

**UNIVERSIDAD NACIONAL
AUTÓNOMA DE MÉXICO**

DIRECCIÓN DE POSGRADO

FACULTAD DE DERECHO

**“LA GARANTÍA DE DEFENSA Y LA CALIFICACIÓN JUDICIAL DE LA
DETENCIÓN EN EL PROCEDIMIENTO PENAL DEL DISTRITO FEDERAL”**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL GRADO DE:

MAESTRO EN DERECHO

PRESENTA:

EL LICENCIADO JOSÉ FRANCISCO MORALES RÍOS

BAJO LA TUTORÍA DEL MAESTRO CARLOS BARRAGÁN SALVATIERRA

MÉXICO, DISTRITO FEDERAL, 2009.



Universidad Nacional
Autónoma de México

Dirección General de Bibliotecas de la UNAM

Biblioteca Central



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A MI ESPOSA MARTHA GÓMEZ MACIEL.
MI ETERNA GRATITUD POR SER PARTE FUNDAMENTAL EN MI VIDA
PERSONAL Y PROFESIONAL, POR TU MARAVILLOSA CALIDAD HUMANA,
MUJER NOBLE Y CON QUIEN QUIERO COMPARTIR HASTA EL FIN DEL
TIEMPO QUE ME QUEDE DE VIDA, LA QUE HA SIDO MUY GRATA A TU
LADO. TE AMO.

A MI HIJA CINTHYA VIANEY MORALES GÓMEZ.
MI GRAN TESORO, LA RAZÓN DE EXISTIR Y SUPERACIÓN, A QUIEN
SIEMPRE TENGO EN MI PENSAMIENTO, AMOR DE MIS AMORES.

A MIS PADRES DON JOSÉ MORALES CHÁVEZ Y DOÑA GUADALUPE RÍOS CERVANTES.
CON AMOR Y GRATITUD POR TODO LO QUE ME DAN Y COMO CONSTANCIA DE QUE SUS ESFUERZOS Y EJEMPLO HAN DADO FRUTO EN ESTE SU HIJO.

A MI HERMANO JORGE Y MIS HERMANAS GRACIELA, MARÍA ELENA, MARÍA ESTELA, GUADALUPE, JOSEFINA Y LILIA. LOS QUE SIEMPRE RECUERDO Y QUE LA VIDA NOS HA UNIDO EN ESPACIO Y TIEMPO Y SOBRE TODO COMO FAMILIA, AGREDECIÉNDOLES LOS GRATOS MOMENTOS QUE HEMOS PASADO JUSTOS Y ESPERO NO HABERLOS DEFRAUDADO Y SER UN BUEN EJEMPLO PARA USTEDES.

A LA FACULTAD DE DERECHO Y SUS DOCENTES MI GRATITUD Y RECONOCIMIENTO PERPETUO A SU LOABLE LABOR DE FORJADORES DE PERSONAS Y PROFESIONISTAS DE BIEN QUE ME PERMITIERON ALCANZAR UN NUEVO SUEÑO DE SUPERACIÓN ESTANDO CONSCIENTE QUE GRACIAS A SU NOBLE DISPOSICIÓN, NO SÓLO PERMITIÉNDOME SUS CONOCIMIENTOS, SINO ADEMÁS SACRIFICANDO SU TIEMPO DE DESCANSO Y FAMILIA, DEDICÁNDOLO A MI INSTRUCCIÓN EN LAS AULAS ANTE LO CUAL EXPRESO QUE SU LABOR NO HA SIDO EN VANO PORQUE ORGULLOSAMENTE SOY UNO DE SUS DISCIPULOS DE ESTE MÉXICO RAZA DE BRONCE POR LA CUAL HABLARÁ EL ESPÍRITU. A USTEDES MI GRATITUD Y ADMIRACIÓN.

AL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL DISTRITO FEDERAL, RECINTO DE JUSTICIA QUE DESDE HACE MUCHOS AÑOS ES MI CASA Y ME PERMITE EJERCER MI PROFESIÓN, SERVIR A MI PAÍS Y CIUDAD EN LA ACTIVIDAD MÁS NOBLE Y BELLA: IMPARTIR JUSTICIA.

AL MAESTRO CARLOS BARRAGÁN SALVATIERRA.
GRACIAS POR TU AMISTAD Y ATENCIONES QUE HAS TENIDO PARA LA
CULMINACIÓN DE ESTA TESIS, EN LA QUE SE MARCAN LAS
DIRECTRICES DE TU ORIENTACIÓN Y TUTORÍA.

A LA SEÑORITA MARCELA RITO SUÁREZ.
GRACIAS MARCE PORQUE SI BIEN ESTA TESIS ME LA HE APROPIADO,
SERÍA DESHONESTO DE MI PARTE NO RECONOCER QUE HAS SIDO
PARTE RELEVANTE EN LA CULMINACIÓN, Y QUE NO PODRÉ PAGARTE
TODAS LAS HORAS QUE DEDICASTE A AUXILIARME CON GRAN
INTERÉS.

ÍNDICE TEMÁTICO.	I
INTRODUCCIÓN.	III
CAPÍTULO 1. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES	
PROCEDIMENTALES EN MATERIA PENAL.	1
1.1. CONCEPTO DE GARANTÍA.	2
1.1.1. CONSTITUCIONAL.	20
1.1.2. PROCEDIMENTAL.	41
1.1.3. JURISPRUDENCIAL.	42
1.1.4. DOCTRINAL.	50
1.2. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCEDIMIENTO	
PENAL.	54
1.2.1. DIFERENCIA ENTRE PROCEDIMIENTO Y PROCESO PENAL. .	55
1.3. LA GARANTÍA DE DEFENSA EN MATERIA PROCEDIMENTAL	
PENAL.	59
1.3.1. DERECHO A UNA DEFENSA ADECUADA.	77
1.3.2. MOMENTO PARA LA DESIGNACIÓN.	83
1.3.3. QUIÉN DEBE SER DEFENSOR.	87
1.3.4. FIN DEL DEFENSOR.	90
1.3.5. FACULTADES DEL DEFENSOR.	93
CAPÍTULO 2. DETENCIÓN EN FLAGRANCIA Y CASO URGENTE.	
2.1. CONCEPTO DE DETENCIÓN.	103
2.2. ELEMENTOS DE LA DETENCIÓN.	128
2.3. CLASES DE DETENCIÓN.	129
2.3.1. DETENCIÓN EN FLAGRANCIA.	131
2.3.1.1. FLAGRANCIA.	134
2.3.1.2. PRESUNCIÓN DE FLAGRANCIA.	139
2.3.1.3. FLAGRANCIA EQUIPARADA.	140

