan investigaciones secretas hasta tanto no sea notificado el indiciado de la imputación que hubiere en su contra.

6.4. El sistema jurídico procesal acusatorio es para todo el procedimiento por lo que es contrario que en la etapa de investigación sea secreto (reserva de actuaciones), situación que acontece con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, al prescribir en su artículo 20 apartado A, que el proceso es acusatorio, mientras que en apartado B, fracciones III y VI, el imputado, interpretado a contrario sensu, no tiene derecho a que le sea informado de la investigación hasta que comparezca al Ministerio Público o se le pretenda tomar su declaración o entrevistarle, lo que genera investigaciones secretas.

7. El derecho humano de defensa debe entenderse ampliamente conforme a los tratados internacionales que tutelan derechos humanos, y por lo que corresponde al sistema jurídico Mexicano fue limitado por las reformas de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que ha sido responsabilidad de sus reformadores y una inadecuada interpretación de nuestros máximos Tribunales Federales de Justicia del Estado Mexicano, al establecer que el derecho de defensa es ejercitado cuando el indiciado comparece al Ministerio Público (artículo 20 Constitucional fracción III) o tendrá acceso a los datos registros de investigación cuando se le pretenda tomarlo o tomarle declaración (fracción VI), cuando es claro que la defensa inicia desde el momento que una persona es señalado “como posible autor o participe de un hecho punible”, que en nuestro sistema procesal mexicano acontece cuando hay una denuncia o querrela; la Corte Interamericana ha resuelto al respecto: “Si el derecho a la defensa surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona..., el investigado debe tener acceso a la defensa técnica desde ese mismo momento...”. (Véase párrafo 62 de la sentencia de la CIDH *Leiva vs Venezuela*).

8. Las garantías procesales mínimas que debe cumplir el Ministerio Público, en la etapa preliminar de investigación son las contenidas en el artículo 8° de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que aunque se refiere a

garantías judiciales, también son aplicadas al procedimiento administrativo (Véase la sentencia de fecha 17 de noviembre 2009 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Barreto Leiva vs Venezuela).

8.1. La realidad jurídica existente en el Estado Mexicano respecto la actuación del Ministerio Público en las investigaciones preliminares de investigación son: en ocasiones la abstención de ejercitar la acción penal; subsiste la práctica de retardar, entorpecer, desvirtuar, bloquear investigaciones; facultades que le permiten ejercer arbitrariamente la acción penal; la práctica de distorsionar, alterar, inventar u ocultar hechos relacionados con los delitos de los que tienen conocimiento; la manipulación de los medios de prueba; presiones ejercidas sobre los testigos, la víctima del delito y el acusado, así como los obstáculos a la víctima o al acusado para que ofrezcan pruebas, etc., lo que acontece y es llevado a cabo ante la ineficacia constitucional en materia del procedimiento penal en la etapa de investigación ministerial, para garantizar el debido proceso conforme al artículo 8º de Convención Interamericana de Derechos Humanos.

8.2. El Ministerio Público en la etapa preliminar de investigación del delito, es parte y autoridad en el sistema jurídico mexicano, atribuciones que una misma institución resultan facultades extralimitadas, al tener el mando en la fase de averiguación previa y obligación de ejercitar la acción penal, así como la facultad de reunir los datos de prueba con toda la maquinaria gubernamental que considere pertinentes para su objetivo institucional y en la actualidad es dependiente del poder ejecutivo.

8.3. La averiguación previa es la institución legal del Estado para dar seguridad pública a los ciudadanos y a su vez es garantía para el indiciado para que tenga seguridad jurídica del procedimiento que se lleva en su contra.

8.4. Los requisitos de procedibilidad de denuncia o querrela, para que se pueda investigar a las personas es garantía de seguridad jurídica, que individualiza a la persona investigada para evitar pesquisas, delaciones, inquisiciones generales en

contra de cualquier ciudadano inocente, por parte de las autoridades, principalmente de los cuerpos policíacos.

