



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA
DE MÉXICO**

**FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES
ARAGÓN
SISTEMA UNIVERSIDAD ABIERTA Y EDUCACION A DISTANCIA**

**LA TUTELA JURÍDICA DE LA LIBERTAD DEL IMPUTADO
EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN: FASE DE
INVESTIGACIÓN INICIAL (CÓDIGO NACIONAL DE
PROCEDIMIENTOS PENALES**

T E S I S

**PARA OBTENER EL TÍTULO DE
LICENCIADA EN DERECHO**

**P R E S E N T A :
G A B R I E L A B A R R E R A L A G U N A**



Cd. Nezahualcoyotl, Edo. de México



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.

ÍNDICE

	Pág.
INTRODUCCIÓN	I
CAPÍTULO 1. SEMBLANZA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS GARANTÍAS DE LA PERSONA	
1. Los Derechos Fundamentales	2
1.1.1 Soporte Teórico	3
1.1.2 Principios	9
1.1.3 Características	10
1.1.4 Generaciones	10
1.2 Las Garantías de la Persona	12
1.2.1 Fundamento Doctrinario	13
1.2.2 Definición	19
1.2.3 Peculiaridades	25
1.2.4 Elementos	26
1.2.5 Clasificación	32
CAPÍTULO 2. SALVAGUARDA CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD	
2.1 Concepción Filosófica	38
2.2 La Libertad como derecho y como Garantía	54
2.3 Sinopsis sobre las Garantías de Libertad	58
2.4 Las Garantías de Seguridad Jurídica y la Libertad Personal	64
2.5 Un esbozo sobre la Libertad en el Pacto de San José de Costa Rica	68
CAPÍTULO 3. RESTRICCIONES A LA LIBERTAD PERSONAL DE TRÁNSITO (Análisis del Artículo 11 Constitucional)	
3.1 Administrativas	73
3.2 Judiciales	81
CAPÍTULO 4. LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DEL IMPUTADO EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN, FASE DE INVESTIGACIÓN INICIAL (CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES)	
4.1 Semblanza de las Actividades que comprende la Etapa de Investigación	101
4.2 Casos de Detención Legal en la Investigación	107
4.2.1 Flagrancia	108
4.2.2 Caso Urgente	113

4.3 La Tutela de la Libertad Personal del Imputado	117
4.3.1 En la Constitución Federal y los Tratados Internacionales	118
4.3.2 En el Código Nacional de Procedimientos Penales	120
4.4 Consideraciones Finales	122

CONCLUSIONES

FUENTES DE CONSULTA

INTRODUCCIÓN

El nuevo Sistema de Justicia Penal implementado en reformas a la Constitución Federal el 18 de junio de 2008, introdujo cambios significativos al Derecho Penal adjetivo, sustantivo y de ejecución, generando con ello una nueva estructura del procedimiento penal, de corte acusatorio y oral.

Estas modificaciones al texto de la Constitución comprometieron tanto a la federación como a las entidades federativas a adoptar el nuevo sistema y modificar sus leyes adjetivas penales, teniendo como plazo para hacer tales cambios el de ocho años, contados desde la fecha de publicación de la citada reforma constitucional.

Sin embargo, a comienzos del año de 2014, pocos Estados e inclusive la federación, habían hecho los cambios ordenados por la Ley Fundamental. Estos eventos obligaron al legislador federal a formular un “Código Nacional” en materia de Procedimiento Penal (D.O. de 5 de marzo de 2014), mismo que deberá ser adoptado y seguido en los ámbitos de competencia federal, local y del Distrito Federal, en junio de 2016, como fecha límite.

En fecha 6 y 10, de junio de 2011, se introducen nuevas reformas al texto de la Constitución, en materia de derechos humanos, incorporando cambios al Capítulo 1 de las “garantías individuales”, por el de “derechos humanos y sus garantías”, con lo que el Constituyente Permanente adicionó tal reconocimiento de los derechos fundamentales del hombre y de las garantías de la persona, para su protección, destacando la importancia de los Tratados Internacionales suscritos y ratificados por nuestro país en esta materia, como disposiciones

INTRODUCCIÓN

que deberán de ser observadas por el Estado y sus autoridades, en los diversos niveles de gobierno.

La concurrencia de las reformas constitucionales de los años 2008 y 2011, imprimen al nuevo sistema de justicia penal matices de corte garantista y de respeto de los derechos humanos. Estos principios son recogidos por el Código Nacional de Procedimientos Penales, formado la base de las etapas y actividades que lo componen.

De los postulados previstos tanto en el Pacto Federal, como en la ley adjetiva penal nacional, sobresale la salvaguarda de la libertad personal, la que sólo podrá limitarse al imputado en casos excepcionales.

Este aspecto de privilegiar la libertad de los sujetos en un procedimiento penal, fue lo que nos llevó a la elaboración de esta investigación documental fijando nuestro estudio en LA TUTELA JURÍDICA DE LA LIBERTAD DEL IMPUTADO EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN: FASE DE INVESTIGACIÓN INICIAL (CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES, en el que resaltamos cuáles son esas excepciones que se pueden presentar en la investigación inicial y generar la privación legal o ilegal de la libertad en esa fase del procedimiento.

Cabe destacar que la hipótesis planteada fija como casos de privación legal de la libertad en la investigación inicial, la detención por flagrancia y caso urgente, dentro de los supuestos que fija el artículo 16 de la Constitución Federal, cualquiera otra modalidad de detención, como la flagrancia por “señalamiento”, es inconstitucional.

INTRODUCCIÓN

Para tal efecto, este trabajo ha sido dividido en cuatro apartados. En el primero, nos enfocamos en el estudio de los derechos humanos y de las garantías de la persona, precisando en cada una de estas categorías su fundamentación teórica y características.

El segundo, corresponde al análisis de la tutela de la libertad en el ámbito constitucional, haciendo la semblanza de las garantías que la comprenden, así como el tema de la seguridad jurídica y la libertad personal, y su importancia en el contexto internacional como es el caso del Pacto de San José de Costa Rica.

En el tercero, abordamos el análisis detallado del artículo 11 del Pacto Federal, que alude a la libertad de tránsito y sus limitaciones judiciales y administrativas, precando la importancia que revisten estas categorías en su proyección con el procedimiento penal.

La cuarta parte de esta investigación corresponde al objeto de estudio, en el desarrollamos, tomando como base las normas de la Constitución Federal y del Código Nacional de Procedimientos Penales, la detención por flagrancia y caso urgente.

Por cuanto a la metodología empleada en este trabajo utilizamos la deducción y análisis de los contenidos obtenidos por la legislación, jurisprudencia y doctrina. En lo relativo a los aspectos técnicos, nos apoyamos en la investigación documental.

CAPÍTULO 1.

SEMBLANZA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS Y LAS GARANTÍAS DE LA PERSONA

Para comprender el significado del concepto de libertad personal y su relación con los derechos fundamentales, las garantías del gobernado y el procedimiento penal en el nuevo sistema de justicia penal, resulta importante hacer un estudio preliminar sobre lo qué significan los derechos del hombre y como se proyectan éstos en el ámbito de las normas jurídicas, en su interpretación doctrinaria.

Es conocido el hecho de que el hombre desde que existe, trae consigo un cúmulo de derechos que forman parte de su esencia misma (consustanciales). Le permiten desarrollarse como individuo y contribuyen a integrar su personalidad y dignidad.

Como seres humanos, se presentan frente a nosotros una serie de necesidades que en su momento tienen que ser colmadas por ciertos satisfactores, de los cuales el propio individuo está en libertad de poder elegir a aquel o aquellos que le permitan sentirse a gusto o cómodo, de acuerdo a sus requerimientos, tanto personales como de grupo.

Aquí la *libertad* o libre albedrío se traduce en una relación intrínseca entre una necesidad y un satisfactor, y la facultad que tenemos de elegir a aquél que mejor nos convenga. En el caso del tema que nos ocupa, tenemos la potestad de viajar, desplazarnos de un lugar a otro sin interferencia alguna; sin embargo este derecho puede restringirse con motivo de un procedimiento penal en el cual se encuentre involucrado su titular.

La libertad personal, como uno de los principales atributos del hombre, puede ser limitada por la materia penal y, consecuentemente, vedar el derecho a ambular

libremente. Por ello resulta indispensable entender y conocer el contenido y alcance de los derechos humanos así como de las garantías de la persona; ideas que serán abordadas en las líneas siguientes:

1. Los Derechos Fundamentales

Al hablar de los derechos del hombre es requisito indispensable partir del supuesto de que el individuo forma parte de una sociedad en la que sus integrantes gozan de ciertos derechos por el solo hecho de existir y constituir parte de una colectividad, estos derechos no son el producto de una formulación de normas de derecho escrito generadas por el Estado, sino que se trata de atributos que les son propios a cada persona de manera particular y que se generan como normas naturales que se deducen del desarrollo y evolución del sujeto desde el nacimiento hasta su muerte.

Por ello al estudiar a los derechos humanos es preciso ubicarlos dentro del contexto de la Teoría del derecho natural (*ius naturalismo*) en la que se justifica su razón de ser como tales y se explica como éstos redundan en las normas de derecho positivo al instrumentar su protección en disposiciones que le permiten ejercitar tales derechos y, en su caso, hacer frente a los actos del Poder Público, cuando éstos le produzcan una afectación.

En estos términos resulta interesante el criterio de Juan Palomar de Miguel, cuando sobre el particular comenta “los derechos humanos, son el conjunto de libertades, prerrogativas y facultades, con sus correspondientes instrumentos de garantía, que deben reconocerse a todo ser humano, tanto en su aspecto individual como colectivo”.¹

¹ Diccionario para Juristas; T. I; México: Edit. Porrúa, S.A.; 2000.

Como consecuencia, los derechos que el individuo posee son consubstanciales a su persona. Los derechos humanos integran en su análisis la información teórica que justifica la existencia de las garantías de la persona.

Para estudiar y comprender tanto a los derechos humanos como a las prerrogativas del gobernado en este apartado, nos ocuparemos de las doctrinas sobre el derecho natural y el derecho positivo, respectivamente.

Mucho se ha dicho sobre los derechos del hombre y en la actualidad el tema de los derechos humanos tiene no solo alcance doméstico sino también fuera de nuestras fronteras; en todos los foros políticos y sociales este tópico generalmente se trata.

1.1.1 Soporte Teórico

Al enfocarnos en el análisis de cualquier concepto, resulta común encuadrarlo dentro de una categoría del conocimiento que nos permita entender su contenido, generalmente se parte del significado literal del término, para después comprenderlo dentro de una ciencia o disciplina en particular.

Partiendo de esta premisa, al referirnos a la *teoría*, significa hablar del “conjunto de reglas y leyes organizadas sistemáticamente que sirven de base a una ciencia y explican cierto orden de hechos...”; por otra parte, al hacer mención de *derecho*, nos hace pensar en la ciencia jurídica o conjunto de normas; y, *por natural*, comprendemos lo que está en la naturaleza o pertenece a ésta.²

De lo anterior se aprecia que la teoría del derecho natural, en lo general, estudia las ideas que justifican la existencia de las normas originadas en la naturaleza.

² Cfr.; Diccionario Jurídico, ESPASA; Madrid, España: Espasa, Fundación Tomás Moro; 1998.

Para Eduardo García Máynez, la denominación de derecho natural se aplica “a un orden intrínsecamente justo, que existe al lado o por encima del positivo”³; el derecho natural vale por sí mismo y su contenido es intrínsecamente justo, lo que quiere decir que no requiere de ningún procedimiento de creación de la norma y que además contiene disposiciones que lo califican de justo, es decir, la virtud de dar a cada quien lo suyo.⁴

El origen del derecho natural se sustenta en la naturaleza, pero esta idea se ha ido desarrollando con los diversos enfoques que los teóricos le han dado. Así por ejemplo:

Sócrates menciona que se trata de la voluntad divina, es una ley no escrita e inmutable. Para este filósofo la explicación del derecho natural se centra en la teología.

Larenz manifiesta que la expresión de derecho natural significa un derecho inmutable, válido por igual para todos los pueblos, por estar fundado en la esencia del hombre. Para este autor el derecho se traduce en un conjunto de principios universalmente válidos en cualquier sitio del mundo.⁵

Así el derecho natural es inmutable y atemporal, universalmente válido en cualquier tiempo y lugar; es un derecho justo. Son disposiciones necesarias e inmutables, no pueden estar escritas porque con ello se crearían preceptos generales no siempre adecuados a cada situación en particular. No puede tratarse de normas codificadas sino de principios supremos de observancia general en los cuales deberán inspirarse las normas aplicables a los casos concretos.

³ Introducción al Estudio del Derecho; 35ª ed.; México: Edit. Porrúa, S.A.; 1984; p. 40.

⁴ Cfr.; Villoro Toranzo, Miguel. Lecciones de Filosofía del Derecho, el proceso de la razón y el derecho; México: México: Edit. Porrúa, S.A.; 1973; p. 285.

⁵ Cfr.; García Máynez, Eduardo. Ob. Cit., pp. 41 y 42.

De la misma manera Juan Manuel Terán nos dice “el derecho natural ha sido concebido como un sistema jurídico universalmente válido en todo tiempo y lugar”.⁶

Estas ideas nos permiten apoyar nuestro estudio en los derechos humanos, pues como menciona Eusebio Fernández, “la fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos fundamentales es sin duda la más conocida y la de mayor tradición histórica... se deriva directamente de la existencia del derecho natural”.⁷

El autor en cita declara que, si se parte de que el derecho natural consiste en el ordenamiento universal deducido de la propia naturaleza humana, de ahí derivan derechos naturales, derechos que ostenta la persona como parte de un orden normativo natural.

A los derechos naturales también se les denomina como derechos del hombre, derechos innatos, derechos públicos subjetivos o derechos fundamentales,⁸ con estas connotaciones se da a entender que toda persona tiene derechos que le son inherentes por el hecho de serlo y que éstos le deben ser reconocidos y garantizados por la sociedad, “el derecho y el poder público sin ningún tipo de discriminación social, económica, jurídica, política, ideológica, cultural o sexual. Pero al mismo tiempo se quiere subrayar que estos derechos son fundamentales, es decir, que se hallan estrechamente conectados con la dignidad humana y son al mismo tiempo las condiciones del desarrollo de esa idea de dignidad”.⁹

Así en el ámbito internacional estas ideas fueron recogidas, como en el caso de la Declaración de Derechos de Virginia, aprobada el 12 de junio de 1776; en la sección 1, se menciona “Que todos los hombres son por naturaleza igualmente libres e independientes y tienen ciertos derechos innatos, de los cuales, cuando

⁶ Filosofía del Derecho; 8ª ed.; México: Edit. Porrúa, S.A.; 1980; p. 186.

⁷ Teoría de la Justicia y Derechos Humanos; España: Edit. Debate; 1984; pp. 85 y 86.

⁸ Cfr.; *Ibidem*; p. 78.

⁹ *Ídem*.

entran en estado de sociedad, no pueden, por ningún pacto, privar o poseer a su posteridad; a saber, el goce de la vida y de la libertad, con los medios para adquirir y poseer la propiedad, y buscar y conseguir la felicidad y la seguridad”.¹⁰

En Francia, se aprobó por la Asamblea Nacional en el mes de agosto de 1789 y se firmó por el rey Luis XVI el 5 de octubre del mismo año, La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, que en el tópico que tratamos señala:

“Los representantes del pueblo francés, constituidos en Asamblea Nacional,... han resuelto exponer en una declaración solemne los Derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre... con la finalidad de toda institución política, sean respetados; a fin de que las reclamaciones de los ciudadanos, fundadas en adelante en principios simples e indiscutibles, contribuyan siempre al mantenimiento de la Constitución y a la felicidad de todos”.

“Los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Las distinciones sociales no pueden fundarse más que en la utilidad común”. Y el artículo 2º menciona: “La finalidad de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos Derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión”.¹¹

Como se aprecia de ambas Declaraciones, tanto la del pueblo norteamericano como la del francés, coinciden al señalar que los derechos humanos se fundamentan en el derecho natural y los caracterizan por ser derechos o principios simples e indiscutibles que le son innatos e inalienables al hombre, estos son: la igualdad, la libertad, la propiedad y la seguridad.

Observamos también que en dichas Declaraciones se reconocen estos derechos por el Estado y se declara su existencia. Así, con el “reconocimiento, ejercicio y

¹⁰ Citada por Hervada, Javier y José M. Zumaquero. Textos Internacionales de Derechos Humanos; España: Ediciones de la Universidad de Navarra; 1978; p. 26.

¹¹ Citada por el Instituto de Investigaciones Jurídicas. Bioética y Derechos Humanos; México, D.F.: UNAM; 1992; pp. 50 y 51.

protección de los derechos humanos se pretende satisfacer una serie de exigencias que se consideran necesarias para el desarrollo de una vida digna...”.¹²

De lo que precede concluimos que el Estado no **otorga** derechos humanos por ser estos de la persona, además de que no pueden estar regulados por normas jurídicas de derecho escrito, sólo se **reconoce** su existencia.¹³

En los mismos términos opina Emilio Rabasa al decir que el “gobierno no otorga nunca derechos, porque no tiene nada que dar, y porque el orden directivo que es su objeto, no es más que fuente de restricciones para todos los elementos sociales”.¹⁴

En la actualidad la Carta de las Naciones Unidas de 1945, en su preámbulo expresa la resolución de “reafirmar la fe de los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y valor de la persona humana en igualdad de derechos...” y en el artículo 1º, párrafo tercero, habla sobre “el respeto a los derechos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión”. Y en la Declaración Universal de Derechos del Hombre, aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 se menciona “Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen como base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos de todos los miembros de la familia humana...”

Estos textos de derecho internacional, han servido de ejemplo a las Constituciones del mundo y, de acuerdo con Luis Recaséns Siches, en las que se han elaborado a partir de la segunda mitad del siglo XX, han hecho resurgir la idea del derecho natural.¹⁵

¹² Fernández, Eusebio. Ob. Cit.; p. 79.

¹³ Véase sobre el particular los artículos 1º y 103, fracción I, de la Constitución Federal.

¹⁴ El Juicio Constitucional, orígenes, teoría y extensión; México, D.F.: Librería de la Vda. de Ch. Bouret; 1919; p. 145.

¹⁵ Cfr.; Tratado General de Filosofía del Derecho; 8ª ed.; México, Edit. Porrúa, S.A.; 1983; p. 346.

Como conclusión podemos afirmar que los derechos del hombre tienen como base al derecho natural, y que de una o de otra forma es interés y preocupación del mundo civilizado reconocer su existencia y buscar los mecanismos de orden jurídico que permitan garantizar su pleno ejercicio.

En secuencia paralela a estas ideas y como síntesis de este apartado, Norberto Bobbio afirma que en la evolución de los derechos humanos se distinguen cuando menos cuatro etapas:

a. La primera, corresponde a las propuestas de los filósofos iusnaturalistas, de los tratadistas que ubican a los derechos humanos como inherentes a la naturaleza humana.

b. La segunda, surge cuando los derechos a la vida, la igualdad y la libertad son reconocidos por las Declaraciones de Derechos de Inglaterra, de 1689, y de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en Francia, en 1789.

c. En la tercera fase, toma como punto de referencia la preocupación de la comunidad internacional, por poner de manifiesto la importancia de estos derechos fundamentales del hombre, como es el caso de la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptada el 10 de diciembre de 1948, por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas.

d. En la última, se especifican y delimitan estos derechos en función de las características propias de sus titulares o de los propios derechos. Tal es el caso de los derechos del niño (interés superior de la niñez), de la mujer, de los consumidores, entre otros; fase que se encuentra en pleno desarrollo y que debe responder a las exigencias que plantean los cambios en las sociedades contemporáneas.¹⁶

¹⁶ Cfr.; Cit. por Ovalle Favela, José. Garantías Constitucionales del Proceso (artículos 13, 14, 16 y 17 de la Constitución Política); México, D. F.: McGraw-Hill/Interamericana Editores, S.A. de C.V.; 1997; pp. XIII y XIV.

Los derechos humanos, seguirán evolucionando en la medida en que la sociedad cambia; si bien la esencia misma de estos derechos se mantiene inalterable (su fundamento en el derecho natural), su ámbito de tutela se sigue ampliando no sólo a los derechos de individuos o sociedades, sino a los de toda la comunidad internacional.

1.1.2 Principios

Los derechos fundamentales, para ser distinguidos de otros derechos, presentan una serie de peculiaridades que son el sustento de los principios que los animan, a continuación presentamos cuales son éstos:

- a. Son consubstanciales al hombre, porque forman parte de él desde el instante mismo en que existe como elemento integrante de un conglomerado social.
- b. Se originan en la propia naturaleza, pues no requieren de un acto de voluntad para generarlos, tienen su génesis en la existencia del hombre.
- c. Son un conjunto de principios generales de observancia universal, pues poseen el atributo de ser aplicables para cualquier sociedad, sin importar el tiempo y/o lugar.
- d. Son intrínsecamente válidos, porque tienen valor en sí mismos.
- e. No son escritos, no se sustentan en fórmulas que se puedan aplicar a los casos concretos, es individual para cada supuesto.
- f. Son imprescriptibles (por ser atemporales), son derechos que no se pierden nunca.

h. Son justos, pues al formar parte de la naturaleza misma del hombre todos sus actos deben sustentarse en la equidad que les permite a los seres humanos ser iguales entre sí y ante los demás.

1.1.3 Características

Si sintetizamos los contenidos que hemos obtenido de la teoría y de los documentos internacionales en materia de derechos humanos, podemos destacar las siguientes peculiaridades que le brindan exclusividad a dichos derechos:

- a. Son derechos públicos subjetivos, que le son inherentes a la persona humana.
- b. Con su existencia, el Estado tiene el compromiso de crear los mecanismos para otorgar salvaguardas a los derechos humanos.
- c. Los derechos humanos tienen su fundamentación filosófica en el derecho natural.
- d. Los derechos humanos se apoyan en la existencia y naturaleza del hombre.
- e. Los derechos humanos son entre otros la vida, la libertad, la propiedad y la seguridad, corresponden a valores consubstanciales al hombre y no pueden ser alterados; su objeto es el desarrollo de las aspiraciones del individuo que se traduce en su satisfacción subjetiva y la consecución de la felicidad.

1.1.4 Generaciones

La división de los derechos humanos en **tres generaciones**, fue inicialmente propuesta en 1979 por el jurista checo Karel Vasak en el Instituto Internacional de

Derechos Humanos en Estrasburgo, Francia. El término fue utilizado desde, al menos, noviembre de 1977.

Los derechos humanos de **primera generación**, tratan esencialmente de la libertad y la participación en la vida política. Son fundamentalmente civiles y políticos, y sirven para proteger al individuo de los excesos del Estado. Los derechos de primera generación incluyen, entre otras cosas, la libertad de expresión, el derecho a un juicio justo, la libertad de religión, y el sufragio. Estos derechos fueron propuestos por primera vez en la Carta de Derechos de los Estados Unidos, y en Francia por la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en el siglo XIX, y fueron consagrados por primera vez a nivel global por la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 y dándole lugar en el derecho internacional en los artículos 3 al 21 de la Declaración Universal y en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Fueron reconocidos fundamentalmente con la revolución francesa y la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano.

Los derechos humanos de **segunda generación**, están relacionados con la igualdad y comenzaron a ser reconocidos por los gobiernos después de la Primera Guerra Mundial. Son fundamentalmente sociales, económicos y culturales en su naturaleza. Aseguran a los diferentes miembros de la ciudadanía igualdad de condiciones y de trato. Incluyen el derecho a ser empleados, los derechos a vivienda, a la educación y a la salud, así como la seguridad social y las prestaciones por desempleo. Al igual que los derechos de primera generación, también fueron incluidos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en los artículos 22 al 27 y, además, incorporados en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Por su parte, la **tercera generación** de derechos, surgida en la doctrina en los años 1980, se vincula con la solidaridad. Los unifica su incidencia en la vida de todos, a escala universal, por lo que precisan para su realización una serie de

esfuerzos y cooperaciones en un nivel planetario. Normalmente se incluyen en ella derechos heterogéneos como el derecho a la paz, a la calidad de vida o las garantías frente a la manipulación genética. Este grupo de derechos, fue promovido a partir de los ochenta para incentivar el progreso social y elevar el nivel de vida de todos los pueblos.¹⁷

Una vez que hemos observado que el tema de los derechos humanos es concurrente con la historia de la humanidad, porque está estrechamente ligado con la dignidad humana, y que tuvo un gran impulso hace poco más de tres siglos, con las declaraciones norteamericana y francesa sobre ellos. Nos corresponde conocer lo que el Estado ha hecho en esta materia al buscar las formas de que el titular de estos derechos, el individuo, posea los instrumentos jurídicos que le permitan ejercitar en plena libertad tales derechos (con la limitaciones que la propia sociedad imponga en aras de su convivencia y tranquilidad) y, al mismo tiempo le brinde los medios legales para hacer frente a los actos de autoridad, cuando éstos tiendan a afectarlos o restringirlos, sin apego al marco legal previamente establecido.

Por esta razón, en el siguiente apartado de este Capítulo estudiaremos el contexto legal y doctrinario sobre las garantías del gobernado.

1.2 Las Garantías de la Persona

Si bien los derechos fundamentales son de carácter intrínseco y no requieren de norma escrita formulada por el hombre para su observancia y respeto; de alguna manera el Estado se encuentra comprometido a reconocer la existencia de estos derechos y otorgar a favor de su titular normas que los salvaguarden y al mismo tiempo le permitan ejercitarlos válidamente.

¹⁷ Cfr.; https://es.wikipedia.org/wiki/Tres_generaciones_de_derechos_humanos. (7 de octubre de 2014, 22:30 hrs.)

1.2.1 Fundamento Doctrinario

Ya observamos como el derecho natural sustenta a los derechos consubstanciales del hombre; ahora nos corresponde entrar al estudio del derecho positivo, que sirve de fundamento teórico a las garantías de la persona.

Ignacio Burgoa al referirse a la fundamentación filosófica de las garantías individuales señala que en la vida del hombre todo gira alrededor de un fin: superarse a sí mismo y conseguir una perenne satisfacción subjetiva que pueda brindarle la felicidad anhelada.¹⁸

El logro de esta satisfacción se traduce en un bienestar más o menos perdurable que para el egoísta puede ser individual y para el altruista sería el de hacer bien a sus semejantes. Así el hombre en la consecución de sus metas involucra a otros seres humanos con los que se interrelaciona en un intercambio de valores independientemente que sean positivos o negativos. La *libertad* es el medio idóneo para alcanzar tales aspiraciones y por tanto un atributo consubstancial de la naturaleza humana; sin embargo el hombre es un ser social que convive con sus semejantes.

Para que la vida en común sea posible y pueda desarrollarse en completa armonía es necesario que exista una regulación que dirija las relaciones humanas sociales que eviten el caos y la inseguridad de esa colectividad.

Debe existir un derecho, entendido como el conjunto de normas bilaterales, imperativas obligatorias y coercitivas que regulen la conducta externa del hombre en sociedad, sobre o contra la voluntad de los sujetos a los cuales se aplican. De este modo es como se gesta el derecho positivo.

¹⁸ Cfr.; Las Garantías Individuales; 18a. ed.; México: Edit. Porrúa, S.A.; 1984; p. 15.