2.3.2. EN CASO URGENTE.	140
2.4. REQUISITOS.	161
2.4.1. EN FLAGRANTE DELITO.	161
2.4.2. EN CASO URGENTE.	164
2.5. COINCIDENCIAS Y DIFERENCIAS ENTRE DETENCIÓN, ASEGURAMIENTO, ARRAIGO, CATEO, ARRESTO, APREHENSIÓN Y REAPREHENSIÓN.	165
CAPÍTULO 3. CALIFICACIÓN DE LA DETENCIÓN POR JUDEX.	176
3.1. CONSIGNACIÓN.	177
3.1.1. SIN DETENIDO.	210
3.1.2. CON DETENIDO.	211
3.2. CONCEPTO DE CALIFICACIÓN DE LA DETENCIÓN.	213
3.3. QUIÉN LA DEBE HACER.	216
3.4. EN QUÉ MOMENTO SE DEBE REALIZAR.	228
3.5. REQUISITOS.	233
3.6. NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR EN LA CALIFICACIÓN DE LA DETENCIÓN.	235
3.7. CONSECUENCIAS.	239
3.8. PROBLEMAS EN LA PRAXIS.	242
CONCLUSIONES.	248
PROPUESTAS.	252
BIBLIOGRAFÍA GENERAL POR ORDEN NUMÉRICO ALFABÉTICO DE AUTORES, DICCIONARIOS, ENCICLOPEDIAS, LEGISLACIÓN, PÁGINAS WEB Y PUBLICACIONES.	

INTRODUCCIÓN

Cuando el legislador determina la creación de alguna norma o modifica la existente, obviamente cuando entra en vigor su aplicación, sabemos que estamos obligados a su acatamiento, porque la norma estatal es imperativa, y además porque consideramos que la autoridad que la ha creado, políticamente es para el bienestar social, mantener la paz, y el orden establecido, esto es para que haya continuidad y hacer más fácil la vida en comunidad.

Cuando cuestionamos la creación de la norma Estatal, en cuanto a su marco jurídico, operativo y funcionalidad, es determinante para su real vigencia formal y material, si fue o no acertado el actuar del legislador para los fines que persigue, pues de esto depende que efectivamente se cumpla con la norma, alcanzando el fin para el cual fue creada o modificada. Pero nos percatamos que en la praxis judicial en el Distrito Federal, hay una diversidad de formas de actuación de los tribunales ante una misma situación jurídica, ya Constitucional o procedimental, siendo el caso, que una vez que el Ministerio Público ejercita la acción penal con detenido ante el Juzgador de primera instancia y éste, al recibir la consignación y radicarla, procede a pronunciarse, si la detención del consignado ejecutada en la indagatoria, se realizó de acuerdo o no a lo dispuesto en la Constitución Mexicana, pero existe una laguna de si previo a dicho momento o al menos contemporáneo al mismo, el detenido tiene el derecho de nombrar a su defensor, ya público o privado, el cual en su caso tiene la obligación de estar presente y asesorarlo, o el Juzgador a nombrarle uno con cargo al erario estatal, cuando aquél no lo haga voluntariamente, como sucede por similitud en el momento de recabarle la declaración preparatoria; lo anterior se enfatiza ya que en nuestra Carta Magna y en el Código Procesal Penal para la Ciudad de México, no existe disposición expresa a acatar lo antes precisado, lo que ha motivado que el Juzgador Penal de Primer grado, actúe en forma diferente, y

que podemos aglutinar en dos grupos: el primero, en el que ubicamos a la mayoría de los Jueces, los cuales no le permiten al detenido nombrar defensor ni tampoco le designan uno, sino que esto lo hacen hasta el momento procedimental posterior, en el cual se recaba la declaración preparatoria judicial, que expresamente sí prevé el nombramiento del Defensor, pero en el caso del Distrito Federal, dicha designación se hace una vez fenecida la declaración preparatoria del detenido, lo que resulta obviamente muy cuestionable, desde el punto de vista Constitucional y Procesal, a la luz de las garantías de legalidad y seguridad jurídica en específico de la garantía de audiencia y de defensa en materia penal y que se aborda en el desarrollo de este Tesis.

El segundo grupo, que es el minoritario y en los que nos incluimos, es aquél en que los Jueces Penales, previo o en la misma diligencia en que el Juez hace la declaratoria respectiva, relativa a la ratificación o no del detenido, le permite a éste ejercitar su derecho de defensa, para que designe un defensor y lo apercibe que en caso de que no lo haga le nombrará el Defensor Público Estatal de la adscripción y con ello, impedir un estado jurídico de indefensión, tanto de rango constitucional como procesal, no obstante que expresamente no exista dispositivo legal vinculatorio para el Juez, para actuar en tal sentido, sino que es un criterio que recurre al análisis, interpretación y conclusión de las normas constitucionales aplicables en materia penal, los tratados celebrados por el Estado Mexicano y la normatividad procesal penal para la Ciudad de México, que permiten sustentar un criterio sólido para que el Juez pueda actuar respetando la normatividad interna e internacional correspondiente para el caso de una persona detenida por un delito, ya sea como garantía individual, derecho humano o derecho subjetivo.