8.5. Las diligencias de investigación por parte del Ministerio Público en colaboración de los policías, así como los que impliquen actos de molestia en contra de una persona, requiere tener una defensa adecuada, material y técnica, es por ello que la inspección de personas como lo establece el Código Nacional de Procedimientos Penales, en caso que no se haya iniciado una averiguación previa, es anticonstitucional al no cumplir los requisitos que se debe cumplir para todo acto de molestia como tampoco se cumple el derecho humano de defensa.

8.8. Los actos de investigación, sin que tenga conocimiento el indiciado, implica un procedimiento secreto, en el que se lesiona el derecho de defensa lo que puede generar su nulidad, y condena de gastos y costas como se observa en el caso internacional de Leiva vs Venezuela que resolvió la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

8.9. La defensa material y técnica, en hechos concretos se materializa por medio de la contradicción, sin esta, el abogado e indiciado son simples observadores que en muchas de las ocasiones ratifican y por lo mismo dan legalidad de las actuaciones del Ministerio Público.

9. El principio de inocencia aunque lo establezca la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos, con las reformas de fecha 18 de junio de 2008, al reducir el estándar para el libramiento de una orden aprehensión cuando reformó “cuerpo del delito por “hecho que la ley señala como delito”, fue reducido este principio, situación que afecta desde la etapa preliminar del delito hasta el juicio.

9.1. En termino actual de un “hecho que la ley señale como delito”, sin que se demuestre los “elementos del tipo penal” o por lo menos “cuerpo del delito”, sin que tenga por demostrado por lo menos el elemento “dolo”, es retroceder a épocas medievales en donde predomina el “la presunción de culpabilidad”, *en perjuicio del principio de inocencia.*

9.2. Las medidas de protección, precautorias, cautelares, cuando están sustentadas con datos de pruebas que el Ministerio Público, recabados de forma unilateral sin que hubiera existido contradicción oportuna e inmediata del indiciado, restringe el principio de debida defensa y el principio de inocencia.

9.3. Los datos de pruebas reunidos en la etapa preliminar de investigación del delito, sin que sean reproducidos materialmente, como es por ejemplo el llamar nuevamente a los órganos de prueba (testigos, peritos, policías, víctima, etc.), que son los elementos por el que la autoridad valora para la emisión de medidas ya sea de protección, precautorias, cautelares, lesionan el principio de inocencia, por no haber un contradictorio inmediato mediante la aportación de medios de pruebas, diligencias, ello implica conformarse con diligencias en las que no estuvo presente el indiciado.

9.2. Una de las características de las medidas cautelares y providencia precautorias es que impera el principio "*inaudita pars*", que consiste en otorgar el mínimo del derecho de contradicción a la contraparte, traduciéndose en una pena anticipada sin el debido proceso, lesionando el debido proceso, defensa, principio de contradicción, igualdad procesal y principio de inocencia.

9.3. La imposición de providencias precautorias en la etapa preliminar de investigación, o medidas cautelares ante el órgano jurisdiccional, resultan peligrosas ante la disminución de estándar de seguridad para girar una orden de aprehensión, el exiguo contradictorio en la etapa preliminar de investigación, diligencias secretas, la posibilidad que los datos de pruebas sean alterados, la aplicación de medidas precautorias para poder congelar cuentas bancarias, embargar bienes, a lo que lleva como consecuencia que a cualquier persona, ya sea político, profesor, ama de casa, comerciante, en el momento que sea, la ley le puede cambiar su vida, dejarlo sin libertad, bienes, estabilidad familiar y con un desprestigio hacia su persona, por normas jurídicas del sistema mexicano procesal penal que no cumplen con el debido proceso.

10. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, requiere una reforma en la cual se le otorgue igualdad procesal al indiciado como es el derecho de que le sea informado en la prontitud posible de denuncia o querrela que hubiera en su contra; derecho a intervenir, estar presente y proponer diligencias de inmediato cuando las circunstancias lo permitan en ante el Ministerio Público. Restablecer los derechos procesales que se contenían antes de la reforma de 18 de junio del 2008, en sus fracciones X, que a su vez no remitía que los derechos contenidos en las fracciones V (derecho a que se le reciban pruebas), para fortalecer el derecho de contradicción y fracción VII (el derecho que se le facilitaran todos los datos que solicite para su defensa), para tratar de evitar investigaciones secretas. Así como el reestructurar en nuestro sistema jurídico por medio de reforma constitucional respecto del momento en que inicia la defensa del indiciado, considerando lo establecido por la CIDH, respecto la defensa consistente en que esta: “surge desde el momento en que se ordena investigar a una persona”, y como actualmente lo establece nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 20, apartado B, que el imputado tiene derecho a que se le informe de las investigaciones hasta que se presente al Ministerio Público, (fracción III) o hasta que se le pretenda tomar declaración o entrevistarle (fracción VI), “garantías”, que propician en ocasiones investigaciones secretas en contra del indiciado. Así también reestructurar lo concerniente que de la notificación previa y detallada que debe tener el imputado antes de su declaración y no como lo prescribe la Constitución Federal respecto que tendrá “acceso a los registros de investigación...cuando se le pretenda recibírsele declaración o entrevistarle”, porque conforme al art. 8. 2 b, de la Convención Interamericana de Derechos Humanos, la notificación debe “ser previa y detallada”, y no al instante que se va a recibírsele declaración al indiciado.

11. Es necesario implementar la garantía procesal constitucional a favor del indiciado de ser informado inmediatamente de la denuncia o querrela que exista en su contra para fortalecer el contradictorio, la igualdad procesal a favor del investigado, para evitar diligencias secretas en el procedimiento preliminar o inicial de investigación en el sistema procesal mexicano.

BIBLIOGRAFÍA.

Alcalá, Zamora y Castillo, Niceto, El antagonismo juzgador partes, situaciones intermedias y dudosas, *Estudios de teoría general e historia del proceso*, México, UNAM, 1974, t. I, pp. 305 y 306.

Andrade, Covian Miguel, *Diez estudios antidogmáticos sobre el sistema constitucional mexicano*, México, Centro de Estudios de Ingeniería Política y Constitucional. A. C., 2009, p. 5.

Bacigalupo Enrique, *Principios Constitucionales de derecho penal*, Argentina, 1999, Editorial Hammurabi.

Balvin Álvarez, Jesús William, *Globalización de los Derechos Humanos repensando la condición humana*, Colombia, Instituto Popular de Capacitación, 2003, pp. 17 y ss.

Bañuelos, Sánchez, Froylan, *Nueva práctica civil forense*, ed. 12°, México, Ed. Sista, 1991, p. II.

Barragán Salvatierra, Carlos, *Derecho procesal penal*, 3ª ed., México, Ed. Mcgrawill, 2009, p. 369.

Burgoa, Orihuela, Ignacio, *Las garantías individuales*, 7° ed., Porrúa S. A., México, 1972, p. 50.

Carbonell Miguel, *Constitución, reforma Constitucional y fuentes del derecho en México*, México, UNAM, 1998, serie G, estudios doctrinales núm. 197, p. 117.

Carnelutti Francesco, *Cómo se hace un proceso*, trad. Santiago Sentís Melendo y Marino Ayerra Rendín, Buenos Aires, Ed. EJE, 1965.

Carnelutti, Francesco, *Cuestiones sobre el proceso penal*, trad. Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Librería el Foro, 1960, pp. 136,137.

Carpizo, Jorge, “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, *Revista Mexicana de derecho constitucional*, México, núm. 25, julio – diciembre 2011, p. 3.

Castillo Alva, José Luis, “El derecho a ser informado de la imputación”, en Percy García Caverro (coord.), *Temas Penales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Anuario de derecho penal 2008*, Perú, Fondo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2009, pp. 189-223.

Castillo del Valle Alberto, *Derechos Humanos Garantías y Amparo*, ed. 3ª, México 2012, EJE, p. 20.

Chacón Rojas, Oswaldo, *Las medidas cautelares en el procedimiento penal acusatorio*, México, SEGOB, 2008, p. VIII.

Chorres Benavente, Hesbert, *Nuevo Código de Procedimientos Penales del Estado de México*, México, Ed. Flores Editor, 2009, p. 2.