De esta manera se presentan como apropiados los argumentos que proporciona Miguel Villoro Toranzo al relacionar al derecho natural con el derecho positivo, afirmando de éste que es “la forma práctica que tienen los hombres para realizar la justicia”, comenta que de nada serviría que los hombres tuvieran derechos consubstanciales si en su convivencia social no acompañaran a estos con los medios prácticos para llevar su realización. “Si la vivencia es eficaz tiene que actuarse primero en presiones políticas y después en actos de autoridad que promulguen como obligatorias las vivencias de Justicia. Entonces es cuando aparece el Derecho Positivo, que no es más que la forma práctica por excelencia que tienen los hombres para realizar la Justicia.

“El Derecho Positivo no debe concebirse, por lo tanto, como algo opuesto al Derecho Natural, sino como la natural prolongación del mismo”.¹⁹

De esta idea resulta lógico pensar que ambas categorías del derecho son compatibles y por consiguiente interactúan en la formulación de normas jurídicas de observancia general, es decir, las disposiciones que el Estado crea para hacer más llevadera la vida en sociedad.

“Por otra parte, la única forma de realizar en lo posible la justicia entre los hombres, de orientar hacia ésta las condiciones indispensables para la convivencia y la solidaridad, es la vía del Derecho positivo. Para que pueda haber una sociedad organizada según los principios de justicia, es necesario que sea una sociedad ordenada; y precisamente mediante un orden cierto y seguro”.²⁰

Isidro Montiel y Duarte a este respecto señala que el “hombre sin necesidades no tendría derechos: mas puesto que tiene aquellas en todas las condiciones de la vida, preciso es reconocerle estos, y preciso es también hacerlos de seguro goce”.²¹

¹⁹ Ob. Cit.; p. 486.

²⁰ Recaséns Siches, Luis. Ob. Cit.; p. 331.

²¹ Estudio sobre Garantías Individuales; 4a. ed. facsimilar; México: Edit. Porrúa, S.A.; 1983; p. 3.

Así, el derecho positivo es la creación del hombre con el propósito de regular su conducta externa de éste, dentro de una sociedad. Se entiende como el conjunto de normas que tienen observancia general.

Es un producto del hombre al formular las normas tendientes a conservar la paz y la armonía social. Se caracteriza por ser un derecho generalmente escrito, originado de un proceso legislativo que expresa la voluntad de la colectividad en la creación de preceptos generales, abstractos e impersonales.

También tiene como atributo el de ser aplicable a una sociedad determinada y tienen un tiempo de validez (vigencia de la norma), sin embargo en este caso debemos aclarar que no todo el derecho positivo es vigente, pues como menciona Eduardo García Máynez, no todo derecho vigente es positivo, ni todo derecho positivo es vigente. “La vigencia es atributo puramente formal, el sello que el Estado imprime a las reglas jurídicas consuetudinarias, jurisprudenciales o legislativas sancionadas por él. La positividad es un hecho que estriba en la observancia de cualquier precepto vigente o no vigente. La costumbre no aceptada por la autoridad política es derecho positivo, pero carece de validez formal. Y a la inversa: las disposiciones que el legislador crea tienen vigencia en todo caso, más no siempre son acatadas. La circunstancia de que una ley no sea obedecida, no quita a ésta su vigencia. Desde el punto de vista formal, el precepto que no se cumple sigue en vigor mientras otra ley no lo derogue”.²²

El criterio que precede nos da los elementos suficientes para definir al Derecho Positivo como el conjunto de normas jurídicas, de observancia general, que un pueblo considera como aplicables en un tiempo y lugar determinados.

El derecho positivo responde entonces a la necesidad que tenemos los seres humanos de vivir en sociedad, guardando un respeto a las libertades de los demás, es por ello que a través de la norma jurídica el hombre desarrolla sus

²² Ob. Cit.; pp. 38 y 39.

actividades observando los lineamientos prescritos en ella, a sabiendas que de no hacerlo podrá hacerse acreedor a una sanción.

Así los individuos al integrarse en una sociedad requieren de un orden jurídico que les permita conservar la paz y armonía sociales. Es de esta manera como surge el imperativo de crear autoridades que hagan esas normas, las apliquen y ejecuten. Con esta perspectiva la sociedad se hace representar por grupos de personas que llevan a cabo las funciones mencionadas.

El Estado se erige como un ente creado y constituido para beneficio de la colectividad, ya que actúa en nombre y representación de ella; pero esto no es obra del azar o la naturaleza; el Estado debe legitimar sus actos con base a un orden legal, así es como surge la Asamblea Constituyente, la que tiene como noble función crear la Constitución en la que se establecen las atribuciones y competencia de los Poderes Constituidos.²³

De esta forma es como el derecho positivo toma sus perfiles y se presenta primigeniamente en un cuerpo legal de superior jerarquía, la Ley Fundamental, la Norma Suprema, la Constitución Política de un Estado.

“Una constitución escrita es la expresión de una voluntad soberana: esta voluntad queda siempre suprema y como lo único superior a la Constitución que es su obra. En una ocasión excepcional (porque no puede provocarse con frecuencia), el pueblo establece las reglas de su organización y de sus funciones colectivas, no para que la soberanía se subordine, puesto que ésta es una frase contradictoria, sino para que los órganos del gobierno no la usurpen...”²⁴

Es aquí donde apreciamos que el Poder Constituyente de 1857, conocedor de los derechos del hombre y preocupado por buscar los instrumentos jurídicos para

²³ Cfr.; Tena Ramírez, Felipe. Derecho Constitucional Mexicano; 16a. ed. revisada y aumentada; México: Edit. Porrúa, S.A.; 1978; pp. 23-26.

²⁴ Rabasa, Emilio. Ob. Cit.; p. 142.

salvaguardar estos derechos contra los actos del poder público, decide integrarlos a la Constitución, en una parte dogmática a la que dio el nombre: “De los Derechos del Hombre”, y en cuyo artículo 1º a la letra dice: “El pueblo mexicano *reconoce* que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales. En consecuencia, declara que todas las leyes y todas las autoridades del país deben respetar y sostener las garantías que *otorga* la presente Constitución”.

Del artículo citado apreciamos que el Constituyente de 1857 integró al texto de la Ley Fundamental un catálogo de garantías siguiendo las ideas de la Declaración de los Derechos del Hombre de 1789, situación que nos lleva a observar como en la primera parte de este numeral el legislador original se encontraba influenciado por la teoría iusnaturalista, hecho que así señala Burgoa cuando en lo conducente dice: “Los autores de dicha Constitución -se refiere a la de 1857-, además, implícitamente se declararon partidarios de ius-naturalismo en materia de derechos del hombre...”²⁵

Además, “si los derechos del hombre son la base y objeto de las instituciones sociales, es evidente que el poder público, que es la primera de aquellas instituciones, tiene el doble deber de respetar y sostener las garantías otorgadas por la Constitución para hacer efectivos y seguros aquellos derechos”.²⁶

Por otra parte, nos preguntamos: por qué razón fueron incluidas en la Constitución, documento de superior jerarquía de un país; consideramos que la razón que llevó al Constituyente a tomar esta determinación de ubicarlas en este ordenamiento, se sustentó en el hecho de que en la norma jurídica el mejor lugar para garantizar y hablar de los derechos fundamentales del hombre es la Ley Fundamental que rige los destinos de un pueblo.

²⁵ Ob. Cit.; p. 145.

²⁶ Lozano, José María. Estudio del Derecho Constitucional Patrio, en lo relativo a los derechos del hombre; 3a. ed. facsimilar; México, D.F.: Edit. Porrúa, S.A.; 1980; p. 120.

De esta manera apreciamos que los derechos del hombre son *reconocidos* en la Constitución de 1857, pero además siguiendo con una postura ecléctica en la que incluyó también el *jus positivismo*, señaló el *otorgamiento* de garantías en el mismo cuerpo legal.

Con la creación de la Constitución Federal de 1917, desaparecen las ideas individualistas que caracterizaron a la de 1857, y en el actual artículo 1º, párrafo primero (previo a la reforma de 10 de junio de 2011) menciona: “En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse, ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece”.

Es con este nuevo Documento Supremo en donde se hace clara la separación del derecho natural con el positivo en el sentido de no incluir en la redacción del texto constitucional referencia alguna sobre los derechos del hombre y hablar directamente de las garantías individuales.

Creemos que fue oportuna y necesaria esta modificación, pues si los derechos del hombre le son inherentes por el hecho de existir y formar parte de una sociedad, resultaría ilógico mencionarlos en la ley cuando por su naturaleza no requieren de regulación alguna en un ordenamiento jurídico. En todo caso, el acierto fue como ya mencionamos, integrar garantías a esos derechos fundamentales en la Norma Constitucional, reconociendo implícitamente su existencia e importancia.

Sin embargo, de nueva cuenta, con la reforma constitucional de junio 10 de 2011, se modifica el Título Primero, Capítulo I, “De los Derechos Humanos y sus Garantías”, y el artículo 1º se reformó para establecer en su párrafo primero: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección,

cuyo ejercicio no podrá restringirse o suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”.

Reforma que, desde nuestro punto de vista, vuelve a integrar las ideas del derecho natural en materia de derechos humanos, a un cuerpo de normas de derecho positivo, como es el caso de las garantías de la persona.

1.2.2 Definición

La Constitución Federal en el Título I. Capítulo I., tiene por rubro: De los Derechos Humanos y sus Garantías, y en el artículo 1º señala que toda persona gozará “de las garantías para su protección...”. Como observamos, de la lectura de este numeral, se consigna que la Ley Fundamental otorga garantías a todas las personas.

Por lo que se refiere a los conceptos *garantía* y *persona*, podemos hacer las siguientes apreciaciones:

Con el de *garantía*, se alude a la voz anglosajona “warranty” que significa la acción de asegurar o proteger, defender o salvaguardar.²⁷

Ignacio Burgoa en su Diccionario menciona: “Garantía equivale, pues, en un sentido lato, a aseguramiento o afianzamiento, pudiendo denotar también protección o respaldo, defensa salvaguardia o apoyo”.²⁸

Luis Bazdresch, comenta: “en el lenguaje vulgar, usual, garantía es todo aquello que se entrega o se promete, para asegurar el cumplimiento de una oferta”.²⁹

²⁷ Cfr.; Palomar de Miguel, Juan. Ob. Cit.; T. I.

²⁸ Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo; México, D. F.: Edit. Porrúa, S. A., 1984.

²⁹ Garantías Constitucionales, curso introductorio actualizado, 3ª ed.; México: Edit. Trillas, 1986, p. 11.

Esta connotación, como se observa, implica a la garantía como algo accesorio, seguido de algo principal. Lo mismo acontece en el ámbito jurídico, específicamente en el derecho privado en donde se menciona que es el pacto accesorio mediante el cual se asigna a determinada cosa al cumplimiento de una obligación.

De estas ideas podemos concluir que la garantía desde el enfoque en que la estudiamos, es accesoria al elemento principal que son los derechos fundamentales del hombre. En el caso de que la garantía se traduzca en el mecanismo para asegurar el cumplimiento de una obligación, podemos señalar que las contenidas en la Ley Suprema, aseguran las obligaciones de los órganos del Estado, es decir, respetar los derechos públicos subjetivos de los gobernados.

Para nosotros el término *persona* se identifica con el concepto de ser humano, la persona física, como titular de derechos y obligaciones.

Es decir, la garantía de la persona se integra con la serie de protecciones que la Constitución ha otorgado a los seres humanos, para respaldar y salvaguardar sus derechos fundamentales.

Ignacio Burgoa nos indica que la “doctrina no se ha podido poner de acuerdo en la acepción estricta y específica que debe tener el concepto de „garantía” en el derecho público y, especialmente, en el constitucional”.³⁰

Aun cuando en la teoría no se han unificado los criterios sobre el apartado en análisis, por nuestra parte, no consideramos adecuada la denominación de *individuales*, pues no van dirigidas a los “individuos”, entendidos como personas físicas, ya que estas prerrogativas también salvaguardan los derechos de las personas morales, como se infiere de la lectura del artículo 9º de la Constitución.

³⁰ Las Garantías...; Ob. Cit.; p. 161.

Tampoco podemos hablar de los derechos de la persona física o moral, porque estas ideas forman parte del derecho privado y no del constitucional.

Además la Ley Suprema no sólo tutela derechos individuales, sino que también cuida de los derechos de las entidades desprotegidas; es decir, de los derechos sociales, consagrados dentro de la parte dogmática de la Constitución, artículo 27, como fuera de ésta, tal es el caso del artículo 123.

Estas ideas nos llevan a concluir:

- a. Que las garantías de la persona salvaguardan tanto los derechos humanos de las personas físicas como los de las personas morales.
- b. Se protegen por el Pacto Federal, derechos de personas individuales, colectivas y sociales.
- c. La denominación podría ser: *Garantías Constitucionales*, divididas en: personales y sociales.

Sí con la denominación del concepto garantía de la persona, la doctrina no se ha puesto de acuerdo, tratándose de la definición los criterios seguidos por los doctrinarios son diversos; a continuación citaremos algunos de ellos.

Para Luis Bazdresch, las “garantías de los derechos del hombre son las distintas prevenciones que la soberanía ha impuesto en la ley constitutiva del Estado, como limitaciones y obligaciones en la acción de los órganos gubernativos, para que los propios órganos respeten y permitan que las personas disfruten y ejerzan libre y eficientemente dentro del marco de las leyes, los derechos humanos declarados en la misma ley constitutiva”.³¹

³¹ Ob. Cit.; pp. 34 y 35.

La definición que antecede considera a las garantías como protecciones a los derechos humanos, en donde el obligado a respetarlos es el propio Estado, por conducto de los órganos que lo componen; opinión con la que estamos de acuerdo. Pero no compartimos la idea de que los derechos humanos se encuentran declarados en el Pacto Federal como se hizo en la Constitución de 1857 o el texto vigente de 1917; en realidad con el otorgamiento de garantías, la Constitución reconoce tácitamente la existencia de los derechos fundamentales del hombre.

Juventino V. Castro, no da una definición de lo qué es la garantía individual sino que se concreta a hablar de su naturaleza esencial, mencionando que las garantías constitucionales, en cuanto se refieran a las libertades de la persona humana que no se crean y modifican al gusto del legislador, sino que éste simplemente reconoce y asegura, por pertenecer a la esencia de la naturaleza humana.³²

La opinión del doctrinario en comento, identifica a las garantías con libertades del ser humano, criterio que se aleja de la directriz positivista para enmarcarlo en el ámbito de los derechos naturales; cuestión que ya ha sido ampliamente comentada en el apartado (1.1) de este Capítulo, y que nos permite concluir que dicho tratadista asimila los derechos humanos con las garantías individuales, cuestión que no puede aplicarse así; porque los derechos del hombre como él lo menciona se reconocen en la Ley y para ello se asegura (léase garantiza) el ejercicio de sus libertades en la Norma Suprema. Sin embargo la libertad como valor, encaja en el ámbito del derecho natural y no dentro de los valores tutelados por el derecho positivo.

Para Ignacio Burgoa, antes de aludir a la definición de garantía individual, inicia su exposición analizando los elementos que la componen.

³² Cfr.; Castro, Juventino V. *Garantías y Amparo*; 4ª ed., México, D.F.: Edit. Porrúa, S.A.; 1983; p. 25.

Primeramente nos habla de las relaciones jurídicas que se presentan en el campo del derecho para poder ubicar a la garantía. Sobre el particular nos precisa que estos vínculos jurídicos son:

De *coordinación*, que pertenece al campo del derecho privado y que regula las relaciones entre los particulares colocados en un mismo plano de igualdad, ejercitando derechos y cumpliendo o haciendo frente a sus obligaciones.

De *supraordinación*, que forma parte del derecho público, particularmente de la parte orgánica de la Constitución de la cual se deriva el derecho administrativo y, en ella, el vínculo se presenta entre los órganos del estado actuando con facultades de imperio y en un mismo plano.

De *supra a subordinación*, relación que también es característica del derecho público en la que intervienen: por una parte, el órgano del Estado, actuando con facultades imperoatributivas y, por la otra, un individuo (gobernado), que se encuentra sometido a las determinaciones del poder público. En la relación de *supra a subordinación* se ubica a la garantía individual.

Nos explica que la garantía individual es un derecho público subjetivo, en atención a que se deriva de una relación que está en favor del individuo, como titular del derecho y de la norma que lo garantiza (facultad derivada de la norma).

Frente al titular de este derecho, existe un obligado que es el Estado y sus autoridades, quienes están constreñidos a respetar esos derechos y a observar o cumplir las condiciones o requisitos exigidos en la ley.

Que la regulación de la comentada relación jurídica de *supra a subordinación* se encuentra en la Ley Fundamental, que como norma principal de observancia general sea seguida por todos.³³

³³ Cfr.; Las Garantías...; Ob. Cit.; pp. 167-186.

Este es en nuestro concepto el mejor criterio que define a las garantías de la persona por establecer sus elementos y las características que lo componen.

Resulta interesante para nuestro estudio la opinión de Ignacio Burgoa sobre el distingo entre garantías de la persona y derechos humanos, a continuación la citamos:

“De estos elementos -que son a los que nos hemos referido en líneas anteriores- fácilmente se infiere el nexo lógico –jurídico que media entre las garantías individuales o del gobernado y los „derechos del hombre” como una de las especies que abarcan los derechos públicos subjetivos. Los derechos humanos se traducen substancialmente en potestades inseparables e inherentes a su personalidad; son elementos propios y consubstanciales a su naturaleza como ser racional, independientemente de la posición jurídico-positiva en que pudiera estar colocado ante el Estado y sus autoridades; en cambio, las garantías individuales equivalen a la consagración jurídico-positiva de esos elementos en el sentido de investirlos de obligatoriedad e imperatividad para atribuirles respetabilidad por parte de las autoridades Estatales y del Estado mismo. Por ende, los derechos del hombre constituyen, en términos generales, el contenido parcial de las garantías individuales, considerando a éstas como meras relaciones jurídicas entre los sujetos de que hemos hablado: gobernados por un lado y Estado y autoridades, por el otro”.³⁴

Ya considerada dentro de la teoría, para nuestro estudio, la definición de garantía de la persona, con base en la misma analizaremos sus elementos.

³⁴ Las Garantías...; Ob. Cit.; p. 186.

1.2.3 Peculiaridades

Como acontece con los derechos humanos, también las garantías de la persona o prerrogativas del gobernado presentan ciertos elementos distintivos, entre otros podemos destacar:

- a. Pueden ser consideradas como una forma de recoger y expresar en una norma los ideales de justicia del derecho natural.
- b. Son producto de la voluntad humana.
- c. Siguen un proceso en su creación, en el cual se involucra la voluntad colectiva.
- d. Normalmente son escritas.
- e. Son transitorias, es decir temporales, en función a su vigencia.
- f. Están sujetas a modificaciones, en atención de las necesidades de la sociedad (evoluciona con el paso del tiempo).
- g. Al formar parte del derecho positivo y ser vigentes, son coercitivas.
- h. Las garantías de la persona se justifican bajo la óptica del derecho positivo.
- i. Las garantías de la persona son creadas por el hombre a través de una norma para hacer valer los derechos humanos frente a los órganos del Estado.

Las garantías de la persona tienen la peculiaridad de salvaguardar los derechos humanos, tal es el caso del artículo 14 de la Constitución Federal que en lo conducente señala que “Nadie podrá ser privado *de la libertad, propiedades,*

posesiones o derechos...”. Como se aprecia en dicho precepto, se garantiza el goce y ejercicio de tales valores.

En tanto los derechos fundamentales del hombre son imprescriptibles e inalienables, tampoco pueden estar sujetos a renuncia o prohibición. Las garantías individuales están sujetas a restricciones o suspensión (artículo 29, constitucional) inclusive podrían abrogarse de la Ley Fundamental, con la creación de otra, o bien con la instauración de un gobierno diferente al actual, mismo que haya sido consentido por el propio pueblo, según se infiere de la lectura del artículo 39.

Mientras que los derechos humanos se refieren de manera exclusiva al hombre como su titular³⁵, es decir a esa entidad denominada *persona física*. Las garantías de la persona tutelan, además, los derechos de la persona moral, como es el caso del artículo 9º, que alude a los derechos de reunión y asociación, concibiendo así la idea de que las *personas morales* son destinatarias de las prerrogativas del gobernado.

1.2.4 Elementos

Con este rubro desarrollaremos los componentes de la garantía individual, tomando como presupuesto, que estos son ciertos *sujetos*, que presenta un *objeto*, una *f fuente* en la que se sustentan, así como una *relación jurídica* en la que dichos sujetos participan.

a. Los *sujetos*, en general, son aquellos que participan en la relación jurídica de supra a subordinación y, por lo mismo juegan un papel fundamental en el desarrollo y respeto de los derechos consubstanciales del hombre. Como lo

³⁵ Debemos aclarar que nuestro Máximo Tribunal se ha pronunciado en jurisprudencia, indicando que las personas morales también detentan derechos humanos, que son aquellos que por su naturaleza le permitan conseguir su objeto y fines. Véase: Registro 2008584. P./J. 1/2015 (10ª.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época. Pleno. Criterio que no compartimos, por las razones teóricas expresadas en este Capítulo.

comentamos, en la relación que ahora se estudia se presentan dos categorías de sujetos: los titulares del derecho protegido por la norma y, los obligados frente al titular de ese derecho.

a.1 El *sujeto activo*, es el titular de la garantía individual y se infiere de la lectura del artículo 1º de la Constitución, cuando en lo conducente menciona "...que todas las personas gozarán... de las garantías para su protección...", Como podemos observar es la persona la destinataria de la garantía contenida en el Pacto Federal.

Desde esta perspectiva Felipe Tena Ramírez comenta que las garantías individuales (o de la persona) se integraron al texto de la Constitución, inspirándose en las Leyes Supremas de Norteamérica y Francia; basándose en dos principios:

1º La libertad del individuo es ilimitada, por regla general, en tanto la del Estado es restringida en principio; y

2º Como consecuencia del supuesto anterior, es preciso que el Estado se circunscriba en un sistema de competencias.

Con el primer principio se origina la parte dogmática de la Constitución que protege los derechos fundamentales del hombre. Con el segundo, se organiza el poder público dando competencia a los Poderes federales, a este rubro corresponde la parte orgánica.³⁶

De lo anterior podemos establecer que el sujeto activo de la garantía es la persona, según el artículo 1º de la Norma Suprema, que corresponde a la parte

³⁶ Cfr.; Ob. Cit.; pp. 20 y 21.

dogmática de las Constitución, en la que se establecen las libertades de la persona.

El hombre posee derechos que le son inmanentes y por tanto requiere del Estado de ciertas normas para poder ejercitar tales derechos fundamentales, es por eso que el Constituyente decidió incluirlos en el texto del Pacto Federal (como ya se mencionó), con el propósito de que las autoridades y el propio Estado se vean constreñidos a velar y respetar esos derechos que se garantizan en la ley. Dice Bazdresch que los “derechos humanos, aunque se consideren justificados en teoría, nada valen y nada significan, si no hay leyes que los consagren y que impongan su respeto, pues los derechos definidos en la ley son los únicos que ameritan protección”.³⁷

La idea de persona no sólo corresponde a las personas físicas o seres humanos, sino que también se hace extensiva a la persona moral, así la ficción jurídica del derecho tiene casi los mismos atributos de la persona física (nombre -o razón social-, domicilio, patrimonio, nacionalidad, excepto estado civil y sexo).

La persona moral se puede clasificar en: de derecho público, derecho privado y social. En la primera categoría se encuentra al Estado; en la segunda, a las sociedades o asociaciones (sean éstas de naturaleza civil o mercantil); y, en la tercera, están los sindicatos y comunidades agrarias.

Lo anterior nos permite hacer la siguiente reflexión: el Estado como persona moral, es también titular de garantías, sin embargo, es oportuno aclarar que esta entidad de Derecho Público solamente será titular de dichas prerrogativas, cuando actúe como un particular, es decir en una relación de coordinación (relaciones de derecho privado).

³⁷ Ob. Cit.; p. 15.

La Ley Fundamental entonces considera como titulares de la garantía a las personas físicas y morales, correspondiendo estos sujetos al ámbito personal de validez de la norma constitucional de la parte dogmática.

Ignacio Burgoa opina que el mejor término a emplear debiera ser el de gobernado, porque éste puede ser aplicado en un régimen de derecho en donde existen gobernantes y gobernados.³⁸

Al hablar la Constitución de *persona*, no hizo diferencia alguna por cuanto a la edad, así que menores o mayores de edad quedan ubicados en el mismo supuesto normativo, es decir, son titulares de garantías.

Tampoco aludió al sexo de las personas, quedando incluidas en la descripción, tanto varones como mujeres; tan es así que el artículo 4º de la Ley en estudio, establece en su párrafo segundo “que el varón y la mujer son iguales ante la ley”.

La Ley Fundamental no hace referencia a la condición social o económica de las personas, quedando incluidos pobres o ricos.

De igual manera, no alude a la raza o a la nacionalidad; por consiguiente, la Ley Suprema se aplica a nacionales como a extranjeros, en materia de garantías individuales. Este criterio se apoya además en el contenido del artículo 33 del mismo texto jurídico, que en lo conducente expresa: “Son personas extranjeras las que no posean las calidades determinadas en el artículo 30 constitucional y gozarán de los derechos humanos y garantías que reconoce esta Constitución”.

En síntesis, el sujeto activo titular de las garantías -contenidas en la parte dogmática de la Constitución-, es el gobernado, persona física o moral, sin importar edad, sexo, condición social o económica, raza o nacionalidad.

³⁸ Cfr.; Las Garantías...; Ob. Cit.; pp. 112-153.

a.2 El *sujeto pasivo*, Es el obligado frente al titular de la garantía individual, el que en palabras de Ignacio Burgoa corresponde al “Estado como entidad jurídica y política en que se constituye el pueblo y por las autoridades del mismo”.³⁹

De tal manera que el Estado como entidad encargada de dirigir y organizar los destinos de un país tiene restringido su actuar en materia de derechos humanos, a las garantías individuales reguladas en la Constitución; sin embargo, pudiera prestarse a confusión el hecho de que por una parte mencionamos que la persona moral oficial o de derecho público es titular de garantías y ahora comentamos que es el obligado.

Recordemos que al hablar de la relación de supra a subordinación indicamos que el Estado actúa con facultades de imperio y el particular o gobernado se encuentra sometido a esas determinaciones.

Tal manifestación que en uso de su poder (soberanía) ejerce el Estado sobre los miembros de su pueblo, se denomina “acto de autoridad”, es en este supuesto cuando el Estado actuando como autoridad (y no como otro gobernado) emite actos que van dirigidos a los gobernados y que pueden afectar sus garantías (y por consiguiente, sus derechos humanos).

Así los órganos del Estado, Federales, Estatales, del Distrito Federal o municipales, serán sujetos pasivos de la garantía de la persona.

Sobre el particular, podemos mencionar que la autoridad se identifica por su actuar -actos de autoridad-, que son: unilaterales porque no se toma el parecer del destinatario del acto (gobernado); imperativos, por ser obligatorios para el gobernado, y, coercitivos, porque no queda a su arbitrio o capricho cumplirlos,

³⁹ Las Garantías...; Ob. Cit.; p. 177.

debe de efectuarlos, pues en caso de no hacerlo se harán efectivos a través del auxilio de la fuerza pública.⁴⁰

b. El *objeto*, de acuerdo con la relación jurídica que se presenta entre los sujetos antes estudiados, se identifican, por una parte derechos y por la otra obligaciones.

En el caso del gobernado el derecho subjetivo público, nace de la ley para poder exigir del Estado ciertas pautas de conducta u obligaciones. Tales derechos también son originarios y absolutos, pues como menciona Burgoa, son originarios porque el hombre los tiene desde que es concebido y son absolutos porque se pueden exigir y hacer valer frente al sujeto de la obligación.