Después de percatarnos de la diversidad de actuaciones de los Juzgadores, respecto de una misma situación jurídica y su interpretación a la normatividad existente para regular su actuación, de si le

nombra o no defensor al detenido en el auto en que se pronuncia sobre la ratificación de la detención del consignado, consideré que sería un buen tópico de tema de tesis de maestría, por lo que me avoqué a su estudio y a recabar el material correspondiente que me permitiera desarrollar el mismo, pero al hacerlo, me enfrenté a un sin número de circunstancias que no había ponderado o que había pasado por alto, ya que dicho problema jurídico Constitucional-Procesal, era de reciente creación legislativa en nuestro medio jurídico penal mexicano, por lo que los Tribunales Constitucionales no se habían pronunciado al respecto y en la doctrina tampoco era tratada por los autores, lo que me llevó a reflexionar el por qué no lo hacían, concluyendo, que no era tratado porque todavía no se habían percatado de dicha problemática, y sólo así puedo explicarme que no lo abordaran, y a manera de justificación, que era debido a su reciente creación y no habían tenido la oportunidad de visualizarlo, ya que el material jurisprudencial y doctrinal es nulo y solamente algunas personas que laboran en los juzgados penales de primera instancia, y con sensibilidad jurídica, se percataban de dicha problemática. Lo que pretendemos con esta Tesis es resaltar la importancia y trascendencia del problema, siendo nuestra propuesta se legisle expresamente al respecto.

El Tema se desarrollará en tres capítulos: en el primero, se estudiarán las garantías constitucionales que tienen aplicación en la etapa preprocesal penal, definiéndose que es una garantía en sus acepciones constitucional, procedimental, jurisprudencial y doctrinal. La diferencia entre el procedimiento y el proceso, desde su origen etimológico, semántico y obviamente procesal penal, finalizando con el estudio específico de la garantía de defensa y como subtemas, la defensa adecuada, momento de designación del defensor, su cualidad, finalidad y facultades.

Un segundo capítulo tiene como materia la detención y sus distintas especies: flagrancia (flagrancia, cuasiflagrancia o presunción de flagrancia, y flagrancia equiparada) y el caso urgente, como excepciones

constitucionales a la detención por mandato judicial, que lo debe hacer un Juez penal competente, formal y materialmente, fundando y motivando su actuar que debe constar por escrito, habiendo cumplido las formalidades esenciales del procedimiento previstas previamente por la ley (debido proceso) acreditándose el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del justiciable en su comisión, mismo que debe estar sancionado principalmente cuando menos con pena de prisión y la haya solicitado el Representante Social. En este capítulo se define lo que es la flagrancia, la presunción de flagrancia, la flagrancia equiparada y el caso urgente, sus elementos, requisitos, así como sus coincidencias y divergencias con otras formas de detención.

En el capítulo final, se desarrollará lo referente al ejercicio de la acción penal y la consignación del detenido, cuándo se debe dar, quién la hace, su finalidad, el actuar del Juzgador al recibir la incoada en el que se ubica el Tema de Tesis de si debe o no tener defensor el consignado-detenido, las consecuencias constitucionales y legales que implican tener o no dicho defensor y los problemas prácticos que se presentan en los Juzgados.

También contendrá un apartado de conclusiones, en las que se sintetizan los aspectos más relevantes de esta tesis y finalmente las propuestas que podrían resolver la problemática planteada y con ello crear mayor seguridad jurídica, lo que repercutiría en mayor confianza en la Justicia y en el impartidor de la misma.

CAPÍTULO 1. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES PROCEDIMENTALES EN MATERIA PENAL.

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como la de cualquier otro ente en el ámbito mundial, se encuentran reconocidos los derechos naturales de todo hombre o mujer, por el simple hecho de serlo, algunos también le denominan derechos de los gobernados, derechos humanos, derechos fundamentales del hombre, garantías o derechos subjetivos de las personas. Estos derechos no siempre han sido reconocidos y mucho menos respetados ante lo cual los Estados modernos y que se califican, que se rigen en un marco democrático y de derecho, crean Instituciones Jurídicas para protegerlos, y es cuando nacen jurídicamente, y tienen como fin y objeto a los propios derechos, constituyendo un obstáculo o límite al actuar del poder público en su función de delegación del pueblo del poder en ejecución de su soberanía, en las tres esferas de Gobierno: Federal, Estatal y Municipal y en sus tres funciones: Legislativa (parlamentaria), Judicial (juzgamiento) y Ejecutiva, en el entendimiento del principio Constitucional de que todas las facultades o atribuciones no conferidas a la Federación, se entiende reservadas a los Estados (artículo 124 de la Constitución), dejándose fuera al Municipio, como célula primaria y fundamental de la organización política del Estado Mexicano. No hay que olvidar que el pueblo es el soberano y por lo tanto el detentador original del máximo poder sobre el cual no hay nada ni nadie, lo que encuentra reconocimiento en el artículo 39 de nuestra Carta Magna ante lo cual solamente debemos precisar que el poder máximo e innato es el pueblo el cual para su ejercicio y por delegación se crean los tres niveles de gobierno y las funciones del mismo, así como la Ley que está sobre éstos quienes a su vez la ejercen sobre el hombre individual que integra el pueblo.

1.1. CONCEPTO DE GARANTÍA.

La voz garantía proviene del alemán antiguo *werent*. Acción y efecto de garantizar lo estipulado. Cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad.¹

Otros autores afirman que, proviene del término anglosajón *warranty* o *warranties*, que significa la acción de asegurar, proteger, desprender o salvaguardar (to warrant). En un amplio sentido, debemos entender, que garantía es un derecho subjetivo público consagrado a favor de todo gobernado (léase toda persona), la cual a su vez debe contar con una reglamentación precisa para su protección y debida observancia.²

El término **garantía**, según la Real Academia de la Lengua Española, se deriva de la palabra garante, que a su vez tiene su origen en la palabra **werento**, del antiguo alto alemán, que significa cosa que asegura o protege contra algún riesgo o necesidad. La palabra procesal significa lo perteneciente o relativo al proceso, del latín **procesus**, consecuentemente, las garantías procesales deben entenderse como el conjunto de instituciones y procedimientos mediante los cuales la Constitución asegura a los ciudadanos la solución rápida y justa de sus litigios.