Clariá Olmedo Jorge A., *Derecho Procesal Penal Tomo I*, Editorial Rubinzal-Culzoni, Argentina 1981, p. 60.

Constantino Rivera, Camilo, *Medidas cautelares en el sistema acusatorio*, México, ED. MaGister, 2012, p. 21.

Corzo Sosa, Edgar, “La justicia Constitucional en México”, *Justicia Constitucional comparada*, México, UNAM, 1998, serie B: Estudios comparativos, b) estudios especiales núm. 27, 1993, pp. 11-29.

Cruz Cruz, Jesús Víctor, “La autonomía del Ministerio Público”, en Álvarez Arredondo Ricardo (coord.), *La reforma del Estado en blanco y negro*, México, Editorial Centro de producción, 2007, p. 111.

Del Castillo del Valle Alberto, *Derechos Humanos Garantías y Amparo*, ed. 3ª, México, EJE, 2012, p.

Díaz Aranda, Enrique, Prólogo en *Las falsas divergencias de los sistemas inquisitivo y acusatorio*, UNAM, serie de estudios jurídicos, núm., 201, 2012, p. X.

Di mani Gerardo/Horacio Obligado, *Las nulidades en el proceso Penal*, 2º edición, Perú, Ediciones Jurídicas del Centro, 2011.

Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. Marta Guastavino, 7ª Ed., España, Ed. Ariel, 2009, pp. 43 y ss.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón, teoría del garantismo penal*, trad., de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Madrid, Ed. Trotta, 1995, p. 531 y ss.

Ferrer Mac-Gregor Eduardo, *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional: garantías Constitucionales del proceso y el derecho Constitucional Procesal*, México, UNAM, 2013, p. 135

Ferrer Mac Gregor Eduardo, "Aportaciones de Héctor Fix Zamudio al Derecho Procesal Constitucional", en Valdés Diego y Hernández María Antonia. (Coords.), *Estudios del Federalismo, justicia, democracia y derechos humano*, Homenaje a Pedro J. Frías, México, serie doctrina jurídica núm. 146 UNAM, 2003.

Fix Fierro, Héctor, *Constitución Política de los Estado Unidos Mexicanos comentada*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1992, p.1.

Fix Zamudio, Héctor, *Constitución y proceso civil en Latinoamérica*, México, UNAM, 1974, serie B, estudios comparativos, d) Derecho latinoamericano núm. 5.

Fix Zamudio, Héctor, *Función Constitucional del Ministerio Público, tres ensayos y un epílogo*, México, UNAM, 2002, p. 94.

Florentín Meléndez, "El debido proceso en el derecho internacional de los derechos humanos", en Mac Gregor, Eduardo Ferrer y Lelo de Lerrea Arturo Zaldivar (coordinadores), *La ciencia del derecho procesal Constitucional, Estudios en Homenaje a Hector Fix Zamudio en sus cincuenta años de investigador del derecho*, Edición Salvadoreña, UNAM, 2013.

Florián, Eugenio, *Elementos de derecho procesal Penal*, Barcelona, Ed. Boch, 1993, p 5.

García Becerra, José Antonio, *Teoría de los derechos humanos*, México, Universidad Autónoma de Sinaloa, 1991, p. 16.

García Ramírez, Sergio, “El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre derechos humanos”, Boletín mexicano de derecho comparado, México, número 117, septiembre - diciembre, 2006,

García Ramírez, Sergio, “El Ministerio Público en la averiguación de los delitos”, *Justicia y sociedad*, México, UNAM, serie G, Estudios doctrinales, número 167, 1994, p. 421.

García Ramírez, Sergio, Estudios jurídicos, *La jurisdicción interamericana sobre derechos humanos, actualidad y perspectivas*, México, UNAM, Instituto de investigaciones jurídicas, serie doctrinaria núm., 30, 2000, p. 279.

Gómez Lara, Cipriano, “El debido proceso como derecho humano”, en Nuria González Martín (coord.), *Sistemas jurídicos contemporáneos, derecho comparado, temas diversos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. II, serie doctrinaria 283, 2006, p. 342.