Esta obligación se traduce en el respeto, en una abstención o bien, una conducta positiva que permita al titular de la garantía el ejercicio de sus derechos. El obligado sólo podrá actuar observando los lineamientos previamente establecidos en la ley, cumpliendo así con la legalidad de su actuar.

El *objeto* es, por una parte, el derecho respaldado por la norma constitucional al gobernado y, por la otra, la obligación de respeto a ese derecho, cumpliendo el Estado y sus autoridades con las condiciones prescritas en la ley, para desarrollar su actuar.

c. La *fuentes*, se traduce en las condiciones que deben observar el Estado y sus autoridades al momento de emitir y ejecutar sus actos; se encuentran descritas en la ley, sin embargo, por la naturaleza que revisten los derechos que se garantizan, corresponde a la Constitución Federal, como supremo orden, regularlas; así la Ley Fundamental, como ordenamiento jurídico del Estado obliga a gobernantes y a gobernados, y establece los parámetros en que se desenvuelve el poder público así como los requisitos que ha de reunir al realizar legalmente su actividad.

⁴⁰ Cfr.; Burgoa, Ignacio. Diccionario de...; Ob. Cit.

De esta forma, “los derechos públicos subjetivos están preservados por un cúmulo de condiciones que aseguran su goce y ejercicio en favor de su titular o gobernado, en el sentido de que aquellos no pueden afectarse válidamente por ningún acto del poder público sin que éste observe o acate tales condiciones, cuyo conjunto integra la seguridad jurídica dentro de un régimen de derecho”.⁴¹

En conclusión, la fuente de las garantías individuales es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; pero no debemos olvidar, atendiendo al principio de supremacía constitucional descrito en el artículo 133 del Pacto Federal, que también es de observarse en este ámbito el contenido de los Tratados Internacionales, en materia de derechos humanos, suscritos por nuestro país.

d. La *relación jurídica*, como lo expresamos en su momento, las relaciones jurídicas que se presentan en el campo del derecho permiten ubicar a la garantía individual en la relación de supra a subordinación, en la que el Estado actúa con facultades imperoatributivas y el gobernado como subordinado a las decisiones de esa entidad.

1.2.5 Clasificación

Las prerrogativas del gobernado contenidas en la parte dogmática de la Constitución, se encuentran integradas por 29 artículos.

De estos numerales podemos excluir: al artículo 25 que corresponde a la rectoría económica del Estado (antes de ser reformado contenía la garantía de la libre correspondencia, que actualmente se ubica en el penúltimo párrafo del artículo 16), y, al artículo 26, que alude al sistema de planeación democrática del desarrollo nacional (antes de ser reformado contenía la prerrogativa sobre la

⁴¹ Burgoa, Ignacio. Las Garantías...; Ob. Cit.; pp. 185 y 186.

inviolabilidad del domicilio, que en la actualidad se localiza en el párrafo final del artículo 16).⁴²

También el artículo 29, que comprende la institución de la suspensión y restricción de garantías, no debe considerarse como protección a un derecho, pues como el lector podrá notar, no otorga garantías sino que las cesa. Es decir, que sólo “determinadas prescripciones legal-constitucionales, como normaciones del deber ser, dejan de tener validez durante el tiempo de la suspensión, toda vez que pasada ésta, que es siempre temporal, vuelven a quedar en vigor, invariablemente, las disposiciones suspendidas o limitadas”.⁴³

Para efecto de fijar los criterios que hemos de seguir para ordenar las prerrogativas del gobernado, debemos partir de ciertos puntos de vista.

a. Si atendemos a las *obligaciones a cargo del Estado*, las garantías serán de: *hacer* y de *no hacer*. Este criterio de ningún modo nos permitiría estudiar detalladamente las prerrogativas del gobernado, pues a manera de ejemplo la mayoría de los preceptos corresponden a obligaciones de no hacer por parte del Estado, como el caso del artículo 5º que establece la prohibición para la autoridad de impedir que el gobernado se dedique a cualquier actividad económica-productiva que sea lícita. Excepcionalmente existe disposición en la Constitución que determine una obligación que entrañe una conducta positiva del Estado, como es el supuesto de los artículos 3º, que entraña la obligación estatal de proporcionar educación; y, el 8º, que menciona que la autoridad que conozca de la petición está obligada a contestar en breve término al peticionario.

⁴² Las reformas de referencia corresponden a las publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 3 de febrero de 1986.

⁴³ Aguilar y Maya, José. La Suspensión de Garantías, estudio doctrinario y de derecho comparado de los artículos 29 y 49 de la Constitución de 1917; 2a. ed.; México, D.F.: Talleres Gráficos de la Nación, 1958; p. 21.

b. Para Juventino V. Castro el criterio de clasificación se centra en el *principio del que el ser humano es libre*, como requisito para realizarse vitalmente; ordena a las garantías:

b.1 De la *libertad*, que corresponden a la libertad personal, de acción, de ideología y libertad económica.

b.2 De *orden jurídico*, comprenden una serie de garantías de igualdad, competencia, justicia y propiedad.

b.3 De *procedimientos*, corresponden a la irretroactividad, legalidad, exacta aplicación de la ley y a las garantías dentro de los procedimientos judiciales.⁴⁴

Esta clasificación tiene el defecto de tomar como común denominador un valor que corresponde a la libertad siendo este uno de los elementos esenciales que preservan las garantías del gobernado y si el criterio del autor es ordenarlas en función de este concepto axiológico (estimativo o de valoración), no quedarían comprendidas las dos últimas categorías, que se involucran con la procuración o impartición de justicia.

c. Luis Bazdresch las agrupa por sus *efectos y por sus finalidades peculiares*, dichas garantías pueden ser clasificadas en tres ámbitos.

c.1 Las que interesan esencial o principalmente a las *personas*.

c.2 Las que trascienden al *beneficio social*.

c.3 Las que atañen a la *productividad de bienes*.

⁴⁴ Cfr.; Ob. Cit.; pp. 31 y 32.

En “la inteligencia de que son muy numerosas las que participan de las características de dos o de los tres de esos grupos, además, diversas garantías se agrupan bajo la designación de seguridad jurídica, que incluye las que integran la legalidad y los derechos especiales de los procesados”.⁴⁵

Como se aprecia de la opinión anterior, Luis Bazdresch particulariza las prerrogativas del gobernado por sus fines o sus efectos, las ubica en tres grupos que a final de cuentas resultan cuatro al comprender también a las de seguridad jurídica. Se olvida que al hablar de los derechos fundamentales del hombre éstos se caracterizan por comprender una serie de valores como son la vida, la igualdad, la libertad, la propiedad y la seguridad, y que el criterio que sostiene involucraría como él mismo lo dice, a varias garantías en un mismo rubro, desvirtuando el contenido de cada garantía.

d. Ignacio Burgoa, por su parte, sostiene que la mejor manera de clasificar a las garantías del gobernado es tomando como referencia la *naturaleza jurídica* preponderante de la garantía, vinculándola con el derecho fundamental que salvaguarda; bajo este juicio, las garantías se ordenan en:

- d.1 Garantías de Igualdad.
- d.2 Garantías de Libertad.
- d.3 Garantías de Propiedad.
- d.4 Garantías de Seguridad Jurídica.

En el primer rubro, se ubican los artículos 1º, 2º, 4º, 12 y 13. En estos numerales se alude a la igualdad ante la ley como el derecho que tienen los gobernados que se encuentren en la misma situación jurídica, de que se les apliquen las mismas normas, sin distinción alguna.

⁴⁵ Ob. Cit.; p. 35.

En el segundo aspecto, están los numerales 3º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º, 10, 11, 16 penúltimo párrafo, 24 y 28. Estos preceptos aluden a las libertades esenciales del hombre, como la de educación, trabajo, expresión de ideas, imprenta, petición, reunión y asociación, posesión y portación de armas, tránsito, correspondencia, culto y, concurrencia.

La *libertad*, como garantía individual, se manifiesta en el derecho que tienen los gobernados para actuar de acuerdo con su albedrío, en hacer o dejar de hacer, con la única obligación de respetar la ley y la esfera de libertades de las demás personas.

En el tercer supuesto, se encuentra el artículo 27 que habla en su primer párrafo de la propiedad del Estado y la propiedad privada que corresponde a los particulares. En la propiedad considerada como derecho público subjetivo, el Estado tiene la obligación de respetarla a los gobernados y, éstos tienen el derecho de ejercitar las facultades de uso, goce y disposición sobre sus pertenencias, sean éstas muebles o inmuebles.

El cuarto punto, corresponde a las garantías de seguridad jurídica, en las que la autoridad tiene la obligación de cumplir los requisitos que la norma constitucional exige (así como las leyes secundarias) para emitir sus actos de autoridad, para que estos no violen garantías individuales. Los artículos que las contienen son: 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, y 23.

De los artículos mencionados se destacan el 14 y 16, por contener éstos los requisitos de los actos de privación y de molestia, respectivamente. En el párrafo segundo del 14 se alude a la libertad como bien tutelado por la norma. En el caso del 16, en sus párrafos quinto a séptimo, se alude a los casos en que sin mediar orden de aprehensión, se puede detener en averiguación previa, al probable responsable de un delito, situación que será abordada con detalle en el Capítulo 4, de esta investigación.

CAPÍTULO 2.

SALVAGUARDA CONSTITUCIONAL DE LA LIBERTAD

Al término libertad podríamos considerarlo como uno de los más ambiguos en el lenguaje social, político y jurídico, es un vocablo que lleva implícito varias definiciones o significados que permiten que podamos usarlo indistintamente para los fines más variados. Es por eso que dar una definición lo más general y abarcadora posible de la libertad, ha resultado ser una de las tareas más difíciles para los estudiosos de las ciencias sociales.

No obstante la mayoría de las definiciones han coincidido en considerarla como una facultad o capacidad que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra, o sencillamente no obrar, esta facultad nace del poder de que se halle revestido naturalmente el hombre para emplear sus facultades en la ejecución de aquello que le parezca más conveniente.⁴⁶

Por tanto la libertad debe entenderse como ausencia de coacciones o trabas externas que impidan el desarrollo integral de la persona. Acto libre sería entonces aquel que se ejecuta con dominio, esto es, con facultad para realizar otro distinto o contrario, o cuanto menos para omitirlo.

La libertad caracteriza los actos propiamente humanos, y hace al hombre responsable de sus actos en la medida en que ellos son voluntarios. Se entiende como libre lo que existe únicamente por necesidad de su naturaleza y sólo por ella se determina a la acción, necesario, o por mejor decir, obligado; es algo que está determinado de una manera segura y precisa por otra cosa para ser y actuar.

⁴⁶ Mantilla Pineda, Benigno. Filosofía del Derecho; Colombia: Editorial Temis; 1999; pp. 293-318.

2.1 Concepción Filosófica

Desde el materialismo filosófico la libertad no puede ser comprendida al margen del determinismo casual. La concepción casual de la libertad la ve no como la posibilidad de realizar "actos sin causa", sino como la posibilidad de atribuir a la persona misma la causalidad del acto libre, constituido en un circuito procesal. Esta idea es la que se expresa, de un modo metafísico (por cuanto trata a la persona como si fuera sustancia ya constituida) en las fórmulas: "la libertad es la facultad de hacer lo que se es", " es libre quien puede cumplir el principio: sé quien eres". Sólo podremos considerar libres aquellos actos de los cuales podamos considerarnos causa (o nos hacemos responsables), para lo cual será imprescindible que hayan sido proyectados (planeados o programados) como episodios de un proceso global. Desde este punto de vista no cabe hablar de libertad cuando desconozco las consecuencias de mi elección.

Todo esto implica que la libertad no sólo deba entenderse en un sentido individual, sino además como un asunto social y hasta político. Las concepciones filosóficas abstractas de la personalidad, dentro de la cual sitúan a la libertad como un elemento inherente a su naturaleza, han tenido repercusiones en la vida social.

El hombre, considerado abstractamente como persona, está dotado de la potestad libertaria, por lo que dentro de la convivencia humana, dentro del conglomerado social, en las múltiples relaciones que surgen entre los miembros de éste, la libertad como factor abstracto deontológico del hombre ha pugnado por transmutarse en algo real.

Por tanto la libertad, en su nivel más elevado emerge cuando la persona, sujeto de derechos inviolables, es reconocida como tal. Los derechos del otro se convierten así en deberes del sujeto y recíprocamente: los derechos del sujeto constituyen deberes para el otro. En esta situación la libertad, como simple libre albedrío, se convierte en responsabilidad. Esto implica que la libertad debe constituirse como

el estado en que se está falto de sujeción y subordinación, pero dicha libertad podrá estar limitada por la normativa social de los hombres, en virtud de la mencionada responsabilidad.

En consecuencia, no podemos ser privados de nuestra libertad, excepto en los casos y según las formas determinadas por la Ley. Al respecto afirma Montesquieu: la libertad es el derecho de hacer lo que las leyes permitan, y si un ciudadano pudiera hacer lo que las leyes prohíben, no tendría más libertad, porque los demás tendrían el mismo poder. Y señalaba que en una sociedad que tiene leyes, la libertad no puede consistir en otra cosa que en poder hacer lo que se debe querer y en no ser obligado a hacer lo que no debe quererse.

Naturaleza Física y Naturaleza Ética de la libertad.

Hay seres que solamente poseen una naturaleza física, como los minerales, vegetales y animales, estos seres rigen su comportamiento mediante leyes que educen de su propia esencia y que son de cumplimiento necesario. Pero hay otros seres que además de una naturaleza ética sustancialmente unida a la física, poseen una naturaleza ética y sustancialmente unida al anterior, estos seres son los humanos y en ese orden ético rigen su comportamiento mediante leyes de cumplimiento contingente es decir, los hombres pueden o no cumplir con la ley ética, sea moral sea jurídica. Esta ley ética también educa de la propia naturaleza ética, pero no se cumple necesariamente sino inteligentemente y libremente la ley suprema de la ética dice “tu comportamiento debe ser bueno”; todos sabemos que algunos comportamientos son malos. Esto no ocurre en el mundo físico, pues no reina la libertad sino la necesidad.

Cuando el hombre lesiona a otro conscientemente es responsable, debe hacerse cargo por su acción simplemente porque es libre por naturaleza las leyes éticas están siempre dirigidas a seres racionales; si algún ser humano tiene disminuida su racionalidad, como el tonto, el demente, el hipnotizado, no responde en la

misma mediada que un hombre reflexivo. La libertad es otro punto de vista que nos permite seguir clasificando el fenómeno jurídico pero la libertad de hecho no la de derecho la primera, es el poder de hacer el bien o el mal; en cambio, la libertad de derecho solo autoriza opciones en el campo del bien nunca del mal no hay ley natural ética que permita el mal; solo autoriza ejercer la libertad entre las distintas opciones o alternativas buenas. En cambio, de hecho el hombre tiene al arbitrio de hacer tanto el mal como el bien. Esta libertad de hecho es la que tomamos como punto de vista.

Libertad Jurídica

Es necesario distinguir dice José Manuel Delgado Ocando, la libertad metafísica de la libertad jurídica. La primera es posibilidad existencial, la segunda, un poder o facultad derivado de una norma. Esta diferencia resulta muy útil para la comprensión de los derechos subjetivos. La libertad jurídica tiene una significación muy profunda y un papel capital en el derecho. Es el supuesto de la persona. Sin libertad jurídica la persona es inconcebible. El esclavo no era una persona justamente porque se le negaba totalmente la libertad jurídica. Y sin persona, sin sujeto de derecho, es imposible cualquier ordenamiento jurídico. El derecho es siempre cualquier relación intersubjetiva, de persona a persona.⁴⁷

La libertad jurídica no es un concepto cualquiera, sino un concepto necesario, apriorístico. Sin ella la realización de los valores jurídicos serían un sin sentido. A más de condición de la persona, la libertad jurídica es la propia esfera de actividad de la persona. La persona no puede moverse sino en un ámbito de libertad.

Eduardo García Máynez define la libertad jurídica como “la facultad que tiene toda persona de ejercitar o no ejercitar sus derechos subjetivos, cuando el contenido de

⁴⁷ Cfr.; Lecciones de Filosofía del Derecho. Maracaibo, Venezuela: (s.e.) 1957; p. 215.

los mismos no se reduce al cumplimiento de un deber propio⁴⁸. De acuerdo con esta definición, la libertad jurídica es la licitud potestativa. Ni la violación de la norma ni el cumplimiento del acto prescrito, envuelven la libertad jurídica. La libertad jurídica es una forma de manifestación de todo derecho subjetivo, absoluto o relativo, privado o público.

Luis Recasén Siches dice que la libertad individual es un segundo corolario de la dignidad. Y establece que la dignidad de la persona individual implica necesariamente el principio de la libertad individual. Si el hombre es un ser que tiene fines suyos propios, si es un ser que constituye un fin en sí mismo, si es una criatura hija de Dios con la perspectiva de su auto salvación, y si esos fines pueden ser cumplidos tan sólo por propia decisión individual, resulta, claro que la persona humana necesita una esfera de franca libertad, dentro de la cual pueda operar por sí propia. Porque el hombre tiene fines propios que cumplir por su propia decisión, necesita el respeto y la garantía de su libertad, necesita estar exento de la coacción de otros individuos y de la coacción de los poderes públicos que se interfieran con la realización de tales finalidades, que le son privativamente propias.⁴⁹

Hay, además, otro argumento para justificar la libertad jurídica del hombre. La libertad jurídica es esencialmente necesaria al ser humano, porque la vida del hombre es la utilización y el desarrollo de una serie de energías potenciales, de una serie de posibilidades creadoras, que no pueden ser encajadas dentro de ninguna ruta preestablecida. El desenvolvimiento de la persona sólo puede efectuarse por medio de las fuerzas creadoras latentes en el individuo humano. Aunque, la sociedad y la autoridad sean esencialmente necesarias al hombre, ni la sociedad ni las instituciones son creadoras. Sólo la libertad personal le hace al hombre desenvolver su propia persona. Ciertamente que para este fin el ser humano necesita ciertamente la ayuda de la sociedad, del Estado y del Derecho; pero

⁴⁸ Cfr.; Ob. Cit.; p. 234.

⁴⁹ Cfr.; Ob. Cit.; pp. 317-321.

únicamente el individuo mismo en un ámbito de libertad puede desenvolver sus fuerzas creadoras.

La libertad, desde el punto de vista social y jurídico, tiene varios aspectos: unos negativos, es decir, de valla, de cerca, que defienden el santuario de la persona individual frente a ingerencias de otros individuos, y frente a intromisiones de los poderes públicos; y otros aspectos positivos, entre los cuales figuran los derechos democráticos a participar en el gobierno de su propio pueblo, y los llamados derechos sociales, económicos y culturales, gracias a los cuales obtenga las condiciones materiales y sociales, así como los servicios colectivos, para el libre desarrollo de sus propias posibilidades.

Ahora bien, en la presente fase de esta exposición, importa subrayar sobre todo los aspectos negativos, es decir, la libertad jurídica, como una serie de barreras o defensas contra las trabas o los impedimentos, y contra las ingerencias injustas de otro, individuos o de los poderes públicos.

Estos aspectos negativos del derecho de libertad jurídica comprenden dos clases de defensas: a) Defensa del individuo por el Derecho frente al Estado; y, b) Defensa del individuo por el Derecho frente a ataques de otros individuos, o frente a presiones sociales abusivas o indebidas, de convencionalismos.

La Libertad Política.

La libertad era el señuelo en las luchas políticas de los siglos XVIII y XIX. Hoy lo es la igualdad. En aquellos tiempos se imponía la libertad para elevar a la categoría de personas a millones de millones de siervos y esclavos privados de los más elementales derechos individuales. Ahora se impone la igualdad para redimir a millones de millones de proletarios condenados a la miseria muchas veces sin razón. Libertad e igualdad, no se excluyen aunque por fuerza de

circunstancias históricas haya precedido la proclamación de la libertad política a la igualdad económica.

A decir verdad, la libertad jamás estuvo ausente de la historia, no pudo estarlo porque ella “es la forjadora de la historia”. La historia es la lucha por la libertad. Lucha cruenta, secular, incesante. La libertad no se adquiere de una vez para siempre. Es adquisición personal, generacional, colectiva. Cada hombre, cada generación tiene que adquirirla para sí. Ningún bien cultural es tan esquivo como la libertad. Tiene que contar con la condición íntima y personal de cada hombre. Sin esta actitud subjetiva, sería estéril cualquier esfuerzo para hacer libres a otros.

Si el hombre, no se siente libre, de nada sirve todas las condiciones favorables para la libertad; si se siente libre, lo es verdaderamente aun sometido a la más opresiva sujeción, y no tardará en romper las cadenas y forjar su vida exterior con arreglo a sus imperativos internos. Cuando falta en los individuos y en los pueblos la voluntad de ser libres, sobreviene el despotismo como secuela inevitable. Sin la enajenación de la propia libertad, jamás se habría producido la esclavitud.

Hegel concebía la historia como el proceso dialéctico de la libertad: en el Estado oriental solo un hombre era libre, el déspota; en el Estado grecorromano solo algunos hombres eran libres, los ciudadanos; y en el Estado germánico todos los hombres son libres. La libertad del idealismo, sin embargo, es la ilusión de la libertad, puesto que no es la posición y actitud auténticas de la persona individual, sino la fuerza dialéctica de la idea. La libertad auténtica no puede estar sometida a pautas dialécticas ni a cursos forzosos. Es la expresión altiva de la vida noble y elevada. Grita dondequiera que se encuentra obstáculo a su paso; protesta dondequiera que se la restrinja; surge como reacción varonil siempre que hay opresión del hombre por el hombre.

En la historia moderna la libertad está ligada a la Revolución Francesa. Pero sus raíces se hunden en la cultura occidental. Grecia y Roma habían transmitido el

recuerdo de innumerables héroes de la libertad y de gestas sublimes y de tragedias en las cuales, por la libertad se habían ofrendado la vida. Libertad habían invocado los cristianos y, a través de los siglos, sus iglesias; libertad los municipios contra, los emperadores y los reyes, y libertad, por su parte, los señores feudales y los barones contra los mismos reyes y emperadores; y estos su vez, contra los barones y los vasallos poderosos y contra los municipios que usurpaban los derechos soberanos.

La libertad antigua y la moderna, aunque difieren en grado, son una esencia. No pueden ser de otra manera como los hombres mismos, las situaciones sociales y la concepción del mundo son, distintos, la libertad no podía ser concebida ni realizada de idéntica manera. Sin duda hay mucha verdad en las palabras de Benjamín Constant sobre este tema: la libertad entre los antiguos significaba la participación en el poder del Estado; la libertad para los modernos es la libertad frente al Estado. Mientras la libertad civil es un bien cultural común a los Estados occidentales desde el siglo V a. de C. hasta el presente ni Grecia ni Roma ni la edad media conocieron la libertad política en el mismo grado que la conocemos nosotros a partir de la Revolución Francesa.

En nuestro modo de pensar la libertad política es la participación en la vida y organización del Estado y el goce de derechos subjetivos frente al Estado. A la luz de esta noción de libertad política podemos afirmar que la antigüedad solo la conoció parcialmente y que la modernidad solo comenzó a disfrutarla en el Estado de Derecho. Y decimos intencionalmente en el Estado de Derecho, porque fuera del no hay libertad política. Ni el Estado-partido de izquierda ni el Estado-Iglesia de derecha ni ninguna forma de totalitarismo, consientes la libertad política. No puede consentirla, porque ello involucraría su misma destrucción.

La libertad política envuelve la libertad de pensamiento y expresión, la libertad de asociación, la libertad de elegir y ser elegido para los cargos públicos y el goce de todos los derechos individuales, pero no como concesiones gratuitas del Estado

sino como derechos inherentes a la dignidad de la persona humana. La libertad política es hija legítima del Estado de Derecho, es decir, de la más alta conquista de los hombres libres y de la civilización.

Libertad Física

Hay libertad física cuando hay ausencia de vínculos que impidan al hombre autodeterminarse. Por vínculos físicos entendemos todos aquellos que afectan la parte corpórea del ser humano, tanto externos, como internos. Atendiendo a la naturaleza externa o interna del vínculo, la libertad física se subdivide en libertad de espontaneidad y libertad psicológica.

La libertad de espontaneidad se da cuando no hay vínculo externo que impida desde afuera, por medios físicos, las inclinaciones externas espontáneas del ser.

La libertad psicológica (que también se llama libre albedrío) consiste en la ausencia de vínculos internos que determinen en forma decisiva las acciones internas del ser. El hombre puede perder la libertad psicológica o por desequilibrios mentales, o por circunstancias momentáneas que obnubilen sus facultades, o a consecuencias de causas externas.

Los derechos humanos, como se expresó en el Capítulo anterior, son el conjunto de prerrogativas inherentes a la naturaleza de la persona, cuya realización efectiva resulta indispensable para el desarrollo integral del individuo que vive en una sociedad jurídicamente organizada. Estos derechos, establecidos en la Constitución y en las leyes, deben ser reconocidos y garantizados por el Estado.

Todos estamos obligados a respetar los derechos humanos de las demás personas. Sin embargo, según el mandato constitucional, quienes tienen mayor

responsabilidad en este sentido son las autoridades gubernamentales, es decir, los hombres y mujeres que ejercen la función de servidores públicos.⁵⁰

La tarea de proteger los derechos humanos representa para el Estado la exigencia de proveer y mantener las condiciones necesarias para que, dentro de una situación de justicia, paz y libertad, las personas puedan gozar realmente de todos sus derechos. El bienestar común supone que el poder público debe hacer todo lo necesario para que, de manera paulatina, sean superadas la desigualdad, la pobreza y la discriminación.

La defensa o la protección de los derechos humanos tiene la función de:

- Contribuir al desarrollo integral de la persona.
- Delimitar, para todas las personas, una esfera de autonomía dentro de la cual puedan actuar libremente, protegidas contra los abusos de autoridades, servidores públicos y de particulares.
- Establecer límites a las actuaciones de todos los servidores públicos, sin importar su nivel jerárquico o institución gubernamental, sea Federal, Estatal o Municipal, siempre con el fin de prevenir los abusos de poder, negligencia o simple desconocimiento de la función.
- Crear canales y mecanismos de participación que faciliten a todas las personas tomar parte activa en el manejo de los asuntos públicos y en la adopción de las decisiones comunitarias.

Clasificación de los Derechos Humanos en tres generaciones

Si bien hicimos alusión a esta categorización en el Capítulo anterior, resulta oportuno retomar de nueva cuenta las aportaciones de la doctrina, dada la importancia que reviste para esta investigación. Los derechos humanos han sido clasificados de diversas maneras, de acuerdo con su naturaleza, origen, contenido

⁵⁰ Véanse los artículos 1º, párrafo tercero y 128 de la Constitución Federal.

y por la materia que refiere. La denominada “tres generaciones”, es de carácter histórico y considera cronológicamente su aparición o reconocimiento por parte del orden jurídico normativo de cada país.

Primera generación

Se refiere a los derechos civiles y políticos, también denominados "libertades clásicas". Fueron los primeros que exigió y formuló el pueblo en la Asamblea Nacional durante la Revolución francesa. Este primer grupo lo constituyen los reclamos que motivaron los principales movimientos revolucionarios en diversas partes del mundo a finales del siglo XVIII.