Nuestra Carta Magna, consagra un sinnúmero de garantías dentro de sus primeros veintinueve artículos y por ello, a dicha parte también se le denomina parte garantista; garantías que son de diferente naturaleza, por lo que sólo me ceñiré a las referentes al tópico de esta Tesis, dejando todas las demás, que aunque son relativas al proceso, pero a otras etapas ajenas al tema de estudio o pertenecientes a otras ramas del derecho procesal en general, ya que cada una de ellas, tiene sus propias características,

¹ Nuevo Diccionario de Derecho Penal. Librería Malej. 2ª ed. México 2004, p. 472.

² BURGOA Orihuela, Ignacio. **“LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES”**. 22ª ed. Ed. Porrúa. México 1989. p. 161.

que las diferencian de las demás, siendo un error pretender aplicarlas a raja tabla una materia diferente para las que no han sido creadas, lo que provoca, conocimientos confusos, erráticos y falsos, ya que lo que pretendo es que el tema a tratar sea lo más pragmático posible, sin que ello implique que no se tengan que hacer consideraciones de carácter histórico y doctrinal, pero no exhaustivas, sino se planteará partiendo de un conocimiento común del tema que todo jurista debe poseer y que algunas personas sin serlo, pero que tienen una cultura media, lo comprenderán.

ALFONSO NORIEGA CANTÚ, conceptúa a las garantías como los derechos naturales inherentes a la persona humana en virtud de su propia naturaleza y de la naturaleza de las cosas, que el Estado debe reconocer, respetar y proteger, mediante la creación de un orden jurídico y social, que permite el libre desenvolvimiento de las personas de acuerdo con su propia y natural vocación individual y social.³

Las Garantías Constitucionales, las cuales en **“estricto sentido técnico-jurídico”**, se entienden como el conjunto de instrumentos procesales establecidos por la norma procesal, con el objeto de reestablecer el orden constitucional cuando el mismo se ha transgredido por un órgano de autoridad política.⁴

La garantía constitucional es un límite al poder de los órganos del Estado en su actuar, considerando que éstos solamente pueden hacer lo que la ley les permite y que todo lo que no esté expresamente otorgado por la ley a éstos, se considera que pertenece al ámbito de permisión de las personas, siendo el primero en cuanto a su contenido y extensión menor que el

³ NORIEGA Cantú, Alfonso. **“LA NATURALEZA DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1917”**. Coordinación de Humanidades, UNAM. México 1967. p. 3.

⁴ **Diccionario Jurídico Mexicano**. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo IV. 1ª reimpresión. Ed. Porrúa. México 1985. p. 269.

segundo que es más amplio y que corresponde a un Estado Social y Democrático de Derecho, como el nuestro y no un Totalitario o Fascista.

Una garantía individual, es un medio jurídico consagrado por la Constitución principalmente, por virtud del cual se protegen los derechos del gobernado frente al Estado y sus autoridades, obligando a éstos a respetar tales derechos. Las garantías reconocidas por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, protegen en nuestro país no sólo los derechos de los gobernados nacionales sino también a cualquiera que no lo sea pero que esté dentro del ámbito de jurisdicción del Estado Mexicano, frente a las autoridades públicas, sin que éstas gocen de esas garantías cuando actúan investidas con el *ius imperii* o fuerza pública. Las garantías individuales o del gobernado como los denomina **IGNACIO BURGOA ORIHUELA** son en concreto medios jurídicos de protección, defensa o salvaguarda de los derechos del hombre, por lo que estos derechos son jurídicamente resguardados y tutelados por la Constitución y el Sistema Jurídico Mexicano.

De lo anterior se desprende con obviedad que el titular de las garantías individuales no sólo en materia penal, es exclusivamente el individuo o persona física, pues es el único sujeto de derecho que se puede afectar, ya sea en su vida, en su libertad, en su integridad física y moral. Por lo que las demás clases de gobernados no tienen la titularidad de estas garantías al menos en materia penal, por no ser susceptibles de titularidad de los derechos protegidos por la Constitución.⁵

Los objetos de la garantía individual son dos: el primero, que está constituido por un **derecho** (facultad o potestad) **público** (tal derecho se hace valer frente al Estado y sus Autoridades); **subjetivo** (porque todo gobernado es titular del mismo). El otro objeto es una **obligación**, que

⁵ DEL CASTILLO Del Valle, Alberto. “**GARANTÍAS INDIVIDUALES Y AMPARO EN MATERIA PENAL**”, Ed. Duero. México 1992. pp. 21-22.

corre a cargo del Estado y sus autoridades, consistente en respetar y observar en todo momento el derecho público subjetivo garantizado, tutelado o protegido constitucionalmente.⁶

CRONOLOGÍA DE LA GARANTÍA DE DEFENSA EN EL MUNDO.

La historia de la garantía de defensa, con independencia de que sea considerada como un derecho universal del hombre, del Ciudadano, de la persona, un derecho humano, o un derecho subjetivo del hombre, que creo que es la posición en vigor actualmente.

Nos referiremos a ella en forma genérica, en el contexto mundial, desde una concepción jurídica, como aquéllo que el sentido común, la lógica elemental y la razón humana juzga como justo, recogido y justificado en el derecho por voluntad del legislador, aunque algunos lo encuentren, en el campo de lo extrapolítico, en la moral, en la religión o en su condición universal de racionalidad.⁷

Iniciaremos cronológicamente y como punto de partida en la **Edad Media** (1476-1492), donde se da el encuentro entre el pensamiento estoico, universal y naturista proveniente del derecho romano, con el pensamiento cristiano individual, propugnador de una ley teocrática y una dignidad espiritual del hombre.