González de Vega Rene *et al.*, *El Ministerio Público en el Distrito Federal*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997, p. 26.

González Oropeza M., ¿Por qué no se cumplen las leyes en México?, en Castañeda Sabido, F., y Cuellar Vazquez, A. (Coords.), *El uso y la práctica de la ley en México*, México 1997.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo, “El debido proceso constitucional. Reglas para el control de los poderes desde la magistratura constitucional”, *Revista Mexicana de derecho constitucional*, México, número 7, julio - diciembre, 2002, p. 55.

Guastini, Riccardo, Interpretación, Estado y Constitución, Editorial ARA, impreso en Perú 2010, p

Gottfried Wilhelm Leibniz, *Tres ensayos: el derecho y la equidad, la justicia, la sabiduría*, trad. Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1960, p. 291.

Hernández Pliego, Julio, “Denuncia, delación, pesquisa”, en Cienfuegos Salgado, David, y Boanerges Guinto López, Jesús (coord.), *El derecho Mexicano*

contemporáneo, retos dilemas, estudios en homenaje a Cesar Esquinca Muñoa, México, UNAM, 2012, p. 272.

Hoyos Arturo, "Constitución e impartición de justicia: el debido proceso en el nuevo contexto democrático de Latinoamérica", *V Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*, México, UNAM, 1998, p. 439.

Jiménez de Arechaga, Eduardo, "El derecho y la justicia resguardo de la libertad", *Revista Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, San José Costa Rica, núm. 1, 1985, pp. 25-26.

Karel Basak, *Las dimensiones de los derechos humanos*, Serbal Unesco, Barcelona, 1984, v. I, pp. 15 y ss.

López Ugalde Antonio, *Procuración de Justicia y Derechos Humanos en el Distrito Federal (análisis y propuestas)*, CDHDF, México 2003.

Lorca Navarrete, Antonio María, *Proceso y Constitución*, Perú, Ed. Ara editores E. I. R. L., 2011.

Luna Ramos Bernabé, "La defensa en la averiguación previa", *Anuario Jurídico XII 1985*, México, UNAM, 1985, p. 476.

Marco L. Celertti y Hernan L. Folgueiro, *El Ministerio Público en el Proceso Penal*, en J. Maier, Julio (coord.), Argentina, Ed. Ad-hoc, 1993, p. 123.

Medina Quiroga, Cecilia, *La Convención Americana: vida, integridad personal, libertad personal, debido proceso y recurso judicial*, Chile, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho, 2005, p.8.

Montero Aroca, Juan, "La garantía procesal penal y el principio acusatorio", *Justicia y sociedad*, México, UNAM, serie G, Estudios doctrinales, número 167, 1994, p. 535

Moreno Catena, Víctor, "La imputación el proceso penal", en E. R. Zaffaroni (coord.), *El proceso penal, sistema penal y derechos humanos*, México, Porrúa, 2000, pp. 85-86.

Nash Rojas Claudio y Mujica Torres Ignacio, *Derechos humanos y juicio justo*, Ed. RED Interamericana, Lima Perú, 2010, p. 12.

Natarén Nandayapa Carlos F. y Caballero Juárez José Antonio, “Los principios constitucionales del nuevo proceso penal acusatorio y oral mexicano”, en Jorge Witker y Carlos Natarén, México, UNAM, serie de juicios orales, núm. 3, 2014, pp. 30 y ss.

Ollero, Andrés, *Derechos humanos entre la moral y el derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 288.

Ortega Soriano, Ricardo A. (coord.) *et al*, *Aspectos básicos para comprender la reforma constitucional en materia de justicia penal*, México, Comisión de Derechos Humanos en el Distrito Federal, 2011, p. 12.

Ortells Ramos, Manuel, “Los principios rectores del proceso penal”, XV Congreso Mexicano de derechos procesal, México, UNAM, 1998, serie A, b) Textos y estudios legislativos, núm.199.

Pérez Portilla, Karla, *Principio de igualdad, alcances y perspectivas*, México, UNAM. 2005, p. 8

Plascencia, Villanueva, Raúl, *Situación Actual de los derechos Humanos en México*, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, p. 3.