Como resultado de esas luchas, esas exigencias fueron consagradas como auténticos derechos y difundidos internacionalmente, entre los cuales figuran:

- Toda persona tiene derechos y libertades fundamentales sin distinción de raza, color, idioma, posición social o económica.
- Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad jurídica.
- Los hombres y las mujeres poseen iguales derechos.
- Nadie estará sometido a esclavitud o servidumbre.
- Nadie será sometido a torturas ni a penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, ni se le podrá ocasionar daño físico, psíquico o moral.
- Nadie puede ser molestado arbitrariamente en su vida privada, familiar, domicilio o correspondencia, ni sufrir ataques a su honra o reputación.
- Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia.
- Toda persona tiene derecho a una nacionalidad.
- En caso de persecución política, toda persona tiene derecho a buscar asilo y a disfrutar de él, en cualquier país.
- Los hombres y las mujeres tienen derecho a casarse y a decidir el número de hijos que desean.
- Todo individuo tiene derecho a la libertad de pensamiento y de religión.

- Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y expresión de ideas.
- Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión y de asociación pacífica.

Segunda generación

La constituyen los derechos económicos, sociales y culturales, debidos a los cuales, el Estado de Derecho pasa a una etapa superior, es decir, a un Estado Social de Derecho.

De ahí el surgimiento del constitucionalismo social que enfrenta la exigencia de que los derechos sociales y económicos, descritos en las normas constitucionales, sean realmente accesibles y disfrutables. Se demanda un Estado de Bienestar que implemente acciones, programas y estrategias, a fin de lograr que las personas los gocen de manera efectiva, y son:

- Toda persona tiene derecho a la seguridad social y a obtener la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales.
- Toda persona tiene derecho al trabajo en condiciones equitativas y satisfactorias.
- Toda persona tiene derecho a formar sindicatos para la defensa de sus intereses.
- Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure a ella y a su familia la salud, alimentación, vestido, vivienda, asistencia médica y los servicios sociales necesarios.
- Toda persona tiene derecho a la salud física y mental.
- Durante la maternidad y la infancia toda persona tiene derecho a cuidados y asistencia especiales.
- Toda persona tiene derecho a la educación en sus diversas modalidades.
- La educación primaria y secundaria es obligatoria y gratuita.

Tercera generación

Este grupo fue promovido a partir de la década de los setenta para incentivar el progreso social y elevar el nivel de vida de todos los pueblos, en un marco de respeto y colaboración mutua entre las distintas naciones de la comunidad internacional. Entre otros, destacan los relacionados con:

- La autodeterminación.
- La independencia económica y política.
- La identidad nacional y cultural.
- La paz.
- La coexistencia pacífica.
- El entendimiento y confianza.
- La cooperación internacional y regional.
- La justicia internacional.
- El uso de los avances de las ciencias y la tecnología.
- La solución de los problemas alimenticios, demográficos, educativos y ecológicos.
- El medio ambiente.
- El patrimonio común de la humanidad.
- El desarrollo que permita una vida

Los derechos humanos son en su origen una idea política expresada en la exigencia del respeto irrestricto del estado a la libertad e igualdad de la persona estas prerrogativas constituyen el escudo del hombre como arbitrio de los gobernantes para dar sentido y destino a su relación, no solo frente al Estado, sino también frente a sus semejantes.

En esencia, el objeto del derecho humano es poner un dique a la acción estatal, en el marco de aplicación de la ley, estableciendo un espacio mínimo de facultades, posibilidades y oportunidades que propicien la vida social del ser

humano. De tal suerte, el respeto a los derechos humanos bien puede ser el indicador para medir en que grado las formas de organización social están a la altura del espíritu del hombre.

Hablar de derechos del hombre, de derechos humanos, es hablar de la dignidad de un ser, que por sus facultades morales y racionales se ha sobrepuesto a su origen animal y puede situarse muy por encima de él. La noción de persona humana, encuentra su fundamento mas firme en los elementos valorativos e intelectivos propios únicamente de este ser llamado hombre, y a ella le va aparejada, como expresión sintética de dichas facultades, concepto de dignidad, a lo cual Antonio Truyol, señala: “Decir que hay derechos humanos o derechos del hombre en el contexto histórico espiritual que es el nuestro, equivale a afirmar que existen derechos fundamentales que el hombre posee por el hecho de ser hombre, por su propia naturaleza y dignidad; derechos que le son inherentes y que, lejos de nacer de una concesión de la sociedad política, han de ser por esta consagrados y garantizados”.⁵¹

La libertad como derecho humano:

Jhon Locke considera que el hombre tiene por naturaleza derechos fundamentales, como lo son los correspondientes a la vida a la libertad, la seguridad, la propiedad etc. y que el Estado debe garantizar que no sean conculcados por sus actos ni por los de otros individuos.⁵²

La libertad y los derechos humanos entrañan un vínculo indisoluble, en una relación que va del principio ideal al contenido del mismo. La libertad es el punto eje de los derechos humanos, toda vez que por ella se explica la posibilidad de

⁵¹ Truyol, y Serra, Antonio. Los Derechos Humanos; Madrid: Civitas; 1968; p. 11.

⁵² Citado por: Lara Ponte, Rodolfo. Las Libertades Públicas y sus Garantías en el Estado de Derecho; México, D.F.: Edit. Porrúa, S.A.; 2002; pp. 96 y 97.

autonomía del ser humano en la sociedad, así como de los límites a los poderes externos a él, singularmente los del Estado.⁵³

Desde un punto de vista político esta idea de vinculación entre libertad y derecho humanos desemboca directamente en las formas democráticas modernas, en las que la sociedad erige sus cuerpos representativos para la tarea gubernativa. Los derechos del hombre constituyen los principios medulares de los sistemas políticos de corte democrático, independientemente de los rasgos que revistan las formulaciones hechas en las diversas circunstancias de espacio y tiempo que caracterizan a los ordenes jurídicos contemporáneos.

Considerando que los grandes postulados del *ius naturalismo*, como la dignidad humana, la libertad, la igualdad, la justicia son como tales, principios generales del conocimiento filosófico, y en su vertiente de conocimiento ideológico político, de la democracia, es preciso abordarlos desde el punto de vista jurídico.

Por lo antes dicho es evidente la identidad entre el *ius naturalismo* y la idea de los derechos humanos y de las libertades del hombre es más cuando la historia ratifica su correspondencia al recordar que toda lucha y argumentación por dichos derechos se ha hecho bajo la bandera de la libertad que asiste al hombre por su propia naturaleza. Ahora bien esta lucha histórica plantea el problema de su puesta en práctica, de su traducción a un orden jurídico positivo, de la posibilidad real de hacerlos efectivos en su espacio natural, que es la sociedad.

El 10 de diciembre de 1948, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó y proclamó la Declaración Universal de Derechos Humanos, la cual establece que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana.

⁵³ Sánchez de la Torre, Ángel. Diccionario UNESCO de Ciencias Sociales; T. II; Edit. Planeta; 1987.

Considerando que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad, y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias; afirma que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión; para ello es esencial promover el desarrollo de relaciones amistosas entre las naciones.

Considerando que los pueblos de las Naciones Unidas han reafirmado en la Carta su fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de derechos de hombres y mujeres, y se han declarado resueltos a promover el progreso social y a elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad.

Dicha declaración establece dentro de su contenido el derecho humano de la libertad el cual se consagra en diferentes artículos los cuales se transcriben a continuación:

Artículo 1

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Artículo 2

1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición...

Artículo 3

Todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona.

Artículo 4

Nadie estará sometido a esclavitud ni a servidumbre, la esclavitud y la trata de esclavos están prohibidas en todas sus formas.

Artículo 9

Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

Artículo 13

1. Toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado.

2. Toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, incluso del propio, y a regresar a su país.

Artículo 18

Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; este derecho incluye la libertad de cambiar de religión o de creencia, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual y colectivamente, tanto en público como en privado, por la enseñanza, la práctica, el culto y la observancia.

Artículo 22

Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.

Artículo 29

1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.
2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.
3. Estos derechos y libertades no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

2.2 La Libertad como Derecho y como Garantía.

La libertad, es una condición *sine qua non*, imprescindible para el logro de la teleología que cada individuo persigue. En estas circunstancias, la libertad se revela como una potestad inseparable de la naturaleza humana, como un elemento esencial de la persona.

Pues bien, la libertad de que disfrutaron en la antigüedad, en la época medieval y en los tiempos modernos los grupos prepotentes y privilegiados, salvo algunas excepciones, no significaba una garantía de la persona; esto es, no era una libertad pública, sino una libertad civil o privada.

El individuo gozaba de libertad dentro del campo del Derecho Civil, esto es, en las relaciones con sus semejantes, como sucedía principalmente en Roma y en Grecia. Sin embargo, frente al poder público no podía hacer valer la libertad de que era sujeto. El Estado y sus autoridades estaban en la posibilidad de respetar la esfera de acción del gobernado, más no como consecuencia de una obligación jurídica, sino a título de mera tolerancia.

El gobernante, según su arbitrio y discreción, podía o no respetar la libertad de un individuo; más no estaba obligado a acatarla. De ahí que el Estado, sin tener barreras jurídicas que limitaran su actividad en beneficio del gobernado, se tornaba cada vez mas prepotente, invadiendo las órbitas de la actuación del individuo en todos sus aspectos, como sucedía en los regímenes absolutistas, principalmente en Francia, en donde los monarcas eran dueños de las vidas y haciendas de sus súbditos.

Hasta antes de la Revolución francesa, y salvo excepciones como las concernientes a los regímenes jurídicos inglés y español (este último a virtud de los "fueros"), en los que la actividad gubernamental debía respetar jurídicamente cierta esfera de acción del gobernado, el hombre libre, esto es, el perteneciente a las clases sociales privilegiadas, solo gozaba de una libertad civil o privada frente a sus semejantes y en las relaciones con éstos, careciendo de libertad pública o a título de garantía individual, es decir, frente a los gobernantes.

Ante los desmanes y arbitrariedades cometidos en contra de los gobernados por el poder público, en vista de los abusos muy frecuentes de los monarcas irresponsables y tiránicos ejecutados en perjuicio de sus súbditos, el individuo exigió del gobierno, como sucedió en Inglaterra principalmente, el respeto a sus prerrogativas como persona, dentro de las que ocupa un lugar preeminente la libertad.

Los hechos políticos arbitrarios por un lado y las concepciones filosóficas iusnaturalistas sobre el ser humano, determinaron la consagración jurídica de las prerrogativas fundamentales del hombre. Ésta, sin embargo, tiene una fuente diversa en Inglaterra y en Francia. Entre los anglosajones la costumbre jurídica era la que imponía al monarca el respeto, la observancia de ciertas potestades fundamentales del gobernado; entre los franceses, cuyo sistema jurídico estatal pre-revolucionario desconocía todo derecho público escrito o consuetudinario que

no emanara de la voluntad real omnímoda, los derechos del hombre tuvieron su consagración legislativa por modo súbito, de manera repentina, al expedirse la famosa Declaración francesa de 1789. Pero, independientemente de la forma en que se implantan jurídicamente las prerrogativas fundamentales de la persona como tal, lo cierto es que, en el orden a la libertad del individuo, ésta ya no era simplemente un atributo de la actuación civil del sujeto, esto es, de su proceder ante sus semejantes en la vida social, sino un derecho público subjetivo, oponible y exigible al Estado.

La libertad individual, como elemento inseparable de la personalidad humana, se convirtió, en un derecho público cuando el Estado se obligó a respetarla. Ya dicho factor no tenía una mera existencia deontológica, sino que se tradujo en el contenido mismo de una relación jurídica entre la entidad política y sus autoridades, por un lado, y los gobernados, por el otro.

Esta relación de derecho, que surgió cuando el Estado, por medio de sus órganos autoritarios, decidió respetar una esfera libertaria en favor del individuo como consecuencia de un imperativo filosófico, creó para los sujetos de la misma un derecho y una obligación correlativa.

Un derecho para el gobernado como potestad o facultad de reclamar al Estado y a sus autoridades el respeto, la observancia del poder libertario individual, concebido en los términos a que aludíamos anteriormente. Una obligación para la entidad política y sus órganos autoritarios, consistente en acatar, pasiva o activamente, ese respeto. Es entonces cuando la libertad humana se concibe como el contenido de un derecho subjetivo público cuyo titular es el gobernado, con la obligación estatal correlativa impuesta al Estado y a sus autoridades; en otras palabras, es entonces cuando la libertad humana deontológico, basada en supuestos y principios filosóficos propios de la índole de la persona, se convierte en una garantía individual, engendrando un derecho subjetivo público para su

titular, consistente en su respeto u observancia, así como una obligación estatal y autoritaria concomitante.

No dejamos de reconocer, por otra parte, que el ejercicio real de la libertad humana como contenido de un derecho público subjetivo en los términos anotados, está sujeto a diversas condiciones objetivas que se dan en el ambiente socio-económico. En otras palabras, el ejercicio libertario en sus distintas manifestaciones no puede desplegarse sin dichas condiciones. Cuando éstas faltan, la libertad y los derechos públicos subjetivos que contienen sus diferentes especies, se antojan meras declaraciones teóricas formuladas en la Constitución frente a aquellos grupos humanos que por su situación económica y cultural no pueden desempeñarlos en la realidad. Por ello, la concepción clásica, tradicional de la libertad jurídicamente consagrada, ha sido atacada con acritud por el pensamiento marxista, para el que una libertad que no corresponda a la realidad socio-económica es simplemente formal, desprovista de contenido y de sentido, respecto de sujeto que no cuenten con medios para ejercitarla. Esta apreciación es correcta, pero no autoriza, ni mucho menos justifica, la proscripción de los derechos públicos subjetivos de contenido libertario.

Tales derechos, según lo hemos afirmado reiteradamente, implican obligaciones correlativas a cargo de los órganos del Estado en cuanto que éstos deben respetar las libertades específicas que aquéllos comprenden. A virtud de los mismos, todo gobernado está en posibilidad de desempeñarlos sin que los referidos órganos deban impedir su ejercicio. Ahora bien, si una persona, por las circunstancias fácticas en que se encuentre dentro de la realidad socio-económica y cultural en que viva, no está en condiciones de desplegar su derecho libertario, no por ello debe dejar de ser un titular, pues sin este derecho estaría a merced de las autoridades estatales, quienes podrían impedir el desempeño de cualquier libertad aunque tales circunstancias cambiasen.

No debe confundirse el derecho público subjetivo con su ejercicio real, y si para desplegarlo no existen las condiciones objetivas adecuadas, no por este motivo debe dejarse al gobernado sin protección jurídica.

Siendo la libertad una potestad compleja, esto es, presentando múltiples actos de aplicación y desarrollo, su implantación o reconocimiento por el orden jurídico constitucional se llevaron a cabo en relación con cada facultad libertaria específica. Éste es el método que se adopta por nuestra Constitución, la cual no consagra una garantía genérica de libertad, como lo hacía la Declaración Francesa de 1789, sino que consigna varias libertades específicas a título de derechos subjetivos públicos. Por esto, es por lo que siguiendo el método que emplea nuestro sistema constitucional, procederemos al estudio de cada uno de los preceptos de nuestra Ley Fundamental que contienen las diversas garantías específicas de libertad.

2.3 Sinopsis sobre las Garantías de Libertad

De conformidad con la clasificación presentada en la doctrina por Ignacio Burgoa, los artículos 3º, 5º al 11, 24 y 28, consagran sendas garantías de libertad, a favor de los gobernados; enseguida comentaremos someramente el contenido de cada una de ellas, destacando en lo particular el caso de la libertad de tránsito, por involucrarse de manera importante con el tema de estudio.

En el caso del **artículo 3º**, se alude a la educación, en una doble óptica: a) Como el derecho que tiene el gobernado a recibir educación preescolar, primaria, secundaria y media superior, de manera gratuita, por parte del Estado; b) Como el derecho que tiene el titular de la garantía a impartir educación.

La libertad del trabajo consagrada en el **artículo 5º**, se traduce en un derecho público subjetivo, en la facultad del hombre de poder escoger entre las múltiples

ocupaciones lícitas que existen, la que más le agrade o convenga para el logro de su bienestar. Y como obligación estatal y autoritaria correlativa, la abstención del Estado y de sus autoridades en el sentido de no imponer al gobernando el desempeño de una actividad en específico y respetar su esfera de trabajo de los gobernados.

La libre manifestación de las ideas, pensamientos, u opiniones comprendida en el **artículo 6º**, constituye uno de los factores más indispensables para el progreso cultural y social de una colectividad; es decir, la libre manifestación de las ideas contribuye para el cabal desenvolvimiento de la personalidad humana, estimulando su perfeccionamiento y elevaciones culturales. Es por esta razón que aquella sociedad integrada por individuos condenados a no manifestar su pensamiento a sus semejantes siempre será incapaz de experimentar algún progreso cultural y social, y por consiguiente político.

El numeral en estudio, se contrae a la manifestación o emisión verbal u oral de las ideas la cual puede tener lugar concretamente en conversaciones, discursos, debates, polémicas y en general cualquier medio de exposición por conducto de la palabra. Refiriéndose dicha garantía igualmente a otros medios no escritos de exposición como la manifestación musical, pictórica, escultural, así como a su difusión bajo cualquier forma: cine, teatro, radio, la televisión o por internet.

En el caso del **artículo 7º**, que protege la libertad de imprenta o la libre manifestación de las ideas de manera escrita, comprende el ejercicio de los derechos de escribir y publicar.

Por cuanto al derecho a la información en el **artículo 6º**, aparenta ostentar un aspecto complementario del derecho público subjetivo que tiene como contenido la libertad de expresión del pensamiento por medios escritos, orales o por cualquier otro signo de exteriorización de las ideas.

La información debe ser veraz, implicando este deber una obligación moral y de sentido de responsabilidad para los órganos informativos, sin que ninguna ley secundaria se deban establecer criterios apriorísticos de veracidad por el riesgo que representarían en cuanto que coartarían la libertad de manifestación de las ideas.

Los medios de comunicación masiva como la radio, la televisión, el cine, el internet; deben estar subordinados al interés social, teniendo el Congreso de la Unión facultades expresas para reglamentar su manejo y proyección en la legislación secundaria correspondiente.

En el **artículo 8º**, se comprende al derecho de petición, que obliga a la autoridad destinataria a contestar el escrito en breve término al peticionario y congruente a lo solicitado. El gobernado que ejerce este derecho, debe hacerlo de manera pacífica y respetuosa.

Corresponde al **artículo 9º**, la salvaguarda de los derechos de reunión y asociación, cuando éstos tengan un objeto lícito. Así lo gobernados podemos agruparnos para exigir nuestras justas demandas o protestar contra las autoridades, cuando se haga de manera tranquila. O bien, constituirse como personas morales de derecho privado, como es el caso de las sociedades civiles o mercantiles.

La libertad de posesión y portación de armas, se encuentra prevista en el **artículo 10**; la posesión de armas se circunscribe al domicilio de los gobernados, para su seguridad y legítima defensa de quienes allí habitan. Esta implica la obligación del Estado, consistente en respetar al poseedor de las mismas su posesión, no despojándolo de dichos objetos. Y tiene como limitación que el individuo no puede poseer aquellas armas que de acuerdo con la ley secundaria estén destinadas para el uso exclusivo del ejército, de la armada y la fuerza aérea.

La libertad de portación de armas sólo se presenta previo permiso que para tal efecto otorgue la Secretaría de la Defensa Nacional.

La libertad de tránsito, se consagra en el **artículo 11**, se presenta como toda garantía individual, en una relación jurídica de supra a subordinación, donde existe una dualidad cualitativa subjetiva, actuando como **sujeto activo** el gobernado tanto las personas físicas (todo ente de derechos y obligaciones) nacionales o extranjeras que residan en el territorio nacional independientemente de su edad, sexo, estado civil, raza, idioma, religión, ideología, orientación sexual, color de piel, nacionalidad, origen o posición social, trabajo o profesión, posición económica, carácter físico, discapacidad o estado de salud; así como también las personas morales que pueden ser de Derecho Público (Organismos Públicos Descentralizados, Empresas de Participación Estatal Mayoritaria, las Secretarías de Estado, incluyendo al Estado mismo), Privado (Sociedades y Asociaciones Civiles y Sociedades Mercantiles) y Social (Ejidos y comunidades), tendrán derecho a la libertad de tránsito aplicándoseles a estas últimas tan solo la libertad de cambio de residencia. Y como **sujeto pasivo** el Estado, que va actuar mediata e indirectamente y la autoridad actuando directa e inmediatamente teniendo la obligación de respetar la libertad de tránsito.

El objeto de esta garantía es la libertad de ambulación o locomoción, que se traduce en cuatro libertades específicas

- La de entrar al territorio de la República
- La de salir del mismo
- La de viajar dentro del Estado Mexicano
- La de mudar de residencia o domicilio

La libertad de tránsito es la facultad de que disfruta todo individuo para desplazarse por el territorio del país sin necesidad de autorización o permiso previo de la autoridad, pasaporte, salvoconducto, carta de seguridad, o cualquier

otro requisito de este tipo, así como la libertad para entrar y salir del país sin autorización o permiso previo.

El pasaporte es el documento que se da en favor de un individuo y que sirve para identificarlo y autorizarlo para penetrar a un sitio determinado.

La carta de seguridad era un documento exigido por una práctica colonial ya abolida, a los extranjeros para que se identificaran al hacer algún trámite o solicitud ante las autoridades.

El salvoconducto consistía en una orden protectora para quien se internaba en zonas ocupadas por ejércitos o guerrillas, en tiempos de revoluciones, o para que un asilado en una embajada pudiera ser sacado de esta y obtener el asilo de un país determinado.

La libertad de residencia se refiere a la facultad de todo individuo para establecer su residencia o morada, permanente o transitoria, en cualquier parte del territorio nacional. Se presume que una persona reside habitualmente en un lugar, cuando permanezca en él por más de seis meses.

Burgoa Orihuela menciona que esta libertad de tránsito solamente se refiere al desplazamiento o movilización física del gobernado, por lo tanto dicha libertad no comprende la prestación de ningún servicio, ni incluye la potestad de las autoridades federales o locales para reglamentar los medios de locomoción para su translación dentro del territorio de la República.⁵⁴

Es una libertad *intuitue personae*, por que a ningún sujeto se le podrá impedir el desplazamiento o movilización personal dentro del territorio nacional, lo que no implica que las autoridades federales y locales no puedan expedir leyes (Ley de Vías Generales de Comunicación) y reglamentos (Reglamentos de Tránsito)

⁵⁴ Cfr.; Las Garantías...; Ob. Cit.; pp. 389 y 391.

respectivamente, para prohibir que se utilicen vehículos que no reúnan las condiciones que estos ordenamientos establecen.

Tendremos que distinguir entre la libertad de tránsito interno respecto del cual el Estado no puede limitar su ejercicio mediante la exigencia de documentos a cuya extensión quedase supeditado el traslado o desplazamiento temporal, o la elección, fijación o variación del lugar de residencia permanente de las personas y la libertad de tránsito para el exterior, en cuyo caso el requerimiento de documentos, sólo será válido en la medida en que estos sirvan a la autoridad para identificar a las personas que cruzan las fronteras del país, para registrar y controlar los movimientos migratorios. Y también en los casos de asilo o refugio.

La libertad religiosa y de conciencia, garantizada por el **artículo 24**, es la potestad o facultad que tiene todo hombre de experimentar una cierta vivencia espiritual por medio de la que intuya y sienta a Dios (profesión de fe), de razonar lógicamente sobre su existencia; de interpretar los documentos en que se haya traducido la revelación divina (función intelectual) y de asumir y cumplir las obligaciones que deriven de las conclusiones a que se llegaron en virtud de los procesos intuitivo e intelectual mencionados (prácticas del culto).

La libertad religiosa comprende no sólo dichas potestades o facultades que pueda ejercitar, el hombre dentro de una postura de teísmo, sino la posibilidad de colocarse en una posición ateísta, de conformidad a lo que establece el artículo 2º de la Ley de Asociaciones Religiosas y Culto Público.

El **artículo 28**, salvaguarda la libre concurrencia; por ser el efecto natural de la libertad de trabajo, pues es la potestad que todo hombre tiene para dedicarse a la ocupación lícita que más le agrade, coloca a todo sujeto en la situación de poder desempeñar la misma actividad económica productiva, a la que ya se dedican otros.

2.4 Las Garantías de Seguridad Jurídica y la Libertad Personal

La libertad individual, como elemento inseparable de la personalidad humana, se convirtió en un derecho cuando el Estado se obligó a respetarla. Ya dicho factor no tenía una mera existencia deontológica, sino que se tradujo en el contenido mismo de una relación jurídica entre la entidad política y sus autoridades por un lado, y los gobernados o ciudadanos por el otro.

Esta relación de derecho, que surgió cuando el Estado, por medio de sus órganos autoritarios, decidió respetar una esfera libertaria a favor del individuo, como consecuencia de un imperativo filosófico, creó para los sujetos de la misma un derecho y una obligación correlativa. *Un derecho* para el gobernado como potestad o facultad de reclamar al Estado y a sus autoridades el respeto, la observancia del poder libertario individual, concebido en los términos a los que aludíamos anteriormente. Una *obligación* para la entidad política y sus órganos autoritarios, consistente en acatar, pasivamente o activamente ese respeto. Es entonces cuando la libertad humana se concibe como el contenido de un derecho subjetivo cuyo titular es el gobernado, así como de una obligación estatal correlativa.

Jurídicamente la libertad es un derecho natural e imprescriptible del hombre que en consecuencia, debe ser considerada como una facultad que afecta a todos sin excepción.

Para brindar una primera definición jurídica podríamos partir de lo expuesto en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia, de 1789, en donde se dice que la libertad consiste en poder hacer todo lo que no daña a los demás. Es decir, que el goce de este derecho debe estar limitado exclusivamente en razón de asegurar a los demás el mismo derecho, y como en una sociedad democrática, tal limitación no puede hacerse sino mediante ley, habría que

concluir afirmando que la libertad *es el derecho de hacer todo lo que no está prohibido por las leyes.*

En consecuencia los revolucionarios franceses, a efecto de ser consecuentes con lo señalado, expusieron en dicha declaración que la ley no puede prohibir más que las acciones dañosas para la sociedad y, por tanto, todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido, y nadie puede ser obligado a hacer lo que ésta no ordena.

La libertad implica, por consiguiente, la facultad de autodeterminación personal, con ausencia de cualquier presión exterior o condicionamientos que la hagan imposible. De este modo, el derecho a la libertad puede encontrar su impedimento en dos tipos de obstáculos:

El primero lo representan los poderes públicos y los terceros, ante los que hay que exigir el derecho a su abstención a fin de que la libertad de cada uno se pueda realizar.

En el segundo, es claro que puede existir una libertad formal, pero sabemos ya que la libertad no puede ser real más que si la persona dispone de los medios indispensables para ejercerla.

No es posible que ninguna disposición constitucional permita completar la libertad con el derecho a obtener las prestaciones necesarias para su ejercicio. Tal exigencia en todo caso, no depende del Derecho Constitucional, sino de la política constitucional que todo gobierno está obligado a realizar.

Se desprende de lo expuesto que la reivindicación del derecho a la libertad va indisolublemente unida a los orígenes del constitucionalismo, en tanto se concibe a éste como el intento de limitar y regular los poderes del Estado en aras de la libertad del individuo.

Por consiguiente, la conquista de este derecho se encuentra en la base de las dos grandes revoluciones: americana y francesa, que dan lugar al constitucionalismo moderno. En cuanto a la primera, se puede citar el inicio de la Declaración de Independencia de 1776 que dice así: "mantenemos como verdades evidentes que todos los hombres nacen iguales, que su Creador les atribuye determinados derechos inalienables, entre los que se cuentan la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad...". Y en cuanto a la segunda, hemos visto ya que la libertad es la piedra angular de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. Desde entonces las diferentes constituciones de corte liberal han reconocido de una forma u otra este derecho fundamental.