El mundo **romano-germánico**, fue el que le dio más impulso a la positivización de los derechos humanos y su justificación en la cultura occidental, fundada en la relación soberano-feudatarios, privando a los demás de su dignidad humana, que veían como normal y natural la esclavitud, y la pertenencia de la persona a la sociedad, lo que no puede romperse, ya que

⁶ Ibidem. p. 22.

⁷ OSUNA, FERNÁNDEZ- ARGO, Antonio, San Esteban-Edibesa, Salamanca, Madrid. 2001, pp. 47 y 48.

deviene de la voluntad de dios, por lo que sus derechos no son “**individuales**” y “**personalizados**”, sino derechos del estatus al que pertenezcan (cristiandad, reino, familia o gremio), en torno del cual depende el patrimonio jurídico.

Después del pacto de las **Cortes de León** (1188), se dictan leyes de protección de ciertos derechos humanos, de acuerdo a la concepción de los mismos en ese tiempo, como era, el reclamo de un juicio imparcial para todos los ciudadanos, que debería de ser público, sin la admisión de denuncias anónimas, con el principio de legalidad de penas y administración pública de la justicia y la inviolabilidad de la propiedad privada y la vivienda, son concepciones jurídicas de orden cristiano (en sí mismos son derechos humanos), políticamente la sociedad se funda, en el pacto irrenunciable entre el rey y pueblo.

La **Carta Magna Inglesa** (1215) fundada en los reclamos populares y de la iglesia, en contra de la actitud autócrata y vejatoria de **Juan Sin Tierra**, es la aceptación de ciertas libertades y derechos, por la corona inglesa, (ha sido considerada por los ingleses, como una ley fundamental), otorgados al clero, barones y burgueses, pudiendo ser reclamados ante los tribunales, constituyendo un derecho contractual y por ende son compromisos mutuos de ambas partes, como hasta la fecha funcionan los contratos.

Por disposición del propio rey, queda sometido a la ley y en casos de declaración de guerra e imposición de impuestos, debe contar con la autorización de los barones y afectados, a cambio, la corona acepta que la iglesia de Inglaterra será libre y conservará sus derechos, sin restricciones de sus libertades, renunciando a la ingerencia en los nombramientos eclesiásticos. Se reconoce que la ciudad de Londres disfrutará de sus antiguas libertades y costumbres autónomas; que los condes y barones serán castigados por sus iguales, en proporción a la gravedad del delito; los comerciantes podrán salir y

entrar libremente de Inglaterra salvos y sin temor y además podrán residir y viajar dentro de ella, por tierra y agua, para ejercer el comercio, libre de toda contribución ilegal de acuerdo a las antiguas y legales costumbres, con ello se da seguridad jurídica y libertad de comercio.

Se reconoce a los ciudadanos, libertades públicas, como: que ningún hombre libre, será detenido, ni preso, ni desposeído de sus derechos, ni posesiones, ni declarado fuera de la ley, ni exiliado, ni perjudicada su posición, ni proceder con fuerza en contra de él, ni mandar a otro a hacerlo, a no ser por un juicio legal de sus iguales o por la ley del país.

El titular de esos derechos es la persona, pero en su condición de miembro de un estatus de grupo, cuyo reconocimiento, es exigido, de acuerdo a un orden social justo y su positivización está condicionada por tales exigencias reclamables ante los tribunales reales. Las partidas de **Alfonso X**, propugnan un derecho humano, el derecho procesal a las libertades de los ciudadanos.

Es en el territorio inglés donde se ubica el germen de la normatividad, de unos derechos humanos de índole constitucional, limitantes del poder de la corona y al mismo tiempo, sus titulares, son estatus sociales no individuos aislados.

Impulsó los derechos humanos el descubrimiento de América (1492), imponiéndose por la conquista a los pueblos aborígenes (indios) y subyugados, la fe católica y la reducción a la esclavitud. Aunque los reyes católicos, dictaron leyes, tratando de impedirlo, no lo logran, por razones fácticas, ya que el nuevo continente estaba muy lejos de la corona española y no había quien impidiera que los conquistadores se repartieran tierras e indios, por tener un interés común, naciendo la encomienda, institución celular del poder y representativa de la riqueza económica en la época, pero ello motivó

también reflexiones de tipo ético y jurídico, dando origen al nacimiento del derecho público de gentes, en el que se enunciaban diversos derechos humanos que posteriormente fueron recogidos en las nuevas leyes de Indias (1542).

Poco a poco se van conformando los derechos humanos en la Nueva España en que se reconoce que los indios, son los verdaderos propietarios de aquellas tierras, de las que no pueden ser desposeídos por ninguna autoridad y que su conversión a la religión católica, debe ser libre y que la guerra que se les hiciera, debería de tener un motivo justo y no mera conquista en beneficio de los españoles, que las autoridades públicas de los indígenas son legítimas y no se les puede imponer sumisión al emperador cristiano, por la razón de que a él, se le haya encomendado su evangelización y que a ningún pueblo puede impedírsele el libre comercio y el trato universal con otros hombres y su obstaculización, es una injuria contra el derecho de gentes. Así las leyes van reconociendo los derechos de los indios, como derechos de todos los hombres.

En la **Ley de Burgos** de 1512, se acepta la repartición pero con garantías, evitando su abuso y que los indios deben ser tratados como seres libres y legítimos dueños de sus casas y haciendas.

Las instrucciones de 1523, de **Carlos I** dirigidas a Hernán Cortés, se prohíben las encomiendas y el repartimiento de indios, lo que fue ratificado por el Papa Pablo III, en su "**pastorela officium**" de 1537 en la que se expresa que aunque los indios no son cristianos, son enteramente libres y no pueden ser esclavizados ni privados de sus posesiones.