Plascencia Villanueva, Raúl, “El cuerpo del delito”, *Ciclo de Conferencias Magistrales en Torno a los Derechos Humanos*, México, UNAM, 2001, p. 41.

Quintino Zepeda, Rubén, *La orden de Aprehensión y el Auto de Vinculación a proceso*, México 2008, Editorial Ubijus, p. 11

Quiroga León, Anibal, *El debido proceso legal en el Perú y en el sistema Interamericano de Protección de Derecho Humanos*, Lima 2003, Editores juristas, pp. 40-45.

Rodolfo Vázquez, Adolfo, “Soberanía, supranacionalidad e integración: la cuestión en los países del Mercosur”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Argentina, Ed. Konrad Adenauer-Stiftung A.C., ed. 2001, pp. 233-236.

Royo Aristides, “Las medidas cautelares personales en el derecho positivo panameño y el derecho comparado”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Argentina, Ed. Konrad Adenauer-Stiftung A.C., ed. 2002

Salazar Santana, Bernardo Alfredo, La garantía de defensa adecuada, sus alcances en el procedimiento penal”, en David Cienfuegos Salgado y otro (coord.), *El Derecho Mexicano Contemporáneo, estudios en homenaje a Cesar Esquinca Muñoa*, México, UNACH, 2012, p. 517.

Sánchez, Velarde, Pablo. *Manual de derecho Procesal Penal*, Lima, Ed. Idemsa, 2004, p. 166.

Serna P., filosofía del derecho y problemas epistemológicos, traducción, México Porrúa, 2006, pp. 14-50.

Urquidi Acosta, Mariclaire, *La impunidad crónica de México*, México, 2012, CDHDF, p. 19.

Vallespín Pérez, David “Las garantías constitucionales en el proceso penal español”, *XV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, México, UNAM, 1998, serie A, b) Textos y estudios legislativos núm. 119.

Vélez, Mariconde, Alfredo, *Los Principios Fundamentales del Proceso Penal*, Buenos Aires, Ed. Córdoba.

Von Beling, Ernst, *Esquema de derecho penal*, trad. de Carlos M. de Elía, Argentina, El foro, 2002, p. 41.

Zaffaroni Eugenio, Raúl, *El proceso penal, sistema penal y derechos humanos*, México, Ed. Porrúa, 2000.

Zaffaroni Eugenio, Raúl, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (primer informe)*,. Buenos Aires, Ed. Depalma, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Tomo I, 1986, pp. 114 – 115.

Zaffaroni Eugenio, Raúl, *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina (informe final)*, Buenos Aires, Ed. Depalma, Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Tomo II, 1986.

Zaldivar (coordinadores), *La ciencia del derecho procesal Constitucional, Estudios en Homenaje a Hector Fix Zamudio en sus cincuenta años de investigador del derecho*, Edición Salvadoreña, UNAM, 2013, p.112 y ss.

Zamora Pierce, Jesús, "Las garantías procesales penales", *Temas de derecho procesal, Memoria del XIV Congreso Mexicano de Derecho Procesal*, México, UNAM, 1996, p. 245.

REVISTAS. (Hemerografía)

Acosta Romero Miguel, "Las Leyes Marco y su impacto en la seguridad jurídica", *Revista de la Facultad de Derecho de México*, UNAM, México, núm. 183-184, mayo- agosto de 1992.

Agudo Zamora, Miguel y Vázquez Gómez, Eva María, "Hacia una aproximación crítica entre derecho Constitucional y el derecho internacional", *Boletín de derecho comparado*, UNAM, México, núm., 140, mayo-agosto, 2014, pp. 395-416.

Carpizo, Enrique, "El control de convencionalidad y su relación con el sistema Constitucional Mexicano. Hacia una simple actividad protectora de los derechos humanos", *Boletín de derecho comparado*, UNAM, México, núm., 138, septiembre-diciembre, 2013, pp. 939-971.