Igualmente los documentos internacionales sobre derechos humanos ponen énfasis en el reconocimiento de semejante derecho, como por ejemplo la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 en su artículo 3 y 9 plantea: todo individuo tiene derecho a la vida, a la libertad y a la seguridad de su persona. Nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso, ni arrestado o desterrado. Igual tratamiento recibe este derecho en el artículo 9 del Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, y le adiciona que *toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.*

Junto a la idea del derecho a la libertad se maneja también el concepto de *seguridad jurídica*. La seguridad jurídica va a determinar los supuestos y los requisitos para privar de libertad a las personas. Esta regula la ausencia de perturbaciones procedentes de medidas tales como la detención y otras similares que adoptadas arbitraria e ilegalmente, restringen o amenazan la libertad de toda persona de organizar en algún momento o lugar, dentro del territorio nacional, su vida individual y social con arreglo a sus propias convicciones.

En consecuencia este derecho, hay que entenderlo como la garantía jurídica del individuo frente al poder, dirigido a evitar no sólo la privación de su libertad, sino, también, cualquier forma arbitraria de represión.

Cumple así dos objetivos: de un lado, le garantiza que no tiene nada que temer de ninguna autoridad mientras que el ejercicio de sus libertades, cualquiera que sea, se mantengan dentro de los límites de la legalidad; y de otro, que si es sospechoso de haberlos traspasado, exponiéndose así a una sanción, se le protege igualmente de toda represión arbitraria que exceda de los requisitos legales que regulen esa conducta. De ahí que el derecho a la seguridad de las personas sea la protección de vanguardia de todas las libertades y lo que permite su ejercicio regular.

La seguridad jurídica de las personas debe ser contemplada bajo las siguientes premisas:

- Se concibe la privación de libertad como una excepcionalidad.
- Si la detención se ha llevado a cabo de forma ilegal, se exige la devolución inmediata de la libertad.
- Si la detención se ha realizado legalmente, se deben garantizar los derechos del detenido.
- Si se somete a juicio al inculpado se le deben garantizar varios derechos durante el proceso.
- Si la persona procesada es condenada a una pena privativa de libertad, se le deben garantizar también determinados derechos.

Con el propósito de cubrir los requerimientos de este apartado de nuestra investigación, sólo comentaremos los dos primeros supuestos:

Con respecto a la primera premisa, las personas no pueden ser privadas de su libertad, pero en el caso de que se produzca la excepcionalidad y tal privación se lleve a cabo, ésta debe hacerse de acuerdo con dos exigencias:

1. De legalidad: los casos de privación de libertad solamente se pueden establecer mediante la ley, lo cual significa tres consideraciones especiales:

- Únicamente es el poder legislativo, a través de sus productos normativos, quien puede regular las penas de privación de libertad. Por consiguiente, la administración en ningún caso dispone de una capacidad sancionadora que signifique la privación de libertad respecto de los ciudadanos.
- Nadie puede ser sancionado, detenido o condenado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa. (*Nulum crimen, nulla poena, sine lege*).
- Los supuestos de privación de libertad sólo deben ser establecidos por el acto normativo de mayor jerarquía. (*Principio de Supremacía, artículo 133 constitucional*)

2. De precisión: Al ser la libertad un bien preciado para el hombre, los supuestos de su privación establecidos en la ley, deben ser extraordinariamente precisos a efectos de que no haya dudas en su aplicación.

Dentro de un régimen jurídico, la afectación de diversa índole al estatus de cada gobernado, debe estar sometida a un conjunto de modalidades jurídicas sin cuya observancia no será válida desde el punto de vista del derecho. Ese conjunto de modalidades, condiciones o requisitos previos a que debe sujetarse una cierta actividad, estatal autoritaria para generar una afectación válida a la esfera del gobernado son lo que constituyen las garantías de seguridad jurídica.

2.5 Un Esbozo sobre la Libertad en el Pacto de San José de Costa Rica

Este documento internacional es de gran importancia para el Estado Mexicano, por su proyección en el ámbito de los derechos humanos y, especialmente para el procedimiento penal, en el tema de la libertad personal. Suscrito por nuestro país en fecha 22 de noviembre de 1969 en la ciudad de San José de Costa Rica, fue aprobado por el Senado el 18 de diciembre de 1980 y publicado en el Diario Oficial el nueve de enero de 1981.

La **Convención Americana sobre Derechos Humanos** (o Pacto de San José de Costa Rica), en su artículo 7 establece que nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados Partes o por las leyes dictadas conforme a ellas, y reconoce algunas garantías para los individuos privados de libertad, como por ejemplo que toda persona detenida o presa deberá ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Así mismo señala que dichas personas privadas de libertad tienen derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto, o detención fueran ilegales.

Como puede observarse, de las disposiciones de dicho documento internacional, obligatorias para el Estado Mexicano y que al ser aprobadas por el Senado de la República, del H. Congreso de la Unión, forman parte de nuestro derecho interno, determinan que sólo en la Constitución Política se fijarán los casos de limitación a la libertad personal y las normas secundarias (normas generales, como es el caso del Código Nacional de Procedimientos Penales) se ajustarán a tales condiciones.

CAPÍTULO 3.

RESTRICCIONES A LA LIBERTAD PERSONAL DE TRÁNSITO (Análisis del Artículo 11 Constitucional)

En los apartados anteriores observamos que los derechos humanos son consubstanciales e inherentes al individuo, por formar parte de un conglomerado social.

Con los derechos humanos la persona puede desarrollar plenamente sus facultades y lograr la consecución de sus metas. De los documentos que declaran la existencia de los derechos que le son intrínsecos, se observa claramente el interés del hombre por hacer valer frente a sus congéneres y a los órganos del Estado las facultades que de acuerdo a su naturaleza le permiten interactuar en sociedad y conseguir sus anhelos.

La *libertad* en este contexto juega un papel esencial, pues sin ella el sujeto se encontraría técnicamente imposibilitado para realizar sus actos con soltura.

La libertad, como se expresó en el Capítulo anterior, involucra la elección entre una serie de satisfactores, de aquel o aquellos que colmen una cierta necesidad. Es el poder elegir.

Ser libre, en un sistema jurídico significa *poder hacer o dejar de hacer* lo que su voluntad le mande, lo que su albedrío le dicte, sin más limitaciones que las estrictamente necesarias para convivir en sociedad dentro de un marco de paz, armonía y tranquilidad para consigo mismo y para con sus demás semejantes. Es así como el derecho encausa esta conducta en el ámbito de la libertad, fijando las limitaciones indispensables que son aplicadas a todos por igual, en favor del interés general y la paz social.

De manera concomitante a los derechos humanos y las libertades del hombre, se encuentra el derecho como instrumento regulador de las conductas externas de las personas que se hallan circunscritos a un ámbito espacial de validez de las normas que corresponden a las de un Estado, sin las cuales éste no justificaría su existencia ni la de sus órganos.

La Constitución es el instrumento jurídico de máxima jerarquía en un Estado y a través de ella se acredita la competencia y facultades de los órganos del Estado además de imponer los límites de este poder público, incluyendo en su texto un catálogo de garantías de la persona que le permiten al gobernado hacer frente a los actos de autoridad que traten de rebasar con su actuar, su esfera de competencia en perjuicio de la persona titular de tales derechos.

Con las normas jurídicas también se puede afectar la esfera de libertad de las personas; es el caso de la libertad de tránsito o de ambulación, la que se puede restringir según se señala en el artículo 11 de la Ley Fundamental, a través de una resolución:

- a. *Administrativa*, derivada de un acto de autoridad de salubridad, migratoria o de la justicia cívica, también en los supuestos de flagrancia o urgencia previstos en el Pacto Federal, y
- b. *Judicial*, como es el caso del auto de vinculación a proceso con prisión preventiva, la orden de aprehensión cuando se ejercita la acción penal sin detenido y el delito tiene pena privativa de la libertad; la pena de prisión, la de confinamiento, la de ir a lugar determinado son casos en los que se priva de la libertad de ambulación a las personas.

Antes de dar inicio al tema que nos ocupa hemos de mencionar que la restricción de la libertad de tránsito no sólo se encuentra prevista en el artículo 11 de la Constitución, sino también se infiere de la lectura de los artículos 14 y 16 de la Ley Fundamental.

En el caso del artículo 14 en su párrafo segundo se menciona “Nadie puede ser privado de la *libertad...*”; en tanto que el artículo 16 se establece en su primer párrafo que todo acto de molestia debe estar ordenado por autoridad competente, constar en escrito que vaya fundado y motivado, expresando la causa legal del procedimiento, y en el párrafo segundo se alude a los requisitos especiales para dictar una orden de aprehensión, cuyo efecto es alterar la libertad de tránsito de la persona cuando se tiene la probabilidad de que se trata del autor de un delito que tiene pena privativa de la libertad y amerita prisión preventiva oficiosa o a petición del Ministerio Público.

Aún cuando en el contenido de este Capítulo nos referimos a las formas de privar de la libertad a una persona con motivo de una detención generada en averiguación previa; debemos considerar que existen otras determinaciones de índole administrativa que también tienden a ese efecto como es el caso del arresto, que opera como sanción por incumpliendo a los reglamentos gubernativos o de policía y buen gobierno y, que de acuerdo con el artículo 21 de la Constitución, no podrá exceder de 36 horas, esta misma disposición en materia penal también se aplica tratándose de los medios de apremio, como es el caso del artículo 104, fracción I, inciso d) del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Otra forma con la cual se restringe la libertad de tránsito de las personas en materia penal es el arraigo, que puede fijarse por el Juez de Distrito, según lo prevé el artículo 16, párrafo octavo de la Constitución, el que no podrá exceder, junto con sus prórrogas, de 80 días.

A continuación abordaremos con detalle los supuestos en los que por resolución administrativa y judicial en materia penal se restringe la libertad personal de los sujetos a un procedimiento penal.

3.1 Administrativas:

En el caso de la autoridad administrativa, de acuerdo a la interpretación literal del artículo 11 del Pacto Federal, la libertad de tránsito se podrá limitar por determinación administrativa, tratándose de la infracción a las leyes de salud, población; los reglamentos gubernativos de policía y buen gobierno; y, en el caso del Ministerio Público, en el desarrollo de la investigación del delito.

3.1.1 Ley General de Salud

En la Ley General de Salud se menciona la hipótesis de prohibir la entrada a territorio nacional a los extranjeros que se presume son portadores de alguna enfermedad infectocontagiosa como la peste, el cólera o la fiebre amarilla.

En estos supuestos se restringe su libertad de tránsito a no poder entrar o permanecer en territorio nacional, ya sea por causas de seguridad nacional o por cuestiones de sanidad internacional, con el propósito de evitar enfermedades epidémicas.

3.1.2 Ley General de Población

En el caso de la Ley General de Población (artículo 125) se alude a los supuestos en los que el extranjero altere su calidad o característica migratoria o de falsas declaraciones sobre su estancia en el país. En este supuesto también opera el caso del artículo 33 de la Constitución que faculta al Ejecutivo Federal para hacer abandonar el territorio de la República a todo extranjero cuya permanencia juzgue inconveniente.

En el caso de estas limitaciones, se restringe la facultad de ingresar al territorio de la República Mexicana, hasta en tanto no se cumplan con los requisitos fijados en las normas en materia migratoria. La libertad personal, resulta afectada en la posibilidad de ambular en nuestro territorio.

3.1.3 Reglamentos Gubernativos

El artículo 21 Constitucional tutela la garantía de seguridad jurídica que estriba en que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial; sin embargo, el mismo numeral en estudio establece que compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o **arresto** hasta por treinta y seis horas.

Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, en su *Diccionario de Derecho* define al arresto, como la detención provisional o corta privación de la libertad que puede ser impuesta por autoridad judicial o administrativa.⁵⁵

Como se advierte, las autoridades administrativas tienen facultad constitucional para sancionar las infracciones que se cometen a los reglamentos gubernativos y de policía; es decir, para imponer las sanciones pecuniarias y privativas de libertad, según lo dispone el precepto constitucional en análisis; puede suceder que las citadas infracciones tengan el carácter de flagrantes, en este caso, los agentes de la autoridad administrativa deben concretarse a presentar al infractor ante el órgano administrativo (Juez de Cultura Cívica, en el caso del Distrito Federal) que corresponda, con el objeto de que éste le imponga la sanción prevista en el reglamento infringido. La autoridad administrativa debe respetar las garantías de audiencia y legalidad que respectivamente se consagran en los artículos 14, segundo párrafo y 16 primer párrafo, de nuestra Constitución.

⁵⁵ 24ª ed.; México, D. F.: Edit. Porrúa, S. A.; 1997.

El acto impositivo de la sanción debe estar fundado en el reglamento cuya infracción se atribuya al afectado y motivarse en los hechos materia de la infracción, de lo que se desprende que es imprescindible que la autoridad administrativa funde y motive la causa legal del procedimiento administrativo, sin que por el hecho de tratarse de un arresto o una multa prevista en un reglamento gubernativo sea dable obviar esa garantía individual.

Es un principio jurídico general el de que un reglamento tiene como antecedente necesario una ley (cuando se trata de un reglamento heterónomo); el reglamento es materialmente una ley, o sea, un acto jurídico creador, modificativo o extintivo de situaciones abstractas e impersonales, que expide la autoridad administrativa para dar bases detalladas conforme a las cuales deban aplicarse o ejecutarse las leyes propiamente dichas, así el artículo 89 fracción I, de la Constitución Federal alude a la función reglamentaria a cargo del Ejecutivo de la Unión, cuando en lo conducente al texto dice “Promulgar y ejecutar las leyes que expida el Congreso de la Unión, proveyendo en la esfera administrativa a su exacta observancia”.

Por lo que respecta a las Entidades Federativas, a las legislaturas correspondientes incumbe formular las normas de las diferentes materias que señalen las Constituciones particulares de cada lugar y que no pertenezcan a la órbita competencial del Congreso de la Unión, según el artículo 124 de la Ley Suprema.

Por tanto, los reglamentos de policía y gubernativos, que expida un gobernador, sólo deben ser aquellos que regulen una materia, que no esté incluida, en la esfera de competencia legislativa Federal, así la acción gubernativa, debe tender a evitar o reprimir cualquier acto o situación que altere la paz o tranquilidad pública a velar por la salubridad colectiva; a procurar la seguridad común en diferentes aspectos, y en general, a impedir la causación de un daño público, a procurar un bienestar común.

Es decir, los reglamentos gubernativos y de policía tienen como materia de regulación cualquier actividad o situación que esté vinculada directamente con alguno de los mencionados objetivos gubernamentales pudiendo establecerse, en las normas reglamentarias, obligaciones o prohibiciones a cargo de los particulares, cuyo incumplimiento o trasgresión signifiquen sendos obstáculos, para la obtención de las citadas finalidades de interés colectivo o tranquilidad pública.⁵⁶

La competencia de la autoridad administrativa para sancionar las infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía únicamente debe consistir en sanciones pecuniarias o privativas de la libertad; a saber: multa o arresto hasta por treinta y seis horas, debiendo apegarse a lo que disponga el reglamento de que se trate pues de otra manera, el proceder de la autoridad contravendría la garantía de legalidad consagrada en el artículo 16 de nuestra Ley Fundamental, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 21, párrafo cuarto de la citada Constitución.

3.1.4 En Materia Penal, Decretada por el Ministerio Público

En el desarrollo de la investigación inicial, cuando el Ministerio Público tiene el carácter de autoridad encargada de investigar los delitos, con motivo de su indagatoria, puede limitar la libertad de ambulación o tránsito del gobernado implicado en hechos probablemente constitutivos de delito.

Se pueden presentar en el ejercicio de su actividad la aplicación de medidas de apremio o de correcciones disciplinarias. También la detención por flagrancia o caso urgente, de las cuales hablaremos con detalle en el Capítulo 4, de esta investigación documental.

⁵⁶ Cfr.; Diccionario Jurídico, ESPASA; Madrid, España: Espasa, Fundación Tomás Moro; 1998.

Medida de Apremio:

Leopoldo de la Cruz Agüero, la define “como el conjunto de instrumentos jurídicos a través de los cuales el juez o tribunal, puede hacer cumplir coactivamente sus resoluciones”⁵⁷, así en términos generales, como apremio debemos entender la actividad judicial destinada a hacer efectivo, coactivamente el mandato contenido en una resolución del juez o tribunal.

Este instrumento jurídico es utilizado por el Ministerio Público (y el Juzgador), dentro del desarrollo de sus actividades, para hacer cumplir sus determinaciones, acuerdos o mandamientos, la medida de apremio tiene aplicación inmediata por la autoridad investigadora o jurisdiccional, pues esta se traduce en un medio correctivo, para quien no han cumplido o no cumplió con lo solicitado, u ordenado por la autoridad. Estas medidas, en la especie, se encuentran previstas por el artículo 104 del Código Nacional de Procedimientos Penales, el cual en forma textual establece:

“Artículo 104. Imposición de **medios de apremio**

El Órgano jurisdiccional y el Ministerio Público podrán disponer de los siguientes medios de apremio para el cumplimiento de los actos que ordenen en el ejercicio de sus funciones:

“I. El **Ministerio Público** contará con las siguientes medidas de apremio:

“a) Amonestación;

“b) Multa de veinte a mil días de salario mínimo vigente en el momento y lugar en que se cometa la falta que amerite una medida de apremio. Tratándose de jornaleros, obreros y trabajadores que perciban salario mínimo, la multa no deberá exceder de un día de salario y tratándose de trabajadores no asalariados, de un día de su ingreso;

⁵⁷ Código Federal de Procedimientos Penales Comentado; 2ª ed., México, D. F.: Edit. Porrúa S.A., 1998; p. 128.

“c) Auxilio de la fuerza pública, o

“d) **Arresto hasta por treinta y seis horas;**

“II. El Órgano jurisdiccional contará con las siguientes medidas de apremio:

“a) Amonestación;

“b) Multa de veinte a cinco mil días de salario mínimo vigente en el momento y lugar en que se cometa la falta que amerite una medida de apremio. Tratándose de jornaleros, obreros y trabajadores que perciban salario mínimo, la multa no deberá exceder de un día de salario y tratándose de trabajadores no asalariados, de un día de su ingreso;

“c) Auxilio de la fuerza pública, o

“d) **Arresto hasta por treinta y seis horas.**

“El Órgano jurisdiccional también podrá ordenar la expulsión de las personas de las instalaciones donde se lleve a cabo la diligencia.

“La resolución que determine la imposición de medidas de apremio deberá estar fundada y motivada.

“La imposición del arresto sólo será procedente cuando haya mediado apercibimiento del mismo y éste sea debidamente notificado a la parte afectada.

“El Órgano jurisdiccional y el Ministerio Público podrán dar vista a las autoridades competentes para que se determinen las responsabilidades que en su caso procedan en los términos de la legislación aplicable”.

Nuestra legislación procesal y la doctrina, señalan que debe existir u observarse una prelación cronológica en la aplicación de las medidas coercitivas contenidas en la disposición procesal transcrita con anterioridad, aduciendo que de no tener conocimiento previo del mandato quien debe cumplirlo se infringirían en su perjuicio garantías de la persona; de lo anterior podemos advertir que primeramente debe aplicarse el apercibimiento, a continuación la multa, y finalmente el arresto.⁵⁸

⁵⁸ *Ibíd*em; p. 129.

Por otra parte resulta de relevancia determinar la naturaleza del arresto como medida de apremio, pues debe decirse que no necesariamente la privación legal de la libertad conlleva el ejercicio de la acción penal, en virtud que en el caso que nos ocupa, la finalidad de tal figura jurídica consiste en hacer cumplir las determinaciones judiciales o del Representante Social.

Corrección Disciplinaria

La Legislación Adjetiva Penal Nacional no alude directamente a este concepto. Pero de la lectura del artículo 104, ya citado, la incluye bajo el rubro de *medios de apremio*.

Desde el punto de vista de la doctrina, la corrección disciplinaria según Raúl Goldstein es la facultad “que tienen, en algunas legislaciones, los jueces y tribunales para aplicar a las partes o a sus patrocinantes determinadas sanciones por descomedimiento en la conducción del proceso, facultándolos para reprimir y penar las faltas contra su autoridad y decoro, ya sea que las cometa en las audiencias o en los escritos, pudiendo formular apercibimientos e imponer hasta unos días de arresto o multa, según los casos”.⁵⁹

En estos términos el artículo en comentario es acorde con la doctrina antes referida en lo atinente a los mecanismos empleados para corregir la disciplina.

Criterio que se justifica también de la lectura del artículo 59 del Código Nacional de Procedimientos Penales, que señala:

“Artículo 59. De los medios de apremio

“Para ***asegurar el orden en las audiencias o restablecerlo cuando hubiere sido alterado***, así como para garantizar la observancia de sus decisiones en

⁵⁹ Goldstein, Raúl. Diccionario de Derecho Penal y Criminología, 2ª ed.; Argentina: Edit. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma, 1983.

audiencia, el Órgano jurisdiccional podrá aplicar indistintamente cualquiera de los medios de apremio establecidos en este Código”.

Sin embargo, resulta necesario definir a la corrección disciplinaria, para así poder entender la naturaleza jurídica del arresto. A mayor abundamiento Guillermo Cabanellas de Torres, comenta que la corrección es enmienda, mejora, censura, perfecciona y reprocha, así entendido, tenemos que la corrección disciplinaria, es la represión de la autoridad contra los que infringen sus disposiciones, es decir, es la facultad represiva que tienen los tribunales, y en el caso de nuestra legislación adjetiva penal, también le es conferida al agente del Ministerio Público,⁶⁰ lo anterior, nos permite comprender cuál es la naturaleza de las correcciones disciplinarias en sentido general; sin embargo, en la presente investigación nos interesa la corrección disciplinaria en su modalidad de arresto, pues no debe perderse de vista que nos ocupamos de la privación legal de la libertad y por lo tanto, no se hace especial pronunciamiento respecto de las demás correcciones disciplinarias y sí resulta de relevante definir el arresto en la categoría que nos ocupa.

A mayor abundamiento, Rosalío Bailón Valdovinos define a la corrección disciplinaria como la “breve privación de la libertad de una persona, decretada en su contra por la autoridad judicial, como consecuencia de haber infringido determinada disposición reglamentaria del buen orden y respeto debido a los funcionarios, a mayor abundamiento, con el fin de precisar los alcances del arresto en los términos de este apartado, es de establecerse que esta corrección disciplinaria es de aplicación preventiva, en atención a que sus efectos son proveer que no se cometan faltas o desobedezcan los reglamentos del buen orden y respeto”.⁶¹

⁶⁰ Cfr.; Diccionario Jurídico Elemental; Argentina: Edit. Heliasta; 1982.

⁶¹ Bailón Valdovinos, Rosalío, Derecho Procesal Penal, México: Edit. Limusa; 2002; p. 75.

En síntesis y tomando como referencia las ideas que nos aporta la doctrina, el Código Nacional de Procedimientos Penales, en sus artículos 59 y 104, alude a los medios de apremio, incluyendo en esta categoría a las correcciones disciplinarias.

3.2 Judiciales

Con este rubro estudiaremos aquellos medios que la ley le confiere a la autoridad judicial con el propósito de limitar la libertad de tránsito de un gobernado sujeto a un procedimiento penal, o bien de aquéllas personas que involucradas ante el Órgano Jurisdiccional, como partes (testigos) incumplan con las determinaciones de esta autoridad.

3.2.1 Con Contenido Administrativo

Encontramos al **arresto** derivado de:

1. Una corrección disciplinaria (artículos 59 y 104, fracción II, inciso d) del Código Nacional de Procedimientos Penales), la que tiene lugar, según comenta Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, a título de “sanciones impuestas por la autoridad judicial como consecuencia de la conducta irregular observada por cualquier persona en el proceso, siempre que dicha conducta no constituya delito”.⁶²
2. La medida de apremio (artículos 59 y 104, fracción II, Código Nacional de Procedimientos Penales), que consisten en sanciones impuestas a quienes en una audiencia realicen actividad susceptible de perturbarla o que el juzgador estime irrespetuoso o impropio del lugar.⁶³

⁶² Ob. Cit.

⁶³ Cfr.; Ídem.

En estos supuestos las medidas implementadas por la autoridad judicial tienen como propósito, en el primer caso, hacer cumplir sus determinaciones y, en el segundo, llevar el buen despacho del juzgado. El arresto como sanción, no podrá ser mayor a treinta y seis horas.

3.2.2 Con Carácter Judicial

En el rubro de las resoluciones emitidas por la autoridad judicial que involucran la privación legal de la libertad encontramos a aquéllas que se presentan dentro del procedimiento, ya de carácter cautelar, o bien para resolver la situación jurídica del inculpado (temporales), y las que resuelven en definitiva esta situación con la sentencia (permanentes). A continuación desarrollaremos estas hipótesis.

3.2.2.1 Temporales

La ***orden de aprehensión***:

El artículo 16 de la Constitución Federal, regula en su párrafo primero una garantía de seguridad jurídica y legalidad relacionada con el acto de autoridad de molestia, entendido este como cualquier molestia o perturbación inferido a los derechos fundamentales del gobernado.

Este acto de autoridad para afectar los bienes protegidos por el derecho, como son, la persona, la familia, el domicilio, los papeles y las posesiones, debe estar ceñido a una serie de requisitos, como son el de ser emitido por una autoridad competente, a través de un mandato escrito que deberá estar fundado y motivado expresando la causa legal del procedimiento, en el entendido de que si faltare alguno de estos elementos o estuviesen incompletos el acto de autoridad será inconstitucional.⁶⁴

⁶⁴ Cfr.; Burgoa, Ignacio. Las Garantías...; Ob. Cit., pp. 579-585 y 591-603.

En este mismo numeral, en sus párrafos tercero y cuarto, se precisa y fundamenta a rango constitucional a la orden de aprehensión, el texto de referencia a la letra dice:

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

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

De esta norma constitucional fundamenta una de las formas de privación legal de la libertad, la cual consiste en la detención que se realiza con motivo de un mandamiento judicial, a saber, la orden de aprehensión, vocablo que etimológicamente deriva de *prendo, prendere, prenderi*, que significa tomar, asir, coger, en el caso del procesado penal, consiste en asir a una persona aun contra su voluntad y llevarla ante el tribunal que la reclame.⁶⁵

La orden de aprehensión es una **“forma de conducción del imputado al proceso”** (artículo 141, fracción III, del Código Nacional de Procedimientos Penales), dispuesta por el tribunal para que por conducto de un ejecutor sea presentada físicamente una persona, con el fin de lograr los aseguramientos propios que las medidas privativas de libertad implican.

Para proceder justamente a la detención de un individuo deben quedar integrados los elementos del hecho, calificado por la ley como delito en el que se le atribuye

⁶⁵ Cfr.; Mancilla Ovando, Jorge Alberto. Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal; 13ª ed.; México, D.F.: Edit Porrúa, S. A.; 2005; pp. 141 y 142.

alguna responsabilidad, que esa responsabilidad no sea civil o moral, sino criminal, y que haya pruebas suficientes que señalen claramente su presunta responsabilidad, tratándose de casos no de flagrancia o de no notaria urgencia, el derecho a la libertad está rodeado de las siguientes garantías:⁶⁶

- La orden de aprehensión debe dictarse por la autoridad judicial,
- Por delito que tenga señalada pena privativa de la libertad,
- Este delito debe haber dado lugar a una denuncia o querrela,
- Que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó,
- Deben integrarse los elementos del hecho, calificado como delito, y
- A solicitud expresa del Ministerio Público de librar orden de aprehensión.

En este orden, se procede al análisis de cada uno de estos requisitos, así tenemos que por **autoridad judicial** debemos entender aquel órgano estatal que forma parte del Poder Judicial, bien sea local o federal, según el caso. De conformidad con el artículo 16, párrafo 15, de la Constitución Federal, es el **Juez de Control**).