Las **Nuevas Leyes de Indias** (1492) proclaman la libertad de los indios y se les reconocen todos sus derechos naturales y civiles, inherentes a los seres racionales y aquellos que lo acepten, tienen la misma

condición de súbditos del rey de España y por ello quedan sometidos a su fuero, prohibiéndose la esclavitud, fueron acatadas, pero no cumplidas, considerándose a los indios carentes de razón y libertad para autodeterminarse esclavizados por practicar los sacrificios humanos, por idólatras y antropófagos, privándolos de la vida, de sus propiedades y posesiones, argumentando como apoyo de su fundamento el Antiguo Testamento, en que Dios castigaba a todos los pueblos idólatras.

Felipe II en 1573 a través de sus **Ordenanzas**, prohíbe toda guerra de conquista, ya que se cuestionaba en esa época como verdaderos derechos humanos, el derecho de la autodeterminación de los pueblos, el derecho de legítima defensa y la soberanía política de las comunidades indígenas, su libertad frente a la predicación de la fe y la esclavitud y su incorporación política de los indios.

El **siglo XVIII en Inglaterra** y teniendo como marco las controversias entre el parlamento y la corona, surge el **ius naturalismo racionalista**, contrario a los privilegios absolutos del monarca derivados de la voluntad divina, daría origen a la Revolución de 1688 y con ello a una monarquía parlamentaria constitucional, y el reclamo de un nuevo orden de leyes justas, donde quedan incorporados algunos derechos humanos, teniendo como antecedentes **el Pacto de Navío May Flower** (1620), **la Petición de Derechos** (1628), **el Habeas Corpus Armendineut Act** (1679) y **el Bill of Right** (1688).

El racionalismo liberal, surge en un siglo (XVIII) donde los derechos humanos, constituirán una base constitucional del nuevo orden, donde por primera vez, se presentan como principios filosóficos, tratados en su expresión más genérica, pues no solo se reivindican por un pueblo

determinado frente a un poder concreto, sino se pretende una validez universal y para todos los hombres.⁸

Las trece colonias inglesas de Norteamérica y en particular los quaqueros, trajeron la tradición del **Common Law Inglés** y una mutualidad religiosa perentoria, que permite entender su trabajo moral, como una misión divina y fe en el bienestar y progreso derivado del trabajo humano, como reino teocrático, así como su individualismo optimista, deriva, de la comunicación del origen divino frente a todo régimen absolutista o tiránico y su voluntarismo los lleva a declarar un derecho natural del individuo y la sociedad, y transforma las bases de ésta en un impulso divino, en este marco se da la declaración de libertades públicas de **Body of Liberties** (1641) y el **Laws and Liberties de Massachuset** (1648).⁹

El **Bill of Rights de Virginia** nace en este contexto de derechos humanos, donde se declaran independientes de Inglaterra y es la base de la constitución americana de 1787, en que se sostiene que todos los hombres son por naturaleza igualmente, libres e independientes, que poseen derechos innatos e inalienables, de los que no pueden ser privados, al entrar en sociedad, ya que son anteriores a ésta y de origen divino; la soberanía pertenece al pueblo y el gobierno se crea para garantizarlos, donde el derecho de la propiedad será la expresión de la libertad del individuo y la agricultura la base de la sociedad; los poderes innatos del pueblo y separación de los mismos, las garantías en la detención, derecho a juicio imparcial y con posibilidades de defensa, la justicia y la voluntad como fines del gobierno.

En **Francia** después de la toma de la Bastilla y la abolición de feudalismo, la Asamblea Nacional presidida por La Fayette inspirada por el abate Sieyes, se aprobó la declaración de los Derechos del

⁸ CRUZ Parcero, Juan Antonio. **“EL LENGUAJE DE LOS DERECHOS”**. pp. 14 y 15.

⁹ Ibidem. p. 60-51.

Hombre y del Ciudadano del 26 de Agosto 1789, que sería la base de su constitución de ese mismo año. Se declara que en presencia y bajo los auspicios del ser supremo, los derechos naturales, inalienables y sagrados del hombre, se adquieren por nacimiento, derechos que no se perderán en el pacto social y son sagrados para toda autoridad política, los cuales son reconocidos y declarados, pero no otorgados por ser anteriores a la constitución política, al igual que el ser humano preexiste a la condición de ciudadano, la soberanía del pueblo pasa a ser soberanía nacional; se considera que todo contrato social (asociación política), tiene como finalidad la conservación de los derechos naturales y la libertad pública, la que se conceptúa como poder hacer todo lo que no dañe a otro.¹⁰

Es de importancia reconocer y proteger los derechos naturales e inalienables del hombre, mismos que fueron reconocidos en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948, mismos que fueron retomados por el derecho interno de cada país, adaptándolos a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de las declaraciones citadas con anterioridad, con el fin de hacer efectivos tales derechos y libertades. En nuestro país se consideraron las disposiciones de las declaraciones anteriores para proteger los derechos naturales del hombre, a través de la ley suprema. Tan es así que por decreto publicado el 3 de Septiembre de 1993, se reformó el artículo 16 Constitucional, especificándose de manera clara, que la autoridad judicial sería la encargada de **librar Órdenes de Aprehesión**, y el Ministerio Público para ordenar las detenciones exclusivamente en presencia de un caso urgente, sustituyéndose el requisito de “**delitos que se persiguen de oficio**” por el de “**delitos graves**”, se reforma el Código de Procedimientos Penales, actualizándolo al nuevo texto constitucional.

¹⁰ BOBBIO, Norberto, **“PRESENTE Y PORVENIR DE LOS DERECHOS HUMANOS” EN ANIVERSARIO DE DERECHOS HUMANOS**, número 1. Madrid. Universidad Complutense, 1982. pp. 64-66.