Darío Rombola Néstor y Martín Roboiras Lucio, *Diccionario Ruy Díaz de Ciencias Jurídicas y Sociales*, Argentina, Ed. Ruy Díaz, 2005, p. 544.

Flores Mendoza, Imer Benjamín, "La concepción del derecho en las corrientes de la filosofía jurídica" *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, México, UNAM, septiembre-diciembre nueva serie XXX, número 90, 1997 pp. 1001-1033.

García Odgers Ramón, "El ejercicio del derecho a defensa técnica en la etapa preliminar del proceso penal", *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, España, núm. 223-224, 2008, p. 142.

García Ramírez, Sergio, “El debido proceso. Concepto general y regulación en la Convención Americana sobre derechos humanos”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, México, número 117, septiembre - diciembre, 2006

Hernández, María del Pilar, “Constitución y derechos fundamentales”, *Boletín de derecho comparado*, UNAM, México, núm., 84, septiembre-diciembre, 1995, pp. 1041-142.

Huerta Ochoa, Carla “El Control de Constitucionalidad, análisis del artículo 105 Constitucional”, *Boletín de derecho comparado*, UNAM, México, núm., 93, septiembre-diciembre, 1998, p. 714.

López Chavarría, José Luis, “El sentimiento constitucional (Aproximación al estudio del sentir constitucional como modo de integración política)”, *Boletín de derecho comparado*, México, UNAM, 1993 núm. 76.

Martínez Bullé y Goyri Victor M. “Reflexiones sobre la dignidad humana en la actualidad”, *Boletín de derecho comparado*, México, UNAM, núm. 136, enero-abril de 2013, pp. 39-67.

Ortega García, Ramón, “La Constitucionalización del derecho en México”, *Boletín de derecho comparado*, UNAM, México, núm., 137, mayo-agosto, 2013, pp. 601- 647.

Ortells Ramos, Manuel, “El procedimiento preliminar en el proceso penal”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, España, núm. 204, 1998, p. 130.

Polanco Braga Elías, “El nuevo sistema de enjuiciamiento penal mexicano”, *Revista de Cultura Jurídica de los Seminarios de la Facultad de Derecho*, UNAM, México, núm. 4, octubre- diciembre de 2011, p. 170.

Salmón Elizabeth, *El derecho al debido proceso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Perú, 2012, IDEHPUCP, p. 24.

Valencia Carmona, Salvador, “Constitución y nuevo proceso penal”, *Revista Mexicana de justicia, reforma judicial*, UNAM, México, núm. 4, enero- junio de 2009, p. 55.

Uribe Arzate Enrique, “Una aproximación epistemológica a los derechos humanos desde la dimensión vivencial pragmática”, *Boletín de derecho comparado*, UNAM, México, núm., 132, septiembre-diciembre, 2011, pp. 1233-1257

Urcuyo Constantino, “Los derechos humanos como objeto de reflexión de la ciencia política”, *Instituto Interamericano de derechos humanos*, San José Costa Rica, TREJOS HNOS. SUCS. núm., 2, julio-diciembre, 1985, pp. 41-66.

LEYES, NORMATIVIDAD JURÍDICA.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Carta de la Organización de los Estados Americanos.

Convención Europea de Derechos Humanos.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Diario Oficial de la Federación 2011.

Diario de los debates del Congreso Constituyente, 1º de diciembre de 1916.

Ley de enjuiciamiento criminal de España (vigente en el año 2013).

Propuesta de texto articulado de Ley de Enjuiciamiento Criminal, elaborada por la Comisión Institucional creada por acuerdo de Consejo de Ministros 2 de marzo de 2012, España.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

El Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

La Convención de Viena

El Código Nacional de Procedimientos Penales.

El Código de Procedimientos Penales para el Estado de México.

Corte IDH, Caso Tibi Vs. Ecuador, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 7 de septiembre de 2004, consulta en la página web <http://www.corteidh.or.cr/casos>.

Corte IDH, Caso Barreto Leiva Vs. Venezuela, Fondo, Reparaciones y Costas, Sentencia de 17 de noviembre de 2009, consulta en la página web <http://www.corteidh.or.cr/casos>.