Por lo que respecta a que el delito tenga señalada **pena privativa de la libertad**, cabe hacer mención que es requisito indispensable que el ilícito que se le atribuya al inculcado merezca pena que restrinja su libertad, es decir, de prisión; aclarando que no es procedente librar orden de aprehensión cuando existe pena alternativa en atención a que no es posible prejuzgar sobre la pena que el juez impondrá en un momento determinado al inculcado; es decir, no se puede establecer anticipadamente cuando se señala una pena alternativa, que se impondrá la pena de prisión.

De tal manera que cuando el ilícito que se le imputa al inculcado merece pena alternativa resulta improcedente librar orden de aprehensión; por resultar aplicable para este supuesto el principio de *in dubio pro reo*, pues entre la pena de prisión o

⁶⁶ Cfr.; Lara Espinoza, Saúl. Las Garantías Constitucionales en Materia Penal, 4ª ed. México, D.F.: Edit. Porrúa, S. A.; 2006; pp. 173–181.

aquella que no lo es, en el caso de la orden de aprehensión deberá de estarse a lo más favorable al reo.

Esta garantía de seguridad jurídica consiste en que la autoridad judicial nunca debe proceder de oficio al dictar una orden de aprehensión, sino que debe existir previamente una **denuncia o querella** de un hecho determinado que la ley castigue con pena privativa de la libertad.

Esta garantía exige que dicha denuncia o querella tengan como contenido un hecho intrínsecamente delictivo, mismo que debe ser reputado como delito por la ley y además, estar sancionado con pena de prisión en los términos que establezcan las normas penales generales o especiales de que se trate.

Por consiguiente, la autoridad judicial esta impedida para dictar una orden de aprehensión o detención cuando tenga como antecedente una denuncia o querella cuyo contenido sea un hecho delictivo que no sea punible con sanción privativa de la libertad; el Juez está impedido para dar curso a una denuncia o querella de una persona si no se ejercita previamente la acción penal correspondiente a través del Agente del Ministerio Público.⁶⁷

De lo anterior se desprende que, es elemento *sine qua non* para el dictado de una orden de aprehensión, que preceda denuncia o querella, lo cual se traduce en un requisito de procedibilidad; es decir, si no concurre cualquiera de ellos, no podrá iniciarse indagatoria alguna y, como consecuencia, ejercitarse acción penal; lo que en un orden lógico nos llevaría a la imposibilidad de librar un mandamiento judicial de privación de la libertad con las formalidades esenciales que prevé la ley.

Por lo que resulta necesario definir a la querella, misma que se conceptualiza como la conducta que deriva del ofendido por un delito o de su representante, a través de la cual se pone en conocimiento del Ministerio Público diversos actos

⁶⁷ Cfr.; Barragán Salvatierra, Carlos. Derecho Procesal Penal; México, D.F.: Edit. Mc. Graw Hill; 1999; p. 244.

que lo han afectado en su patrimonio o en su persona, y que ese gobernado los considera delictivos a efecto de que se inicie el procedimiento de la averiguación previa. En este mismo sentido es preponderante puntualizar que la querrela no significa que el agraviado o el ofendido según sea el caso expresamente manifieste que se querrela por determinado delito en su agravio, pues solo basta con que de la declaración de la agraviada se advierta que se le ha afectado en su patrimonio o en su persona –hablando en sentido amplio– y desea el resarcimiento de los daños causados. Por otra parte Alberto del Castillo del Valle, refiere la denuncia como la narración de hechos formulada por una persona que no es directamente afectada por el acto que se considera delictivo. Cualquier persona que tenga conocimiento de ese acto, lo va exponer ante el Ministerio Público, independientemente de que esa actitud posiblemente ilícita no lo afecte.⁶⁸

Así tenemos que por el hecho de haber denunciado, simplemente el denunciante no se convierte en parte dentro del proceso y por ello no puede interponer recurso, ni intervenir en el proceso, ni pedir pruebas, ni conocer el sumario. Esto se explica, porque como está anotado, el titular de la acción es el Estado y por lo tanto, la denuncia es un simple requisito de procedibilidad.

El nuevo denunciante no es parte, ya que se limita a formular una participación de conocimiento ante la autoridad competente para recibirla, desentendiéndose después por completo del curso de su denuncia, aunque eso si quede sujeto a la responsabilidad en que por su declaración haya incurrido. Siendo así que el denunciante es la persona que sin ejercitar el derecho de acción penal pone en conocimiento de la autoridad competente la comisión de un delito.⁶⁹

Las diferencias entre denuncia y querrela las podemos enunciar de la siguiente manera:

⁶⁸ Cfr.; Garantías Individuales y Amparo en Materia Penal; México; Ed. Duero S. A de C. V, 1992; p. 51.

⁶⁹ Cfr.; Colín Sánchez, Guillermo; Derecho Mexicano de Procedimientos Penales; 17ª ed.; México, D.F.: Edit. Porrúa, S.A., 1998; p. 315.

- La denuncia puede afectar o no al que la hace, mientras que la querrela siempre afecta al que la hace, porque los hechos delictuosos se realizaron en su perjuicio.
- El denunciante no se puede desistir, ya que en la denuncia no opera el desistimiento, mientras que en la querrela procede el perdón del ofendido.
- En la denuncia los delitos se persiguen de oficio, en la querrela a petición de parte.
- La denuncia puede hacerla cualquier persona, la querrela solamente el ofendido o afectado.

Una vez que hemos destacado los componentes que integran al artículo 16, párrafo tercero de la Constitución, podemos sintetizar lo anterior en los siguientes términos: la orden de aprehensión se origina en el ejercicio de la acción penal sin detenido, cuando el delito tiene pena privativa de libertad y corresponde al Ministerio Público solicitarla en el pliego de consignación. El juez deberá determinar si se acreditan los extremos del numeral de referencia y proceder a obsequiar la orden correspondiente.

La orden de aprehensión se genera de un mandato judicial y tiene como propósito asegurar al inculpado y ponerlo a disposición de la autoridad judicial, de manera inmediata según se establece en el mismo artículo 16, párrafo tercero de la Constitución, cuando señala que el inculpado deberá ser puesto “sin dilación alguna” ante la autoridad judicial.

Ello nos lleva a concluir que tan pronto se realice la detención del probable responsable, tomando en consideración la hora y el lugar en que ésta se realice deberá trasladársele ante la presencia de la autoridad judicial.

La **orden de arraigo**.

Desde el punto de vista de la Constitución Federal, esta forma de privación de la libertad de un gobernado que con el carácter de inculpado se encuentra sujeto a

un procedimiento penal, se encuentra regulada en el artículo 16, párrafo octavo, que al texto señala: “La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el **arraigo** de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder de los ochenta días”.

El arraigo se traduce en una medida cautelar cuyo propósito es mantener privado de la libertad a un gobernado (inculpado), mientras se integra la indagatoria. Difiere de la flagrancia y del caso urgente por cuanto a su duración y al lugar de la detención.

El Código Nacional de Procedimientos Penales, no regula en sus disposiciones la figura del arraigo. Sin embargo en materia penal federal, la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en su artículo 12, alude al arraigo, como forma de detención y retención de indiciados.

Como se puede colegir, el arraigo es originado por la solicitud del Ministerio Público para que lo resuelva el Órgano Jurisdiccional, con el propósito de integrar la averiguación previa. Su duración de cuarenta días prorrogables hasta otro tanto, y la privación de la libertad tiene verificativo en lugar diverso al en que se practica la retención. Sólo aplica en materia federal, en los delitos de delincuencia organizada.

Auto de vinculación a proceso y prisión preventiva.

Al igual que la orden de aprehensión, el auto de vinculación a proceso encuentra su fundamento en el artículo 19 del Pacto Federal, en el rubro de las garantías que la doctrina reconoce como de seguridad jurídica y establece ciertos requisitos de forma, fondo y contenido.

Para estar en aptitud de conocer estos componentes es menester hacer la cita del numeral en análisis:

“Artículo 19. Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del plazo de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de vinculación a proceso en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que establezcan que se ha cometido un hecho que la ley señale como delito y que exista la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

*“El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la **prisión preventiva** cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, la protección de la víctima, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.*

“La ley determinará los casos en los cuales el juez podrá revocar la libertad de los individuos vinculados a proceso.

“El plazo para dictar el auto de vinculación a proceso podrá prorrogarse únicamente a petición del indiciado, en la forma que señale la ley. La prolongación de la detención en su perjuicio será sancionada por la ley penal. La autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el indiciado, que dentro del plazo antes señalado no reciba copia autorizada del auto de vinculación a proceso y del que decreta la prisión preventiva, o de la solicitud de prórroga del plazo constitucional, deberá llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, pondrá al indiciado en libertad.

“Todo proceso se seguirá forzosamente por el hecho o hechos delictivos señalados en el auto de vinculación a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de investigación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

“Si con posterioridad a la emisión del auto de vinculación a proceso por delincuencia organizada el inculpado evade la acción de la justicia o es puesto a disposición de otro juez que lo reclame en el extranjero, se suspenderá el proceso junto con los plazos para la prescripción de la acción penal.

“Todo mal tratamiento en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución, en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades”.

El auto de vinculación a proceso es considerado una resolución judicial dictada durante la secuela del procedimiento que sirve para determinar la situación jurídica del imputado al quedar sujeto a una investigación judicializada (investigación complementaria) por parte del Juez de Control; una vez que éste ha tenido contacto con el imputado y considera que existe la probabilidad de que cometió o participó en el hecho señalado por la ley como delito.

El auto de vinculación a proceso reviste particular importancia ya que el proceso penal debe seguirse forzosamente por el delito o delitos señalados en él, lo cual implica que la sentencia que en dicho proceso se pronuncie no debe fundarse en hechos diferentes de los que refiera dicha resolución judicial.

Esta resolución judicial debe satisfacer requisitos de forma y fondo; entendiendo por los primeros: la expresión del delito que se impute al acusado, las circunstancias de ejecución tiempo y lugar de los hechos delictivos y de los actos que arroje la investigación; en cuanto a los segundos, deben traducirse en la existencia de los elementos del hecho que la ley señala como delito y de la probabilidad de que el imputado lo cometió o participó en su comisión, debiendo entenderse que son responsables todos aquellos que toman parte en la concepción, preparación o ejecución de un delito, o prestan auxilio o cooperación de cualquier especie, por concierto previo o inducen directamente a alguno a cometerlo; que al inculpado se le haya tomado su declaración preparatoria y que no esté plenamente comprobada alguna causa eximente de responsabilidad o que extinga la acción penal.⁷⁰

Los efectos que tiene este auto son de importantes consecuencias, que pueden agruparse en dos aspectos:

a. Consecuencias para la persona quien se impute el delito. Con ello se puede generar la prisión preventiva, sujetar al inculpado al proceso y dar inicio a la fase de investigación complementaria. (Artículos 211, fracción I, inciso b) y 321 del Código Nacional de Procedimientos Penales).

b. Las consecuencias a que se refiere la actividad procesal. El auto de vinculación a proceso, fija la secuela del proceso y limita la decisión de la sentencia al delito por el cual se decretó la providencia de que se trata.

⁷⁰ Cfr.; García Ramírez, Sergio y Victoria Adato Green. Prontuario del Proceso Penal Mexicano; 9ª ed.; México, D.F.: Edit. Porrúa, S.A.; 1999; p. 509. Y artículo 316 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Los efectos que produce el auto de vinculación a proceso son los siguientes:

- Da base al proceso,
- Fija tema al proceso,
- Justifica la prisión preventiva, sólo en aquellos casos que ésta opere de oficio o cuando sea solicitada por el Ministerio Público (artículo 19, párrafo segundo de la Constitución Federal, y
- Justifica el cumplimiento del órgano jurisdiccional, de la obligación de resolver sobre la situación jurídica del inculcado dentro de las 72 horas.

Por cuanto al tiempo en que el juzgador debe dictarlo, resolviendo la situación jurídica del inculcado; la Ley Fundamental establece el lapso de 72 horas, el que de conformidad con lo previsto en el artículo 94, párrafo tercero del Código Nacional de Procedimientos Penales, que al texto señala: “No se computarán los días sábados, los domingos ni los días que sean determinados inhábiles por los ordenamientos legales aplicables, salvo que se trate de los actos relativos a providencias precautorias, puesta del imputado a disposición del Órgano jurisdiccional, resolver la legalidad de la detención, formulación de la imputación, resolver sobre la procedencia de las medidas cautelares en su caso y decidir sobre la procedencia de su vinculación a proceso, para tal efecto todos los días se computarán como hábiles”. De este numeral se infiere que todas las horas son hábiles.

Este plazo podrá ampliarse hasta su duplicidad cuando así lo solicite el imputado, según lo dispuesto en los artículos 19, párrafo cuarto de la Constitución Federal y 313, párrafos tercero a quinto, del Código Nacional de Procedimientos Penales, que en lo conducente precisa: “Si el imputado manifestó su deseo de que se resuelva sobre su vinculación a proceso dentro del plazo de setenta y dos horas o solicita la ampliación de dicho plazo, el Juez deberá señalar fecha para la celebración de la audiencia de vinculación a proceso dentro de dicho plazo o su prórroga.

“La audiencia de vinculación a proceso deberá celebrarse, según sea el caso, *dentro de las setenta y dos o ciento cuarenta y cuatro horas siguientes a que el imputado detenido fue puesto a su disposición o que el imputado compareció a la audiencia de formulación de la imputación.* Si el imputado requiere del auxilio judicial para citar testigos o peritos a la audiencia de vinculación a proceso, deberá solicitar dicho auxilio al menos con cuarenta y ocho horas de anticipación a la hora y fecha señaladas para la celebración de la audiencia. En caso contrario, deberá presentar sus medios de prueba a la audiencia de vinculación a proceso.

“El Juez de control deberá informar a la autoridad responsable del establecimiento en el que se encuentre internado el imputado si al resolverse su situación jurídica además se le impuso como medida cautelar la prisión preventiva o si se solicita la duplicidad del plazo constitucional. Si transcurrido el plazo constitucional el Juez de control no informa a la autoridad responsable, ésta deberá llamar su atención sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el plazo y, si no recibe la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes, deberá poner al imputado en libertad”.

Como se puede observar del contenido del artículo anterior, autoriza al Juez de Control a ampliar el término para dictar el auto de vinculación a proceso, siempre y cuando lo solicite el imputado y tenga como finalidad aportar y desahogar pruebas para que el juzgador resuelva su situación jurídica; esta ampliación no podrá ser solicitada por el Ministerio Público en virtud de que el plazo establecido por el artículo 19 constitucional implica una garantía de la persona, la que ninguna ley o autoridad puede restringir.

La violación al término en que debe emitirse o dictarse el auto de vinculación a proceso, trae como consecuencia a las autoridades que lo conculcan una responsabilidad oficial y penal, debiendo consignárseles a la autoridad competente, a saber el Juez del Distrito que corresponda, en virtud de que se priva ilegalmente de la libertad al imputado. El encargado del centro preventivo

debe dar aviso al Juez de Control, sobre la falta de recepción de copia certificada del auto de vinculación a proceso y del que decreté la prisión preventiva dentro de las 72 horas (o de 144 horas si se duplicó), siguientes a la puesta a disposición del detenido; si después de transcurridas tres horas al requerimiento, no se recibe la copia a que se ha hecho referencia, deberá poner en libertad al detenido, circunstancia que tiene que ser del conocimiento del Juez de Control.

Existen dos opciones para impugnar el auto de vinculación a proceso: la primera se traduce en el recurso ordinario de apelación, y la segunda, mediante el juicio de amparo indirecto, mismo que no exige agotar los recursos ordinarios, lo cual constituye una excepción al principio de definitividad que opera en materia de amparo; quien hace uso de la apelación, puede desistirse de ella y promover el juicio de garantías.⁷¹

La trascendencia del auto de formal prisión radica en que es la base para la substanciación y resolución del juicio ya que en términos del artículo 19 constitucional, el proceso se tramitará por el delito que se señala en dicho auto, otorgando así al inculpado los medios para poder contribuir a una defensa adecuada a través de la cual pueda acreditar su inculpabilidad.

Por cuanto a la *Prisión Preventiva* (prevista en el artículo 18, párrafo primero de la Constitución Federal), el principio de la libertad personal del procesado tiene su más importante restricción en el caso de que el mismo sea reducido a prisión, antes de que la sentencia de condena sea firme. Si es evidente que el procesado debe ser cuidado de su libertad una vez que exista una sentencia firme de condena es natural que solo en caso de necesidad sufra aquella restricción con anterioridad a la misma.

⁷¹ Cfr.; García Ramírez, Sergio y Victoria Adato Green. Ob. Cit.; p. 560. Véase también el artículo 61, fracción XVIII, inciso b), de la Ley de Amparo.

De un lado encontramos el principio de la libertad personal, del otro, la prisión preventiva impuesta por exigencias sociales jurídicamente valoradas. Dos razones pueden justificar la prisión preventiva: una de seguridad para impedir la fuga del que ha cometido el delito, otra, procesal inherente a los fines del proceso, que hacen que sea necesario que la investigación judicial para esclarecer los hechos y procurar que el culpable no quede impune.⁷²

La prisión preventiva pertenece como la detención, al grupo de medidas cautelares penales de índole personal. Su finalidad es por tanto idéntica hasta el extremo de que sin perjuicio de las peculiaridades de una y otra, puede afirmarse que entre ambas media solo una diferencia cuantitativa y no cualitativa. La prisión preventiva es el estado de privación de libertad que el Órgano Jurisdiccional impone al procesado durante la substanciación del proceso a fin de asegurar la actuación efectiva de la ley penal.⁷³

El auto de vinculación a proceso justifica la prisión preventiva, pero en realidad ésta se inicia desde que la persona es aprehendida y queda a disposición del Juez de Control; de lo anterior podemos concluir que la prisión preventiva comprende dos periodos: aquél que empieza en el momento en que el sujeto queda bajo la autoridad judicial y que abarca hasta el auto de vinculación a proceso; y, el que comienza a partir de dicha resolución hasta que se pronuncie sentencia de condena ejecutoria. De lo que se advierte que esta figura jurídica se manifiesta en la privación de la libertad que sufre el sujeto desde que es aprehendido hasta que recae sentencia ejecutoria en el proceso respectivo. Además de que la prisión preventiva deberá cumplirse en lugar diverso a aquél en el se compurga la pena de prisión.

Para terminar con este apartado es importante destacar que la prisión preventiva no puede prolongarse por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que

⁷² Cfr.; Barragán Salvatierra, Carlos. Ob. Cit.; pp. 209 y 248. Véase artículo 20, apartado A), fracción I.

⁷³ Artículo 165, del Código Nacional de Procedimientos Penales.

motivare el proceso y en ningún caso podrá ser superior a dos años, esto de conformidad con lo previsto en el artículo 20, apartado B), fracción IX, párrafo segundo, del Pacto Federal.

3.2.2.2 Permanentes

En esta categoría quedan incluidas las resoluciones judiciales que con el carácter de definitivo resuelven la situación jurídica del acusado, nos referimos a la sentencia definitiva de condena que ha causado estado.

La *pena de prisión*:

La prisión como pena, es una de las formas legales de privación legal de la libertad la cual surge después del desarrollo de un procedimiento penal. Tenemos que el fin de fincar un procedimiento penal a una persona que resulta probable participe en la comisión de un delito, es determinar si es responsable; de ser así, imponer la pena correspondiente, lo que en términos del artículo 21 constitucional, compete única y exclusivamente a la autoridad judicial, órgano del Estado que debe imponerlas mediante una debida fundamentación y motivación.

Es de esta manera como la autoridad judicial se encuentra en aptitud de imponer una pena al acusado, para lo cual se fijan los límites de punibilidad, y, posteriormente individualizar la pena, en términos del artículo 25 del Código Penal Federal⁷⁴, numeral que señala al juzgador los parámetros generales para individualizar la pena. El texto en comentario en lo conducente señala:

“Artículo 25.- La prisión consiste en la privación de la libertad corporal. Su duración será de tres días a sesenta años, y sólo podrá imponerse una pena adicional al límite máximo cuando se cometa un nuevo delito en

⁷⁴ Decidimos hacer uso de esta legislación sustantiva penal, por su ámbito de competencia federal atendiendo a la naturaleza de las garantías de la persona, que son federales.

reclusión. Se extinguirá en las colonias penitenciarias, establecimientos o lugares que al efecto señalen las leyes o la autoridad ejecutora de las penas, ajustándose a la resolución judicial respectiva”...

La *Prohibición de ir a determinado lugar*:

Por la naturaleza del tema que nos ocupa y atendiendo al propósito que justifica el estudio de los conceptos abordados, debemos aclarar antes de entrar al estudio de la prohibición de *ir a determinado lugar*, que el concepto de libertad en la acepción que nos interesa significa: facultad de circular libremente por el territorio nacional y a la libre entrada y salida del mismo.

Lo anterior nos permite establecer que privar de la libertad, no solo se constriñe a recluir en un lugar determinado a una persona, si no que también privar de la libertad, incluye que una persona o grupo de ellas no pueda acudir a determinado sitio.

Esta idea encuentra soporte en el artículo 11 constitucional, que consagra la garantía de tránsito, la cual consiste en cuatro libertades específicas, a saber: la de entrar al territorio de la República salir de él, viajar por su territorio y mudar de residencia, imponiendo la correlativa obligación a las autoridades de no impedir o imponer ninguna condición a estas libertades especiales, las cuales únicamente se refieren al desplazamiento o movilización física del gobernado.

Sin embargo existen limitaciones, toda vez que las autoridades judiciales, al amparo de nuestra Constitución pueden prohibir a una persona que salga a determinado lugar, situación bajo la cual la autoridad judicial puede validamente restringir la libertad de tránsito, como consecuencia de la comisión de un delito y en virtud de la pena impuesta con motivo de haberse acreditado la responsabilidad penal del reo.

Ahora bien, el artículo 24, inciso 5) del Código Penal Federal, prevé: “*La prohibición de ir a lugar determinado*”, se extenderá únicamente a aquellos lugares en los que el sentenciado haya cometido el delito y residiere el ofendido o sus familiares. Será impuesta por el órgano jurisdiccional quien fijará en su sentencia el término de la duración, que no excederá de cinco años, salvo determinación de la ley.

Como se puede observar la pena de prohibición de ir a determinado lugar se genera como una limitante a la libertad personal ambulatoria por la cual el reo está imposibilitado de reingresar o transitar por determinado territorio de la República por razones de seguridad.

El *confinamiento*:

Al igual que en el supuesto que antecede, el confinamiento es una forma de restricción de la libertad personal en cuanto a que pena bien podría encontrar mayor aplicación en lugar de la pena privativa de libertad de corta duración, desde luego, en relación con el objetivo específico de evitar que la persona frecuente relaciones o lugares donde tal circunstancia podría favorecer la situación de conflicto que supone la conducta delictiva.

Algunos tratadistas sobre la materia consideran “que más que una pena, el confinamiento constituye una simple medida de prevención, cuya finalidad es la de evitar la comisión de nuevos hechos delictivos. Para Carrancá y Trujillo el lugar de residencia no debe ser una colonia penal, ya que no se trata de una relegación sino de confinamiento; el lugar de residencia obligatoria debe ser una ciudad, villa o lugar poblado, lo que implica una limitación a la libertad de traslación que garantiza el artículo 11 „pero sin encarcelamiento y bajo la vigilancia de la policía“...”⁷⁵

⁷⁵ Pavón Vasconcelos, Francisco. Diccionario de Derecho Penal, analítico-sistemático; 2ª ed.; México, D.F.: Edit. Porrúa, S. A.; 1999.

En el caso de la legislación sustantiva penal federal, se señala: “Artículo 28.- El confinamiento consiste en la obligación de residir en determinado lugar y no salir de él. El Ejecutivo hará la designación del lugar, conciliando las exigencias de la tranquilidad pública con la salud y las necesidades del condenado. Cuando se trate de delitos políticos, la designación la hará el juez que dicte la sentencia”.

A manera de síntesis podemos establecer que la libertad de los gobernados es un elemento o atributo fundamental y consubstancial a su persona. A través de ella el hombre decide la forma y manera en que conduce su vida.

En la dogmática constitucional se otorgan una serie de garantías a favor de los gobernados para la protección de sus derechos fundamentales. La libertad personal sólo podrá ser restringida o privada al gobernado, según ordena el artículo 11, por resolución judicial o administrativa.

Tratándose de la materia penal y de acuerdo a la etapa del procedimiento penal de que se trate, será en la **investigación inicial** en donde el Ministerio Público en su carácter de autoridad, estará facultada a detener y retener al probable responsable de un delito, por razón de flagrancia o caso urgente (artículo 16); y, en la **investigación complementaria**, el Juez de Control podrá ordenar la aprehensión del imputado (artículo 16), resolver su situación jurídica a través de un auto de vinculación a proceso (artículo 19) y dar origen a la prisión preventiva (artículo 18). Por último, en la etapa de **Juicio** (artículo 21) en sentencia de condena, el Juez o Tribunal de juicio oral, podrá privarlo de su libertad, con la pena de prisión, la de confinamiento (en materia federal), o bien la prohibición de ir a determinado lugar.

De los supuestos mencionados tomaremos como unidad de análisis en el Capítulo 4 de este estudio, el relacionado con la **investigación inicial** y la forma en que el imputado puede obtener su libertad en esta etapa del procedimiento.

CAPÍTULO 4

LA PROTECCIÓN DE LA LIBERTAD DEL IMPUTADO EN LA ETAPA DE INVESTIGACIÓN, FASE DE INVESTIGACIÓN INICIAL (CÓDIGO NACIONAL DE PROCEDIMIENTOS PENALES)

Una vez que hemos destacado la importancia de los derechos humanos como facultades inherentes al individuo y que le permiten alcanzar sus aspiraciones y anhelos como parte integrante de un conglomerado social, el que a su vez tiene el compromiso de respetar dichos atributos de la personalidad humana por cuanto a su dignidad.

De igual manera atendimos al estudio de las garantías de la persona, como las prerrogativas del gobernado otorgadas en la Constitución Federal para salvaguardar esos derechos fundamentales del hombre, frente a los actos de autoridad.

Observamos que la libertad como derecho humano y como garantía constitucional permite a su titular resolver sobre la forma en que se autodetermina y atiende a sus necesidades tanto personales como colectivas, sin más limitación que la fijada en la norma jurídica.

La libertad personal de poder transitar o ambular, sólo puede estar restringida de conformidad con las prevenciones señaladas en la Ley Fundamental, la que fija los parámetros para que los órganos del Estado investidos de autoridad desplieguen su actuar de acuerdo a lo que estrictamente les autoriza la norma, cumpliendo con los requisitos o condiciones que la misma ley les permite.

El artículo 11 del Pacto Federal, es claro al indicar los casos en que se ha de restringir la libertad de tránsito, ya sea por resolución administrativa o judicial. Las

leyes secundarias, acordes con este mandato, establecen las hipótesis normativas para llevar a cabo dicha limitación.

En el caso de la materia penal, nuestra Constitución Federal señala que sólo por resolución judicial se puede privar legalmente de la libertad a los gobernados. Y como excepción, se presentan casos de detención, por **flagrancia** o **urgencia**. En estos supuestos es el Ministerio Público, como autoridad encargada de investigar los delitos, es quien tiene la obligación de respetar la libertad personal de los gobernados, principalmente la de aquellos que están sujetos a un procedimiento penal con el carácter de imputados.

La detención por flagrancia o caso urgente, sólo se justifica si cumple con los requisitos que marca el artículo 16 de la Ley Suprema, dando origen a la **retención** del probable responsable, por un plazo breve.