Son cuatro los enunciados básicos de un derecho natural a las exigencias de toda sociedad: la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión.¹¹

Las leyes de un Estado para ser consideradas justas, deben responder a los principio de: legalidad, igualdad ante la ley, irretroactividad de las leyes penales, prohibición de detenciones ilegales y garantías para el detenido, pudiéndose sintetizar en la declaratoria **“no hay en Francia autoridad superior a la de la ley.”**¹²

Al triunfo de la **República**, se dictó una nueva constitución (1792), la que nunca estuvo en vigor, ya que en 1795 se redacta una nueva en que se moderan las ideas revolucionarias y se hace una declaratoria de derechos y deberes del ciudadano, imponiéndose las ideas Rousseauanas, innovándose, en el sentido de que, la igualdad, es el primero de los derecho naturales y no mera condición natural, la ley es la expresión libre de la voluntad general y el cuerpo social, es la voluntad de cada miembro. Hay una concepción individualista y liberal de los derechos de propiedad e incorporación de algunos derechos sociales.

Hay un retroceso, al alcanzado en el liberalismo en materia del derechos humanos, al llegar la restauración absolutista en las naciones europeas, olvidando el iusnaturalismo racionalista, y lo primero que se canceló, fue la concepción de unos derechos fundamentales anteriores al Estado y supralegales; ahora los derechos naturales serán las libertades públicas del ciudadano y en específico, al que defina al Estado de Derecho frente al absolutismo, siendo definitorio el principio de legalidad, el ejercicio del poder y la administración de justicia deberán ser conforme a la ley soberana.

¹¹ SANTIAGO Alonso, Carlos. **“ÉTICA Y DERECHOS HUMANOS”, ENSAYO DE FUNDAMENTACIÓN**, Ed. Ariel, Barcelona España, 1989, p. 17.

¹² BOBBIO, Norberto. Ob. Cit. p.67.

Es en 1812 en la **Constitución Española**, en la Belga de 1831 y la Francesa de 1848, son los modelos a seguir respecto de la declaración de libertad de derechos humanos.

Fue en la constitución de 1789, donde se consagran, como derechos humanos, entre otros: no ser recluso a prisión sin mandato judicial motivado. La constitución de 1873 reitera los derechos naturales, entre ellos el de **“protección judicial”**, siendo una constitución **“iusnaturalista racional”**, destacándose que los mismos son anteriores y superiores a toda legislación positiva, olvidándose por completo de los **“deberes naturales”**. Los derechos naturales son limitaciones al poder público en un Estado de Derecho y deben ser incorporados a las constituciones.

Así se expresa en la constitución, que la nación se da a sí misma, se prevé la organización del Estado y los derechos naturales que debe proteger, esta fue el panorama de derecho que prevaleció, en las naciones europeas de la época, que iban del restauracionismo absolutista monárquico y confesional a la revolución liberal burguesa, laica.

El paso del Estado natural al Estado de sociedad civil, se finca en la defensa de la propiedad privada, por eso, en la declaratoria de 1789, se expresaba que la propiedad privada era un derecho inderogable, que el Estado debía de proteger bajo un determinado orden social, así la propiedad privada, será un derecho subjetivo material: libertad de posesión, disposición y goce absoluto de la propiedad, por lo que sólo el propietario podrá ejercer las libertades públicas, pero no impidiendo que los demás miembros de la sociedad, tengan igual goce de la libertad, siendo ésta, la única limitación que impone el contrato social.

La idea de seguridad, refiriendo a la protección jurídica y policial de los derechos del individuo, era ambigua, pero luego se

presenta con claridad, publicidad y principio de legalidad absoluta y racional de los ordenamientos.

La declaración de derechos en el siglo XIX, en que los derechos humanos, no están limitados a las libertades públicas, como en el Estado liberal, ya que se toma conciencia de los mismos, después de las dos grandes guerras mundiales, lo que contribuyó a su universalización, al ser incorporados a los ordenamientos de las naciones y al derecho internacional como derechos de la persona humana, por cuanto a nuestro país y a partir de la Constitución de 1917 que nos rige, aunada a la de Weimar de 1919, son el modelo a seguir, de corte social.

La **Constitución Mexicana** de 1917, es revolucionaria y propugnadora de la justicia social, predominando entre otras garantías, las procesales en general y en el ámbito penal. La constitución de Weimar, inspirada en los congresos de la Segunda Internación, donde, la propiedad privada ya tiene un marco, y se declara **“La constitución garantiza la propiedad, cuyo contenido y límites fijaran las leyes”**.

En la **declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado de Rusia** (1918), de los Soviets, de obreros, soldados y campesinos, con la cual, se inicia la organización social de la sociedad, y su relevancia es que suprime la propiedad privada y nacionaliza las tierras, sin indemnización y pasan a propiedad del Estado, esta nueva organización económica, esta basada en el trabajo general obligatorio.

La **Conferencia de San Francisco** (1945) y su **Carta**, proponían el respeto a los Derechos Humanos.

La **Organización de las Naciones Unidas** a través de sus organizaciones, dan a conocer diversos textos, donde se proclaman los

derechos humanos y su efectiva ingerencia. Así nace en 1948 la Declaración Universal de los Derechos Humanos, siendo la primera vez que su autor es un organismo Mundial, en cuyo preámbulo, se afirma, que la salvaguarda de la libertad, la justicia y la paz **“es el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”**, ya que existen **“derechos fundamentales del hombre, la dignidad y el valor de la persona humana y la igualdad de derechos de hombres y mujeres”**. Los derechos humanos en este sentido son, un ideal común de carácter ético para toda la humanidad.¹³

Después de la declaración se han creado documentos generales de los derechos humanos emanados de las Naciones Unidas, pero también los hay de los particulares, que le dan un nuevo impulso y contenido a éstos. Han surgido, organismos regionales, que han impulsado dichos derechos, en base a sus declaraciones, tal sería la Comisión Europea de Derechos Humanos, el Consejo de Europa, la Comunidad Europea y la Comisión del Parlamento Europeo.