En este Capítulo nos corresponde analizar las hipótesis de detención y las formas en que el indiciado puede obtener su libertad, de manera provisional o definitiva.

4.1 Semblanza de las Actividades que comprende la Etapa de Investigación

Juan Palomar de Miguel nos dice que la *investigación* “son el conjunto de diligencias que practica el ministerio público para allegarse datos que hagan probable la responsabilidad de alguna persona”.⁷⁶

Esto significa que la investigación constituye una etapa del procedimiento en la que el Ministerio Público realiza una serie de actividades encaminadas a la búsqueda y recolección de los datos de prueba tendientes a integrar el hecho que la ley señale como delito y la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión, con el propósito de formular la imputación.

⁷⁶ Ob. Cit.; T. II.

Esta etapa del procedimiento es una facultad que el pacto Federal le ha conferido al Ministerio Público, de conformidad con lo previsto en el artículo 21, párrafo primero. Es en este momento del procedimiento donde el Representante Social lleva a cabo la función investigadora, con el carácter de autoridad.

La investigación es la etapa preliminar del procedimiento en la que el Ministerio Público, como titular de la acción penal y su ejercicio, desempeña una serie de actividades en la búsqueda del esclarecimiento de los hechos, estas diligencias se concretan en la recopilación, conservación y selección de los datos de prueba necesarios que permitan a este Representante Social integrar el hecho que la ley señale como delito y la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Su actividad encuentra apoyo en la policía ministerial, cuerpos policíacos de seguridad pública, como en los servicios periciales, en su conjunto estos órganos auxilian en la investigación al Ministerio Público, allegándole los medios necesarios para realizar su función.

Podemos establecer que la investigación inicial es el preámbulo para la actividad jurisdiccional, pues con la formulación de la imputación, se pone en movimiento la maquinaria judicial a efecto de que de ser procedente, se apliquen las consecuencias jurídicas de la norma al caso concreto.

Por ello resulta importante la labor del Ministerio Público, sin la cual el Órgano Jurisdiccional se encontraría imposibilitado de realizar su función jurisdiccional. Sin la investigación, y la consecuente formulación de la imputación, no es posible dar participación al juzgador. En conclusión, esta etapa del procedimiento es un presupuesto esencial para la continuidad y desarrollo del mismo. Es una prelación lógica de actividades, de las cuales una da origen a la siguiente y así sucesivamente. No podemos pasar por alto una actividad para continuar con otra.

Por esta razón resulta oportuno referirnos de manera general al desarrollo del procedimiento penal, por lo que corresponde a la etapa de investigación, para conocer esa sucesión de actividades o elementos que la componen.

El Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 127, regula la competencia del Ministerio Público como autoridad encargada de la investigación de los delitos y de sus órganos auxiliares durante esta etapa.

Al texto señala: “Artículo 127. Competencia del Ministerio Público.

Compete al Ministerio Público conducir la investigación, coordinar a las Policías y a los servicios periciales durante la investigación, resolver sobre el ejercicio de la acción penal en la forma establecida por la ley y, en su caso, ordenar las diligencias pertinentes y útiles para demostrar, o no, la existencia del delito y la responsabilidad de quien lo cometió o participó en su comisión”.

Jesús Martínez Garnelo, nos comenta que la investigación, por cuanto a su definición “debe ser eminentemente „técnico-jurídica” y la de policía, „técnico-legal”, pero con eficacia práctica en donde el rastreo, huellas, vestigios y recabación de datos, se encuentren involucrados en diversas acciones metodológicas, tanto científicas, como de la técnica de campo”.⁷⁷

De acuerdo a éste tratadista la investigación se encamina particularmente al acopio de los datos de prueba tendientes a un fin, el cual no explica, pero que debemos comprender se relaciona con el delito. Dicho tratadista encausa su punto de vista a los aspectos metodológicos y técnico-científicos relacionados con la investigación del delito sin enfocarlo al propósito de la investigación desde el punto de vista jurídico.

⁷⁷ La Investigación Ministerial Previa, un nuevo sistema de procuración de justicia; 5ª ed.; México, D.F.: Edit. Porrúa, S.A., 2000; p. 163.

Para Marco Antonio Díaz de León, es el “conjunto de actividades que desempeña el Ministerio Público, para reunir los presupuestos y requisitos de procedibilidad necesarios para ejercitar acción penal”.⁷⁸

César Augusto Osorio y Nieto con mayor detalle nos precisa, que la investigación la podemos enfocar desde tres puntos de vista: como atribución del Ministerio Público; etapa del procedimiento penal y como expediente. En el primer supuesto la Constitución otorga al Ministerio Público la facultad de investigar los delitos. En el segundo, se traduce en una fase del procedimiento penal durante la cual el órgano investigador realiza todas aquéllas diligencias necesarias para conocer la verdad histórica de un hecho posiblemente delictivo, y en su caso integrar o no, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad y optar por el ejercicio o no de la acción penal. Por último, se trata del documento (carpeta de investigación) en el que se contienen las diligencias realizadas por el Representante Social, tendientes a cumplir con el propósito del supuesto anterior.⁷⁹

Por su parte, el Código Nacional de Procedimientos Penales en su artículo 211, alude a las etapas del procedimiento, en los términos siguientes:

“Artículo 211. Etapas del procedimiento penal

“El procedimiento penal comprende las siguientes etapas:

“I. La de investigación, que comprende las siguientes fases:

“a) ***Investigación inicial, que comienza con la presentación de la denuncia, querrela u otro requisito equivalente y concluye cuando el imputado queda a disposición del Juez de control para que se le formule imputación, e***

⁷⁸ Diccionario de derecho Procesal Penal, T. I, 4ª ed.; México D. F., Edit. Porrúa, S.A., 2000.

⁷⁹ La Averiguación Previa. 11ª ed., México: Edit. Porrúa, S.A.; 2000; pp. 4 y 5.

“b) Investigación complementaria, que comprende desde la formulación de la imputación y se agota una vez que se haya cerrado la investigación;

“II. La intermedia o de preparación del juicio, que comprende desde la formulación de la acusación hasta el auto de apertura del juicio, y

“III. La de juicio, que comprende desde que se recibe el auto de apertura a juicio hasta la sentencia emitida por el Tribunal de enjuiciamiento.

“La investigación no se interrumpe ni se suspende durante el tiempo en que se lleve a cabo la audiencia inicial hasta su conclusión o durante la víspera de la ejecución de una orden de aprehensión. El ejercicio de la acción inicia con la solicitud de citatorio a audiencia inicial, puesta a disposición del detenido ante la autoridad judicial o cuando se solicita la orden de aprehensión o comparecencia, con lo cual el Ministerio Público no perderá la dirección de la investigación.

“El proceso dará inicio con la audiencia inicial, y terminará con la sentencia firme”

Como se deduce del numeral antes citado, el procedimiento penal se integra por tres etapas, de las cuales la primera corresponde a la investigación, dividida a su vez en inicial y complementaria. En la fase de investigación inicial se integra por una serie de actividades que comienzan con la denuncia o querrela y culminan con la presentación del imputado ante el Juez de Control, para que el Ministerio Público formule imputación.

A la **denuncia o querrela**, se les identifica como requisitos de iniciación o procedibilidad y tienen como objeto poner en conocimiento del Ministerio Público los hechos que pueden ser constitutivos de delito (*noticia criminis*).

La **denuncia**, procede en delitos cuya forma de persecución es de oficio, en los que cualquier persona puede informarlos al Ministerio Público y éste avocarse a iniciar la investigación correspondiente.⁸⁰

⁸⁰ Cfr.; García Ramírez, Sergio; Curso de Derecho Procesal Penal; 4ª ed.; México, Edit. Porrúa, S. A., 1983; p. 283.

La **querella**, se formula en aquellos delitos que se persiguen a petición de parte, ya sea la ofendida, la víctima o su legítimo representante, expresando éstos, según sea el caso, que se persiga al autor del delito. También el propósito es que el Ministerio Público inicie la indagatoria correspondiente. Además de que en estos ilícitos opera el perdón del ofendido o de su legitimado para otorgarlo.⁸¹

En el caso de la investigación inicial –de conformidad con la legislación adjetiva penal Nacional-, se destaca como primer acto a cargo del Ministerio Público, la recepción de la denuncia o la querella. Estos requisitos dan apertura al procedimiento y a ellos aluden los artículos 16, párrafo tercero de la Ley Fundamental, así como lo artículos 221 al 226 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

Para Olga Islas y Elpidio Ramírez la denuncia es “el relato de un hecho presuntivamente delictuoso, que hace cualquier persona al Ministerio Público”.⁸² Asimismo, si consideramos dicha opinión con lo previsto en el artículo 222 del Código Nacional de Procedimientos Penales, podemos establecer que la denuncia es la declaración realizada por cualquier persona o autoridad, en forma verbal o por escrito ante el Ministerio Público, sobre hechos probablemente delictivos (en delitos que se persiguen de oficio), con el objeto de que inicie una investigación sobre éstos.

Por lo que respecta a la querella, es en nuestra opinión, la narración de hechos que se consideran delictivos (en delitos que se persiguen a petición de parte), formulada verbalmente o escrito por el ofendido o su legítimo representante, ante el Ministerio Público, expresando el deseo de que se persiga al autor del delito.

En la querella opera el perdón como causa de extinción de la pretensión punitiva (artículo 93 del Código Penal Federal), en la denuncia no.

⁸¹ Cfr.; *Ibíd.*, p. 285.

⁸² *El Sistema Procesal Penal en la Constitución*; México, D.F.: Edit. Porrúa, S.A.; 1979; p. 52.

El perdón del ofendido, en la investigación inicial, se formula ante el Ministerio Público, ocasionando con ello el no ejercicio de la acción penal y la resolución de archivo correspondiente.

Presentadas la denuncia o la querrela, según sea el caso, el Ministerio Público auxiliado de la policía, iniciarán la **investigación** correspondiente, que consiste en la búsqueda y recopilación de los datos de prueba necesarios para integrar el hecho que la ley señale como delito y la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión.

Concluida la indagatoria el Ministerio Público deberá determinar sobre la procedencia del **ejercicio o no de la acción penal**. (Artículo 255 del Código Nacional de Procedimientos Penales).

Teniendo como base las ideas de la doctrina y el fundamento jurídico de las normas constitucionales, sustantivas y adjetivas en materia penal, podemos establecer que la investigación inicial como fase de la primera etapa del procedimiento, se integra por una serie de actividades en las cuales participa como autoridad el Ministerio Público, realizando la función investigadora del delito. Estas actividades, se encuentran descritas en un documento (carpeta de investigación) que de manera lógica y cronológica, fundada y motivada las sistematiza, con el propósito de dar seguridad jurídica a los sujetos del procedimiento al igual que dejar constancia de su labor de investigación, tendiente a integrar el hecho que la ley señale como delito y la probabilidad de que el indiciado lo cometió o participó en su comisión, para estar en aptitud de formular la imputación.

4.2 Casos de Detención Legal en la Investigación

Como lo comentamos al inicio del presente Capítulo, la Ley Fundamental respalda los derechos humanos a través de la dogmática constitucional, referida a las

garantías de la persona. Es en este cuerpo de normas en donde se establecen los casos en que un gobernado puede ser privado legalmente de su libertad.

4.2.1 Flagrancia

En su función de autoridad investigadora del delito, el Ministerio Público puede mantener privado de la libertad al imputado (retención), en los casos y con los requisitos que establece la Constitución Federal, en el artículo 16.

La regla general, es que sólo la autoridad judicial puede ordenar la detención de una persona, como consecuencia de un delito, cuando el Ministerio Público se lo solicita, como consecuencia de la investigación sin detenido. El Juez de Control debe resolver sobre si gira la *orden de aprehensión* (artículo 141, fracción III, del Código Nacional de Procedimientos Penales).

Sin embargo, existen casos de excepción previstos en la propia Constitución Federal, en los que dentro de la investigación, se puede detener al imputado.

A mayor abundamiento, podemos establecer que la *detención* se traduce en la privación legal de la libertad de un gobernado (inculpado), en la investigación inicial, por motivo de flagrancia o de caso urgente.

El término flagrancia, que proviene de *flagrantia, flagrantiae*, cuyo significado es arder, brillar, estar flameante, incandescente y que metafóricamente al aplicarse al contexto jurídico, significa delito *resplandeciente, o actualidad del delito*, lo cual deja claro que la idea de flagrancia supone la íntima relación entre un hecho considerado como delictuoso y su autor, aunado al elemento sorpresa.

La detención por flagrancia, es el acto con el que una persona es sorprendida mientras está cometiendo un delito o un estado declarado equivalente por la ley, la

priva provisionalmente de su libertad personal un sujeto autorizado, para ponerla a disposición inmediatamente de la autoridad; en esta tesitura, la importancia de la flagrancia a nivel constitucional se expresa en el artículo 16, párrafo quinto, mismo que señala “Cualquier persona puede detener al indiciado en el momento en que esté cometiendo un delito o inmediatamente después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. Existirá un registro inmediato de la detención”.

De lo anterior se puede precisar que la flagrancia es uno de los requisitos indispensables para que aunado a otros elementos se pueda privar de la libertad a una persona, sin previo mandamiento judicial. Sobre este particular resulta interesante la opinión de los doctrinarios en la materia, quienes señalan que la medida cautelar al referirse a la detención y por ende a la privación legal de la libertad, no es la flagrancia o actualidad del delito, sino la detención preventiva propiamente dicha.

La flagrancia, en el mejor de los casos; es uno de los requisitos, que aunado a la potencial pena privativa de libertad, puede dar lugar a la ejecución de una medida cautelar restrictiva de la libertad, de esta guisa, arribamos a la conclusión, que el hecho de encontrar a una persona en el momento que está cometiendo un delito, no significa de ninguna forma, que en ese preciso instante quede privado de su libertad, pues para que este supuesto se actualice, se requiere que la persona que sorprende al activo, tenga la determinación de no encubrirlo y entregarlo a la autoridad, puede entonces decirse, ahora sí, que el sujeto que lo sorprenda adquiere la potestad de privarlo en forma legal de su libertad, por mandato constitucional, sin que incurra en responsabilidad alguna, toda vez que no es necesario en el caso de la flagrancia, que la persona que efectúa la detención tenga el carácter de autoridad.⁸³

⁸³ Cfr.; Silva Silva, Alberto. Derecho Procesal Penal; 2ª ed.; México, Edit. Oxford; 1995; p. 503.

Así entonces, entenderemos por delito flagrante aquel en que al momento de detener al sujeto activo del hecho ilícito, éste lo está perpetrando o es perseguido inmediatamente después de la comisión del delito a fin de detenerlo por la persona que lo encontró en su realización.

Ahora bien, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha dicho con relación a este tópico que delito flagrante “es el que se está cometiendo actualmente sin que el autor haya podido huir”,⁸⁴ el que se comete públicamente y cuyo perpetrador ha sido visto por muchos testigos, al tiempo mismo en que lo consumaba, no obstante lo anterior la legislación secundaria hace una subdivisión de la flagrancia, *Existe flagrancia cuando la persona es detenida en el momento de estar cometiendo el hecho, o bien, cuando el indiciado es perseguido material, ininterrumpida e inmediatamente después de ejecutado*, lo que se conoce en la doctrina en el primer caso como **flagrancia estricta**, es decir la detención del inculpado al momento de estar cometiendo el delito.

Su concepción se encuentra vinculada con las fases consumativa o ejecutiva del delito; es decir, el *inter criminies*, ya que incluso la ley habla de actualidad del delito.

En el mismo numeral en estudio se alude también a lo que la doctrina llama **cuasi flagrancia** pues se prevé que también hay delito flagrante cuando inmediatamente después de cometido el hecho delictuoso, el imputado es perseguido materialmente hasta lograr su captura.

En otras palabras, también podrá detenerse a una persona aun después de que ejecutó o consumó la conducta delictiva, pero siempre y cuando no se le haya perdido de vista y aun haya sido perseguida desde la realización del hecho delictuoso.

⁸⁴ Cit. por *Ibídem*; p. 504.

Julio Acero menciona que cuando no deje de prevalecer siempre como exigencia principal la racional proximidad del tiempo de la ejecución del delito, para que se considere que su impresión subsiste íntegra y clara como tema de estricta actualidad.⁸⁵

También en el numeral 146, fracción II, inciso b) del Código Nacional de Procedimientos Penales, regula el supuesto de la **flagrancia por señalamiento**, en los términos siguientes: “II. Inmediatamente después de cometerlo es detenida, en virtud de que:

“b) Cuando la persona sea señalada por la víctima u ofendido, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito y cuando tenga en su poder instrumentos, objetos, productos del delito o se cuente con información o indicios que hagan presumir fundadamente que intervino en el mismo.

“Para los efectos de la fracción II, inciso b), de este precepto, se considera que la persona ha sido detenida en flagrancia por señalamiento, siempre y cuando, inmediatamente después de cometer el delito no se haya interrumpido su búsqueda o localización”.

Esta categoría corresponde a lo que la teoría reconoce como *flagrancia equiparada*, flagrancia de la prueba o flagrancia del delito.⁸⁶ En este supuesto de la detención deben reunirse por el Representante Social ciertos requerimientos, como lo son la existencia datos probatorios suficientes para proceder a la detención del probable responsable, ya por señalamiento de alguna persona o por encontrarse en su poder los instrumentos u objetos del delito.

No es posible dejar de percibir, que los supuestos que prevé específicamente la legislación adjetiva penal nacional resultan ambiguos, lo cual da pauta a una violación de garantías individuales, pues si bien es cierto que lo anterior se

⁸⁵ El Procedimiento Penal; México, Puebla: Edit. Cajica; 1968; p. 130.

⁸⁶ Barragán Salvatierra, Carlos. Ob. Cit.; pp. 211 y 212.

encuentra definido y se identifica como presunción de flagrancia, ésta significa y tiene lugar cuando el individuo ni ha sido prendido al ejecutar o consumir el delito, y tampoco ha sido detenido luego de perseguido. Aquí sólo existen datos que hacen factible pensar que ese sujeto fue el autor.

El encontrarle en su poder la cosa robada, o el arma ensangrentada, implica una presunción de flagrancia, lo cual nos lleva a concluir que en su origen la presunción de flagrancia surge cuando el propio activo del delito tiene en su poder el objeto o los medios con los que cometió el ilícito, pero a diferencia del sentido auténtico de la presunción de flagrancia la legislación nacional establece que una persona puede resultar como probable responsable en la comisión de un delito sea éste grave o no, y simplemente, al ser señalado el agente del delito por el agraviado o víctima, resulta ser suficiente para privarlo de su libertad, lo cual sin lugar a duda ha llevado hoy en día a severas injusticias, ya que puede darse el caso que dentro de ese lapso se fabriquen culpables o indicios.

La *detención por flagrancia* de acuerdo a lo establecido por el artículo 16, párrafo quinto de la Constitución, puede ser efectuada por cualquier persona o autoridad, con la obligación de poner al indiciado inmediatamente a disposición de cualquier autoridad y ésta a su vez ante el Ministerio Público.

Sobre el tema que nos ocupa, los Tribunales Colegiados de Circuito, ha emitido el siguiente criterio:

“FLAGRANTE DELITO, AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE. Por flagrante delito no sólo debe entenderse el momento actual en que el infractor de la ley realiza el acto antijurídico que puede y debe motivar su aprehensión por cualquier persona, en términos del artículo 16 constitucional, cuanto más por agentes de la Policía Judicial Federal, sino también los inmediatamente posteriores a su ejecución”.⁸⁷

⁸⁷ Semanario Judicial de la Federación. Tribunales Colegiados de Circuito. Octava Época. Tomo: IX-Abril. Pág. 506.

Como se observa de esta tesis jurisprudencial, se admite como flagrancia, lo que hemos denominado conforme a la doctrina como *cuasi flagrancia*, situación que queda comprendida en el propio artículo 16 de la Ley Fundamental. Asimismo podemos establecer, que el concepto de flagrancia, no se encuentra restringido una sola categoría, es decir, la detención de sujeto al momento mismo de cometer el delito; también, por ampliación jurisprudencial del término se consideran las categorías reguladas en la ley adjetiva penal.

4.2.2 Caso Urgente

El párrafo sexto del artículo 16 constitucional, señala que *“Sólo en casos urgentes, cuando se trate de delito grave así calificado por la ley y ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar su detención, fundando y expresando los indicios que motiven su proceder”*, este precepto constitucional nos permite establecer los requisitos y condiciones que se deben de colmar para que el Representante Social pueda privar en forma legal a una persona de su libertad.

Esta forma de privación de la libertad del imputado en la investigación, tiene lugar de acuerdo al artículo 16, párrafo sexto de la Constitución, tratándose de delitos graves cuando se tenga el riesgo fundado de que el inculpado pueda sustraerse a la acción de la justicia y por razón de la hora, del lugar o circunstancia, no se halle autoridad judicial que ordene su aprehensión; en este caso el Ministerio Público bajo su más estricta responsabilidad ordenará la detención (artículo 150 del Código Nacional de Procedimientos Penales).

A manera de síntesis, podemos destacar:

- a. Que delito que se le atribuya al inculpado debe ser considerado como grave, comprendidos aquellos de prisión preventiva oficiosa y, aquellos cuyo término medio aritmético sea superior a cinco años de prisión.
- b. Debe de existir riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la justicia.
- c. Que por razón de la hora, lugar o circunstancia no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial.
- d. El agente del Ministerio Público debe fundar debidamente la resolución en la que determinó la detención por causa urgente.
- e. El Representante Social debe de expresar los indicios que motiven su proceder, lo que aunado al punto que antecede significa que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en el artículo 16 Constitucional, reitera el deber de toda autoridad de fundar y motivar sus resoluciones.

Por lo que hace a la falta de autoridad judicial en el lugar asienta Julio Acero, debe entenderse respecto de la población, villa o hacienda de que se trate y se concibe perfectamente en todas las rancherías, lugares despoblados o aun en poblaciones de cierta importancia, cuando por algún motivo se carezca de ellos o se hayan ausentado los jueces respectivos; pero no en el sentido de que basta que no se hayan hecho presentes en la casa, calle o sitio mismo exacto de la comisión del delito.⁸⁸

En lo relativo a lo *urgente* es característica de toda medida cautelar, el problema de interpretación del artículo 16 constitucional, porque se define la urgencia dentro de una sospecha de fuga fundada en actos tangibles que la revelen.

⁸⁸ Cfr.; Acero, Julio; Ob. Cit.; p. 131.

Como en el caso de la flagrancia la autoridad judicial, tan pronto tenga conocimiento de la detención, deberá ratificarla o dejar en libertad al injustamente detenido, sin necesidad de esperar la declaración preparatoria.

La Constitución y las leyes penales secundarias son omisas al respecto, por lo que dan completa libertad a las autoridades administrativas para determinar en qué supuesto se está frente a dichos casos urgentes, en ese orden de ideas, los Agentes del Ministerio Público tanto federales como locales deben valorar cada caso en concreto y discrecionalmente ejercerán esa facultad constitucionalmente consagrada, lo cual implica una competencia exclusiva a los jueces para ordenar la privación de la libertad de una persona.

Como se puede apreciar, la detención por caso urgente, es ordenada por el Ministerio Público, bajo su más estricta responsabilidad, cuando ya iniciada la indagatoria, y por razón de la hora o del lugar, no puede acudir ante la autoridad judicial a solicitar la orden de aprehensión. A mayor abundamiento, resulta interesante el siguiente criterio del Colegiado:

“DETENCIÓN ORDENADA POR EL MINISTERIO PÚBLICO BAJO LA HIPÓTESIS DE URGENCIA. ES ILEGAL SI PARA DEMOSTRAR QUE NO PUDO OCURRIR ANTE LA AUTORIDAD JUDICIAL A SOLICITAR LA ORDEN DE APREHENSIÓN, SE LIMITA A HACER CONSTAR QUE ESTABA CERRADO EL LOCAL DEL JUZGADO Y NADIE RESPONDIÓ A SUS LLAMADAS, PERO RESULTA QUE ESE DÍA ESTABA CONSIDERADO COMO INHÁBIL. Para que exista urgencia y pueda el Ministerio Público ordenar por sí la detención de una persona, sin contar con la orden judicial de captura ni la existencia de la flagrancia delictuosa, es menester los siguientes requisitos: a) Que el indiciado hubiese intervenido en la comisión de un delito considerado como grave en la legislación secundaria, b) Que exista grave riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia y, c) Que por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la

autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión. Ahora bien, tratándose de la exigencia marcada con el inciso c), obviamente, por tratarse de razones de índole subjetiva, compete al Ministerio Público destacarlas, a fin de que puedan llegar a examinarse, de manera que si en un caso la fundó en que no encontró a nadie que lo atendiera en el local del juzgado, a pesar de las llamadas telefónicas y su presencia en el inmueble en el que aquél tiene su sede, resulta que la detención es ilegal si ese día fue sábado o domingo, y como tal considerados inhábiles por la Ley Orgánica del Poder Judicial que corresponda (u otro día catalogado legalmente como inhábil), dado que era evidente que nadie lo atendería en ese lugar por corresponder a un día inhábil, que se identifica con la circunstancia de que no despacha el órgano jurisdiccional de que se trate, y el hecho de que en materia penal puedan practicarse actuaciones a toda hora, aún en días feriados, sin necesidad de previa habilitación, sólo implica que las diligencias penales pueden verificarse a cualquier hora de cualquier día, mas no que los órganos jurisdiccionales estén obligados a despachar, atendiendo a los interesados, sin ninguna limitación de horario, y la consiguiente apertura o presencia de personal en sus instalaciones de manera ininterrumpida, de modo que a cualquier hora el Ministerio Público, los defensores o el acusado encontrarán la atención del personal en los juzgados, ya que esta interpretación sería un contrasentido a las disposiciones que señalan los días hábiles e inhábiles de despacho de los tribunales”.⁸⁹

Del criterio anterior podemos observar que en el caso urgente el Ministerio Público, bajo su más estricta responsabilidad y siempre que se trate de un delito calificado por la ley como grave, puede ordenar la detención del inculpado cuando le sea imposible, por razón de la hora, distancia o lugar, acudir ante el Órgano Jurisdiccional para solicitar la orden de aprehensión de dicho indiciado, y se tenga el temor de que éste pueda sustraerse a la acción de la justicia.

⁸⁹ Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tribunal Colegiado de Circuito. Novena Época. Tomo: VIII, Noviembre de 1998. Tesis: VI.4º. 17P. Pág. 522.

En todo caso deberá fundar y motivar su determinación, señalado los argumentos y disposiciones legales que justifiquen su proceder.

Cabe destacar que bajo la nueva estructura del Sistema de Justicia Penal, se han agilizado las comunicaciones entre el Ministerio Público y el Juez de Control, pues existen órganos jurisdiccionales “de guardia” a los que se puede acudir sin importar la hora. Por otra parte se considera que las órdenes de aprehensión pueden ser solicitadas y emitidas por medios electrónicos, caso en el cual quedaría en tela de duda su autenticidad, ya que de conformidad con el artículo 16 del Pacto Federal, el mandato de autoridad debe constar por escrito y contener la firma autógrafa de quien lo suscribe. Será que acaso con los avances de la ciencia y especialmente de la tecnología los Jueces de Control signen este tipo de órdenes a través de una “firma electrónica”.

4.3 La Tutela de la Libertad Personal del Imputado

Del desarrollo de esta investigación documental hemos observado que la libertad personal del imputado se salvaguarda tanto en la Ley Suprema como en el Código Nacional de Procedimientos Penales.

En el Pacto Federal, con las garantías de seguridad jurídica otorgadas por la Constitución y las normas protectoras de los derechos humanos comprendidas en los Tratados Internacionales, suscriptos y aprobados por nuestro país.

Y en el Código adjetivo penal nacional, con las disposiciones que fijan derechos procesales a favor del imputado, para el resguardo de su libertad personal, al no ser objeto de detenciones arbitrarias.

4.3.1 En la Constitución Federal y en los Tratados Internacionales

Los órganos del Estado sólo pueden hacer lo que la ley estrictamente les faculte, así reza el principio de legalidad. En consecuencia deberán ajustarse a las disposiciones previstas tanto en la Ley Fundamental, como en las normas generales.

El Poder Constituyente originario y el permanente, reconocen la existencia de los derechos humanos y otorgan a las personas garantías para su protección. En la dogmática constitucional se incluyen garantías de seguridad jurídica, que en el ámbito del derecho penal sustantivo, adjetivo y penitenciario, fijan los lineamientos de protección de los derechos públicos subjetivos de las personas involucradas en esta materia.

Bajo los principios del procedimiento acusatorio además de la presunción de inocencia, se privilegia la libertad personal siendo la “prisión preventiva” la última medida cautelar a aplicar.

El artículo 16 constitucional, que alude a los actos de molestia, prevé los casos y condiciones impuestos a la autoridad para poder privar legalmente de la libertad personal al gobernado. La regla general es por mandato de autoridad judicial (Juez de Control), a través de la orden de aprehensión solicitada por el Ministerio Público. Sin embargo, hay excepciones, como es el caso de la detención por flagrancia y la orden de detención por caso urgente, las que derivan en la retención del imputado por el plazo de 48 ó 96 horas, si se trata de delincuencia organizada.

Fuera de estos supuestos de detención, cualquier otra categoría que se regule en las normas generales a propósito de limitar la libertad personal será inconstitucional.

El último medio de que dispone el gobernado para obtener su libertad durante la investigación inicial es el juicio de amparo, el cual procede de acuerdo al artículo 103, fracción I, de la Constitución Federal, cuando se trate de leyes, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos y las garantías de la persona.

El amparo es, en términos generales, un medio legal que le permite a la persona hacer frente a los actos de autoridad que traten de afectar o afecten sus garantías; éstas a su vez, son las prerrogativas previstas en la parte dogmática de la Constitución, que garantizan el ejercicio de derechos que le son inherentes al gobernado y le permiten desarrollar su personalidad y el logro de sus satisfacciones dentro de la sociedad organizada donde priva un Estado de Derecho.

El amparo es también el instrumento que determina si los actos del poder público se encuentran ajustados a los preceptos de la Constitución Federal y, en su caso, de las normas generales.

En el caso de dichos actos de autoridad no concuerden con lo que establece la Constitución o a las leyes secundarias, los Jueces de Distrito conocerán del amparo indirecto, cuando se trate de actos de autoridad que no constituyan una sentencia definitiva, de acuerdo con el artículo 170, fracción I, párrafo segundo de la Ley de Amparo.

Partiendo del supuesto anterior, en la materia penal, el amparo procede contra cualquier acto de autoridad que lesione o intente lesionar la libertad personal, física o ambulatoria, o por cualquier tipo de violación directa a una garantía individual.

Como es de apreciarse el juicio de amparo indirecto permite al inculpado lograr su libertad (provisional o definitiva), cuando la detención por flagrancia o caso urgente

no se ajuste a las exigencias previstas por la Constitución Federal, según lo previsto por el artículo 16, párrafos quinto a séptimo.

Por otra parte, los Tratados Internacionales que forman parte de nuestro derecho interno, por seguir las formalidades previstas por el artículo 133 de la Constitución, obligan a las autoridades del Estado mexicano a observarlos, respetarlos y aplicarlos, según se deduce de la lectura del artículo 1º, párrafo tercero de la Ley Suprema.

Tal es el caso de las disposiciones contenidas en el Pacto de San José de Costa Rica, que aluden al tema de la libertad personal en su artículo 7.

4.3.2 En el Código Nacional de Procedimientos Penales

Como producto de la actividad desplegada por el Ministerio Público. Y de las diligencias practicadas por él y sus órganos auxiliares (policía y servicios periciales), para la investigación de los delitos como presupuesto del ejercicio de la acción penal, se pueden presentar las siguientes determinaciones:

- 1. *Ejercicio de la acción penal***, mediante la respectiva imputación ante la autoridad judicial competente (Juez de Control).
- 2. *El no ejercicio de la acción penal***, cuando previo a la audiencia inicial el Ministerio Público podrá decretarlo, cuando los antecedentes del caso le permitan concluir que en el caso concreto se actualiza alguna de las causales de sobreseimiento (artículos 255 y 327 del Código Nacional de Procedimientos Penales).

De conformidad con las reformas recientes al artículo 20, apartado C), fracción VII del Pacto Federal, el ofendido o la víctima podrán “Impugnar ante autoridad

judicial las omisiones del Ministerio Público en la investigación de los delitos, así como las resoluciones de reserva, **no ejercicio**, desistimiento de la acción penal o suspensión del procedimiento cuando no esté satisfecha la reparación del daño”.

Para tal efecto, el ofendido o la víctima del delito, podrán acudir al juicio de amparo, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 107, fracción VII, de la Ley de Amparo.

Pero previamente y cumpliendo con el principio de definitividad de la acción de amparo, deberá de agotar el recurso ordinario previo, si lo establece la ley para este efecto.

3. Archivo temporal, previsto por el artículo 254 de la ley adjetiva penal nacional, se deberá dictar cuando “El Ministerio Público podrá archivar temporalmente aquellas investigaciones en fase inicial en las que no se encuentren antecedentes, datos suficientes o elementos de los que se puedan establecer líneas de investigación que permitan realizar diligencias tendentes a esclarecer los hechos que dieron origen a la investigación. El archivo subsistirá en tanto se obtengan datos que permitan continuarla a fin de ejercitar la acción penal”.

En conclusión, podemos establecer que las determinaciones que emite el Ministerio Público, al término de su investigación inicial, son: **1.** ejercicio de la acción penal y formulación de la imputación; **2.** no ejercicio de la acción penal; y, **3.** archivo temporal.

En el caso de la primera resolución, ésta puede presentarse *con detenido* o *sin detenido*, dependiendo de que el imputado hubiese estado privado legalmente de su libertad, como consecuencia que se hubiese presentado la detención en flagrancia o por caso de urgencia, dando origen al plazo de la retención.

El artículo 140 del Código Nacional de Procedimientos Penales, regula el tema de la libertad durante la investigación al establecer: “En los casos de detención por flagrancia, cuando se trate de delitos que no merezcan prisión preventiva oficiosa y el Ministerio Público determine que no solicitará prisión preventiva como medida cautelar, podrá disponer la libertad del imputado o imponerle una medida de protección en los términos de lo dispuesto por este Código.

“Cuando el Ministerio Público decrete la libertad del imputado, lo prevendrá a fin de que se abstenga de molestar o afectar a la víctima u ofendido y a los testigos del hecho, a no obstaculizar la investigación y comparecer cuantas veces sea citado para la práctica de diligencias de investigación, apercibiéndolo con imponerle medidas de apremio en caso de desobediencia injustificada”.

De la disposición que antecede se deduce que en el caso de la detención por flagrancia, no es necesario mantener en retención al imputado cuando el delito no sea de prisión preventiva oficiosa o que el Ministerio Público decline a solicitarla como medida cautelar.

4.4 Consideraciones Finales.

En el desarrollo de esta investigación documental observamos como las sociedades van evolucionando y en torno a esos cambios es que se generan nuevas normas que recogen y regulan las exigencias que reclama la colectividad, no sólo en el ámbito doméstico sino también en el internacional.

Los derechos humanos y su salvaguarda son la base de las normas jurídicas nacionales e internacionales, los Estados tienen el compromiso de velar por su respeto y protección.

Los cambios ocurridos a partir del año de 2008, en el nuevo Sistema de Justicia Penal, son el resultado del clamor general por tener una mayor seguridad jurídica en el campo de la procuración y administración de justicia.

Acorde con las declaraciones contenidas en los Tratados Internacionales que abordan la protección de los derechos fundamentales, el Estado mexicano a través del Poder Constituyente Permanente actualizó la Constitución Federal para ajustarla a dichos documentos.

El proceso acusatorio y oral, que ahora se regula en la Ley Suprema y se detalla en el Código Nacional de Procedimientos Penales, está inspirado en la protección y respeto de los derechos humanos. Se otorgan garantías para la salvaguarda de los derechos no sólo del imputado, sino también del ofendido o la víctima del delito.

Se busca una justicia transparente, proporcional y equitativa, expedita y pronta. En donde, en algunos supuestos, se llegue a un arreglo o acuerdo que resarza al afectado por el delito.

En el caso del imputado, el procedimiento se finca en el principio de presunción de inocencia, por lo que los casos de privación legal de la libertad como medida cautelar (retención o prisión preventiva), son en número menores.

El Ministerio Público durante la investigación inicial, solo puede detener al imputado por delito flagrante o caso urgente, siempre que estas detenciones se ajusten a los requisitos exigidos por la Constitución y el Código Nacional de Procedimientos Penales. La retención entendida como el plazo dentro del cual el imputado queda privado de su libertad a disposición del Ministerio Público, sólo se justifica cuando éste, en la audiencia inicial, formulará la imputación solicitando como medida cautelar la prisión preventiva, o bien cuando ésta aplica de oficio.

Así deducimos que si bien el Pacto Federal alude a la retención por un plazo de 48 horas, en tanto que el Código Nacional de Procedimientos Penales, prevé que el imputado gozará de su libertad en el caso de la detención por delito flagrante cuando el Ministerio Público no solicite la prisión preventiva o ésta no esté comprendida en los casos en que opera de oficio. Situación que nos lleva a concluir que la ley secundaria le otorga mayores beneficios al destinatario de la norma.

Continuando con el tema de la flagrancia, la Constitución establece los supuestos de detención del imputado: al momento de estar cometiendo el delito o inmediatamente después de haberlo cometido. En cambio el Código Nacional de Procedimientos Penales, agrega un supuesto más que es la “flagrancia por señalamiento”, categoría que en nuestra opinión no debiera estar comprendida en esta ley adjetiva penal, pues rebasa los parámetros descrito por la norma fundamental.

Otro avance legislativo que contiene el Código Nacional de Procedimientos Penales, es la omisión de la figura del arraigo; medida cautelar que si bien está prevista en la Constitución (artículo 16), no se justifica de conformidad con lo previsto en el artículo 7 de la Convención Americana de Derechos Humanos. En ese orden de ideas debiera de abrogarse de las normas que la contienen en la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.

Consideramos que la libertad personal es un bien jurídico de suprema valía para el desarrollo de la persona y el respeto a su dignidad humana, y sólo en casos extremos puede restringirse, sin violentar sus derechos humanos.

CONCLUSIONES

Al finalizar la presente investigación jurídica documental, observamos que el nuevo sistema de justicia penal ha traído cambios significativos en los ámbitos de procuración y administración de justicia. Se resalta el tema de los derechos humanos y su respeto, por parte de las autoridades; de igual manera, se salvaguarda y privilegia la libertad de la persona y, por excepción, se llega a privar al gobernado de la misma. Tomando como base estos aspectos, llegamos a las siguientes **conclusiones**:

PRIMERA. Los derechos humanos son la prerrogativas de las que goza la persona, por el sólo hecho de serlo, se originan en la naturaleza y la interacción de los individuos. Se fundamentan doctrinariamente en las ideas del *ius naturalismo*, como derechos inherentes a la persona.

SEGUNDA. De entre sus características se destacan: a) su universalidad, pues todos los individuos los detentan; b) son consubstanciales, al formar parte de la naturaleza humana; c) atemporales, pues no tienen un tiempo de vigencia, mientras exista la raza humana, contará con estos derechos; d) inalienables, lo que significa que no están sujetos a venta, cesión o acuerdo por el cual se renuncie a ellos; e) interdependientes, la relación que guardan entre sí es concatenada; y, f) progresivos, con el paso del tiempo se van generando nuevos derechos que van integrando un acervo para la persona.

TERCERA. La doctrina establece de acuerdo a su evolución y desarrollo histórico de los derechos humanos, generaciones de éstos (las que varían en número, según el autor), así tenemos derechos individuales o de primera

Conclusiones

generación; derechos colectivos, económicos o culturales, de segunda generación, y, los de solidaridad, como el derecho ambiental, que conforman la tercera generación.

CUARTA. El Estado mexicano, consciente de los compromisos que tiene para con los gobernados, en la Constitución Federal, reconoce estos derechos humanos, tanto los comprendidos en éste cuerpo de normas, como los previstos en los Tratados internacionales que aludan a ellos; y, les otorga garantías, para su protección (artículos 1º y 103, de la Constitución).

QUINTA. Por cuanto a las garantías de la persona, se trata de salvaguardas o protecciones para el ejercicio de los derechos del hombre. Se encuentran previstos, principalmente, en la parte dogmática de la Ley Suprema. Tienen su fundamentación doctrinaria en el *ius positivismo*, son de derecho escrito y tienen un tiempo de vigencia, son oponibles a los órganos del Estado que tengan el carácter de autoridades, para que éstas las respeten y, según sea el caso, le sean restituidas al gobernado, cuando resulte afectado por acto de autoridad.

SEXTA. La teoría refiere que las garantías de la persona se componen de determinados elementos que son: a) el sujeto activo, titular de la garantía (la persona); b) el sujeto pasivo, obligado frente al titular (autoridad); c) el objeto, que es el respeto o la restitución del derecho; d) la fuente, ya sea la Constitución o los Tratados Internacionales que aludan a derechos humanos; y e) la relación jurídica entre los sujetos, que es de supra a subordinación.

Conclusiones

SÉPTIMA. Atendiendo al criterio de clasificación de las garantías, que se refiere al bien jurídico que se protege, se ordenan en: a) igualdad; b) libertad; c) propiedad; y, d) seguridad jurídica.

OCTAVA. La libertad como garantía, se traduce en la facultad que tienen las personas de hacer o no hacer, lo que a su arbitrio parezca, siempre y cuando no afecten o transgredan la esfera de libertad de los demás gobernados. También la libertad es entendida como la relación entre una necesidad y un satisfactor, el cual podrá elegir, para colmar sus necesidades el gobernado.

NOVENA. Las garantías de seguridad jurídica son aquellas que estatuyen una serie de requisitos o condiciones que la autoridad debe cumplir para emitir sus actos, sean de privación (artículo 14, párrafo 2º de la Constitución) o de molestia (artículo 16, párrafo 1º de la Constitución), la ausencia o vicio de cualquiera de esos requisitos, hacen al acto, inconstitucional.

DÉCIMA. En las garantías de seguridad jurídica se tutela la libertad personal, en diversas disposiciones. A partir de la reforma constitucional de 18 de junio del 2008, en el que se precisa el principio de “presunción de inocencia” (artículo 20, apartado B, fracción I) y se privilegia la libertad del imputado, exceptuándose aquellos casos de “prisión preventiva oficiosa” (artículo 19, párrafo segundo).

DÉCIMA PRIMERA. El Pacto de San José de Costa Rica, documento internacional suscrito y ratificado por nuestro país, regula el tema de la libertad personal y su protección en el artículo 7. Por lo que en términos de los numerales 1º, párrafo tercero y 133, de la Constitución Federal, las autoridades

Conclusiones

del país, cualquiera que éstas sean, se obligan a respetar, proteger y estos derechos.

DÉCIMA SEGUNDA. En el caso de la libertad de tránsito, garantizada por el artículo 11 del Pacto Federal, se consagran cuatro prerrogativas, que son: a) entrar a territorio de la República mexicana; b) salir del territorio de la República mexicana; c) mudar de domicilio; y, d) viajar por el territorio de México; sin necesidad de pasaporte, salvoconducto o carta de seguridad. Salvo las limitaciones administrativas o judiciales. Cabe destacar, que en el ámbito internacional de los derechos humanos, el Estado mexicano adicionó este artículo para garantizar los derechos de asilo por razones políticas y los de refugio por cuestiones humanitarias.

DÉCIMA TERCERA. De acuerdo con el Código Nacional de Procedimientos Penales (artículo 211), las etapas que componen al procedimiento son: a) Investigación; b) Intermedia o preparatoria a juicio; y c) Juicio. La primera etapa a su vez se integra por dos fases: a.1) investigación inicial, que comprende desde la presentación de la noticia criminal con la denuncia o querrela, hasta el momento en que el imputado queda a disposición del Juez de Control, para formular la imputación; y, a.2) investigación complementaria, que abarca la formulación de la imputación al cierre de la investigación.

La investigación inicial, por las autoridades que intervienen, es de índole administrativa; en tanto que, la investigación complementaria, es de naturaleza judicial.

DÉCIMA CUARTA. De conformidad con las garantías de seguridad jurídica comprendidas en los artículos 16, párrafo tercero, 19, párrafo segundo de la Constitución; y, 140 y 141, del Código Nacional de Procedimientos Penales, sólo por resolución judicial: orden de aprehensión, podrá restringirse la libertad

Conclusiones

personal del imputado, siempre que el delito amerite prisión preventiva o cuando se considere que pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando el delito tenga pena privativa de la libertad.

DÉCIMA QUINTA. Si bien sólo por medio de la orden de aprehensión se le puede privar legalmente de la libertad a una persona; en el Pacto Federal (artículo 16, párrafos quinto a séptimo, se regulan dos casos de excepción que son: a) la detención por delito flagrante; y, b) el caso urgente. En el primer supuesto, cualquier persona o autoridad puede detener a indiciado, al instante de estar cometiendo el delito o momentos después de haberlo cometido, poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad y ésta con la misma prontitud ante el Ministerio Público. La segunda hipótesis, sólo aplica a los delitos graves, y la ordena el Ministerio Público, cuando existe riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y por razón de la hora o lugar, o por cualquier otro motivo, no pueda acudir al Juez de Control, para solicitarle la orden de aprehensión. En ambas categorías el indiciado quedará a disposición del Ministerio, en retención, hasta por 48 horas ó 96 horas, si se trata de un miembro de la delincuencia organizada.

DÉCIMA SEXTA. En la detención por flagrancia, el Ministerio Público tiene la obligación de determinar que es legal la detención; si los hechos son o no constitutivos de delito y que tengan pena privativa de la libertad; que se formule la querrela, en los delitos de petición de parte; registre la detención; y, retenerlo si con la formulación de la imputación solicitará como medida cautelar la prisión preventiva (ya sea la de oficio o a petición de parte). Fuera de estas categorías no podrá mantener privado de la libertad al imputado, por lo que la investigación inicial se hará con el indiciado estando en libertad procedimental. De no ser así se violentarán derechos fundamentales y la detención (o retención) será inconstitucional.

DÉCIMA SÉPTIMA. El Código Nacional de Procedimientos Penales, en el artículo 146, fracción II, inciso b), regula la “flagrancia por señalamiento”, la que al no estar prevista en los supuestos que marca el artículo 16, párrafo quinto, de la Constitución Federal, debe considerarse inconstitucional y, como consecuencia, violatoria de dicha garantía de la persona.

DÉCIMA OCTAVA. El caso de urgencia, por la naturaleza del procedimiento acusatorio en cuanto a las formas de comunicación entre el Ministerio Público y el Juez de Control (como es el caso de la vía electrónica), ya no tendrá justificación para ordenar dicha detención, pues podrá acudir al Juez de Control por en cualquier momento para solicitarle la orden de aprehensión (excepto cuando no funcione o no haya en el lugar, el servicio de internet).

DÉCIMA NOVENA. La libertad personal, como bien jurídico de vital importancia para el gobernado, en el desarrollo de sus capacidades y dignidad humana, sólo podrá ser objeto de restricción en los supuestos y bajo las condiciones que la Constitución Federal establece, fuera de esos casos, cualquier afectación a este derecho fundamental, es inconstitucional.

VIGÉSIMA. La libertad personal, como bien jurídico de fundamental valía, sólo puede ser objeto de restricción, en los casos previstos en la Constitución Federal, cualquier otro supuesto distinto, vulnera la garantía de seguridad jurídica comprendida en el artículo 16, atendiendo a los principios de supremacía constitucional y “pro persona”, previstos en los numerales 135 y 1º, respectivamente. Lo que nos lleva a demostrar la hipótesis planteada en esta investigación, al afirmar que el artículo 146, fracción II, inciso b), del Código Nacional de Procedimientos Penales, que regula la “flagrancia por señalamiento”, rebasa los parámetros del fijados en la Constitución, “en

Conclusiones

perjuicio” del gobernado, por lo que esta disposición del Código Nacional de Procedimientos Penales es inconstitucional.

FUENTES DE CONSULTA

1. DOCTRINA:

- Acero, Julio. El Procedimiento Penal; Puebla, México, D.F.: Edit. Cajica; 1968.
- Aguilar y Maya, José. La Suspensión de Garantías, estudio doctrinario y de derecho comparado de los artículos 29 y 49 de la Constitución de 1917, 2ª ed.; México, D.F.: Talleres Gráficos de la Nación; 1958.
- Bailón Valdovinos, Rosalío, Derecho Procesal Penal, México, D.F.: Edit. Limusa, 2002; p. 75.
- Barragán Salvatierra, Carlos. Derecho Procesal Penal; México, D.F.: Edit. Mc. Graw Hill; 1999.
- Bazdresch, Luis. Garantías Constitucionales, curso introductorio actualizado, 3ª ed.; México, D.F.: Edit. Trillas; 1986.
- Burgoa, Ignacio. Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo; México, D. F.: Edit. Porrúa, S. A.; 1984.
- Burgoa, Ignacio. Las Garantías Individuales, 18ª ed.; México, D.F.: Edit. Porrúa, S.A.; 1984.
- Cabanellas de Torres, Guillermo. Diccionario Jurídico Elemental; Argentina: Edit. Heliasta; 1982.
- Castro, Juventino V. Garantías y Amparo, 4ª ed.; México, D.F.: Edit. Porrúa, S.A.; 1983.
- Colín Sánchez, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales; 17ª ed.; México, D.F.: Edit. Porrúa, S.A.; 1998.
- De la Cruz Agüero, Leopoldo. Código Federal de Procedimientos Penales Comentado, 2ª ed., México, D. F.: Edit. Porrúa S.A.; 1998.
- De Pina, Rafael y Rafael de Pina Vara. Diccionario de Derecho; 24ª ed.; México, D. F.: Edit. Porrúa, S. A.; 1997.

- Del Castillo Del Valle, Alberto. Garantías Individuales y Amparo en Materia Penal; México; Ed. Duero S. A de C. V; 1992.
- Delgado Ocando, José Manuel. Lecciones de Filosofía del Derecho. Maracaibo Venezuela: (s.e.) 1957.
- Díaz de León, Marco Antonio. Diccionario de derecho Procesal Penal, T. I, 4ª ed.; México D. F.: Edit. Porrúa, S.A.; 2000.
- Fernández, Eusebio. Teoría de la Justicia y Derechos Humanos; España: Edit. Debate; 1984.
- García Máynez, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho, 35ª ed.; México, D.F.: Edit. Porrúa, S.A.; 1984.
- García Ramírez Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal.; 4ª ed., México, D.F.: Edit. Porrúa, S. A., 1983.
- García Ramírez, Sergio y Victoria Adato Green. Prontuario del Proceso Penal Mexicano, 9ª ed.; México, D.F.: Edit. Porrúa, S.A.; 1999.
- Goldstein, Raúl. Diccionario de Derecho Penal y Criminología, 2ª ed.; Argentina: Edit. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma; 1983.
- Hervada, Javier y José M. Zumaquero. Textos Internacionales de Derechos Humanos; España: Ediciones de la Universidad de Navarra; 1978.
- Islas, Olga y Elpidio Ramírez. El Sistema Procesal Penal en la Constitución; México, D.F.: Edit. Porrúa, S.A.; 1979.
- Lara Espinoza, Saúl. Las Garantías Constitucionales en Materia Penal, 4ª ed.; México, D.F.: Edit. Porrúa, S. A.; 2006.
- Lara, Ponte Rodolfo. Las Libertades Públicas y sus Garantías en el Estado de Derecho. México, D.F.; Edit. Porrúa, S.A.; 2002.
- Lozano, José María. Estudio del Derecho Constitucional Patrio, en lo relativo a los derechos del hombre, 3a. ed. facsimilar; México, D.F.: Edit. Porrúa, S.A.; 1980.
- Mancilla Ovando, Jorge Alberto. Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal; 13ª ed.; México, D.F.: Edit. Porrúa, S. A.; 2005.

- Mantilla Pineda, Benigno. Filosofía del Derecho; Colombia: Editorial Temis; 1999.
- Martínez Garnelo, Jesús. La Investigación Ministerial Previa, un nuevo sistema de procuración de justicia; 5ª ed.; México, D.F.: Edit. Porrúa, S.A., 2000.
- Montiel y Duarte, Isidro. Estudio sobre Garantías Individuales; 4a. ed. facsimilar; México: Edit. Porrúa, S.A., 1983.
- Osorio y Nieto, César Augusto. La Averiguación Previa; 11ª ed.; México, D.F.: Edit. Porrúa, S.A.; 2000.
- Ovalle Favela, José. Garantías Constitucionales del Proceso (artículos 13, 14, 16 y 17 de la Constitución Política); México, D. F.: McGraw-Hill/Interamericana Editores, S.A. de C.V.; 1997.
- Palomar de Miguel, Juan. Diccionario para Juristas; T. I; México: Edit. Porrúa, S.A.; 2000.
- Pavón Vasconcelos, Francisco. Diccionario de Derecho Penal, analítico-sistemático, 2ª ed.; México, D.F.: Edit. Porrúa, S. A.; 1999.
- Rabasa Emilio. El Juicio Constitucional, orígenes, teoría y extensión; México, D.F.: Librería de la Vda. de Ch. Bouret; 1919.
- Recaséns Siches, Luis. Tratado General de Filosofía del Derecho, 8ª ed.; México, D.F.: Edit. Porrúa, S.A.; 1983.
- Sánchez de la Torre, Ángel. Diccionario UNESCO de Ciencias Sociales; T. II; España: Edit. Planeta; 1987.
- Silva Silva, Alberto. Derecho Procesal Penal; 2ª ed.; México, D.F.: Edit. Oxford; 1995.
- Tena Ramírez, Felipe. Derecho Constitucional Mexicano; 16a. ed. revisada y aumentada; México D.F.: Edit. Porrúa, S.A.; 1978.
- Terán, Juan Manuel. Filosofía del Derecho, 8ª ed.; México D.F.: Edit. Porrúa, S.A.; 1980.
- Truyol, y Serra, Antonio. Los Derechos Humanos; Madrid: Civitas; 1968.
- Villoro Toranzo, Miguel. Lecciones de Filosofía del Derecho, el proceso de la razón y el derecho; México, D.F.: Edit. Porrúa, S.A.; 1973.

2. HEMEROGRAFÍA:

- Diccionario Jurídico, ESPASA; Madrid, España: Espasa, Fundación Tomás Moro; 1998.
- Diccionario Larousse de la Lengua Española, esencial; México, D.F.: Edit. Larousse; 1998.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas. Bioética y Derechos Humanos; México, D.F.: UNAM; 1992.

3. LEGISLACIÓN:

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Declaración Universal de Derechos Humanos.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos.
- Código Penal Federal.
- Ley de Amparo.
- Ley Federal contra la Delincuencia Organizada.
- Código Nacional de Procedimientos Penales.

4. JURISPRUDENCIA:

- Suprema Corte de Justicia de la Nación; Semanario Judicial de la Federación; IUS 2015.