En 1948 fue creada la **Organización de Estados Americanos**, en Bogotá, Colombia, en la que también se aprobó una recomendación sobre una Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, siguiendo los lineamientos de la Declaración Universal de la **Organización de las Naciones Unidas**. En 1959 nace la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos y en 1970 en San José de Costa Rica, la Convención Americana de los Derechos Humanos, que crea el Tribunal Interamericano de Derechos Humanos.

En el siglo antepasado, en cuanto a los derechos en general y a los derechos humanos, se plantearon diferentes cuestionamientos, aceptándose que hay derechos en general y extensivo a los Derechos

¹³ IBIDEM. pp. 64, 68 y 80.

Humanos, fuera del ordenamiento jurídico, siendo la tendencia, en que si es posible, tal como lo afirma **HART DWORKIN**, aunque vinculado en el ámbito moral¹⁴, pues es claro, que no todos los derechos humanos han sido positivizados en algún ordenamiento jurídico o en la constitución, como garantías en todo tiempo y lugar.

LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917 Y LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES.

En México la historia de los derechos humanos, se inicia con la conquista, por ser la etapa a partir de la cual, en forma directa constituye el precedente de nuestra legislación.

El primer documento es el elaborado por el Papa Pablo III en 1537, quien reconoce que los indios occidentales y meridionales, así como los nuevos pueblos, cuya existencia han llegado a su conocimiento, bajo el pretexto de su ignorancia de la fe católica no pueden ser oprimidos como bestias brutas, ya que son hombres verdaderos y que éstos o los pueblos, aunque estén fuera de la fe no deben ser privados de su libertad y de sus tierras¹⁵. Se trata de proteger ciertos derechos esenciales del ser humano, como la libertad, la integridad física y el derecho a la propiedad.

Pero contrario a lo que pretendía el Papa, en la Nueva España se interpretó, que la obligación del emperador de acuerdo a la bula de Alejandro VI de catequizar a los indios, autorizaba a todo, inclusive a someterlos a esclavitud y servidumbre si se negaban, que fue lo que realmente sucedió, oponiéndose entre otros **Fray Bartolomé de las Casas**, conocido como **“Padre de la Americanidad”**, logrando que Carlos V en 1542 expidiera

¹⁴ CRUZ Parceró, Juan Antonio. Ob. Cit. p. 30.

¹⁵ CARRILLO Flores, Antonio. **“LA CONSTITUCIÓN, LA SUPREMA CORTE Y LOS DERECHOS HUMANOS”**. Ed. Porrúa, México. 1981, p. 219.

la Leyes de Indias en las que se declara **“a los naturales de las dicha nuevas indias, islas y tierra firme del mar océano por nuestros vasallos libres como lo son los de estos nuestros reinos”**.

Las **Leyes de Indias** prohíben la esclavitud, por lo que se pone en libertad a 3,000 indios prevaleciendo la servidumbre de aborígenes indómitos que mantenían hostilidad en el imperio, y la encomienda desaparece hasta el siglo XVIII.

La actividad de los frailes en ese siglo, fue importante, siendo uno de sus discípulos **JOSÉ MIGUEL GREGORIO E IGNACIO HIDALGO Y COSTILLA GALLAGA**, conocido como **“El Padre de la Patria Mexicana”**, que expidió un bando en Valladolid, hoy Morelia, aboliendo la esclavitud.

El virreinato dejó de existir, cuando, cesa la ocupación Napoleónica a España, se concibe a una nación española unida de ambos hemisferios, incluyéndose a los indios, no a los esclavos y negros, para éstos la reivindicación se logra hasta la constitución de 1812.

En 1814, José María Morelos y Pavón, quien se auto designó **“el Siervo de la Nación”**, en la Ciudad de Guadalajara, expide su bando mejor conocido como **“Sentimientos de la Nación”** en que están implícitos principios como: la igualdad de condición jurídica ante la ley y la proscripción de la esclavitud; en su artículo 24 referente a los derechos fundamentales, considera como tales: la igualdad la seguridad, la propiedad y la libertad, siendo considerado por ello, como el primer documento constitucional mexicano, en que se formula un catálogo de derechos del hombre, con base a una doctrina liberal individualista.¹⁶

¹⁶ RODRÍGUEZ Rodríguez, Jesús. **“ESTUDIOS SOBRE DERECHOS HUMANOS ASPECTOS NACIONALES E INTERNACIONALES”**. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México, 1990, pp. 35-36.

El documento más significativo fue la Constitución de 1857, que reconoce que los derechos del hombre son la base y objeto de las instituciones sociales y en sus primeros 20 artículos, hace un catálogo de los mismos, siendo: la igualdad, la libertad personal, la seguridad personal, las libertades sociales, políticas y de seguridad jurídica.¹⁷

La Constitución de 1917, que se a considerado, la primera en el mundo con espíritu social, al elevar a nivel constitucional, normas protectoras del campesino y obrero, plasmadas respectivamente en los artículos 27 y 123, como un triunfo del movimiento revolucionario social de 1910, en la que se procuraba la justicia social, a través de la equitativa distribución de la riqueza,¹⁸ lo que significó un gran avance en materia de derechos humanos, ya que por primera vez en el mundo, los derechos sociales son reconocidos en una constitución,¹⁹ se conserva aunque ya más depurado el Juicio de Amparo, nacido en la Constitución de 1857 como instrumento para velar por el respeto a los derechos humanos.

No todos los llamados derechos humanos, conocidos y reconocidos en otros ámbitos, lo han sido también en nuestro sistema constitucional. También se han creado organismos protectores de los derechos humanos, como la Comisión Nacional y Locales, y las **Organizaciones No Gubernamentales** tutoras de los mismos.

Como ha quedado expresado, la persona humana por el hecho de serlo, desde el momento de ser engendrado y hasta su muerte, es titular de derechos humanos, pensamiento que fue recogido en nuestra carta magna, creándose para su protección y cumplimiento, las llamadas garantías, correspondiendo una de ellas a cada derecho individual materia de protección.

¹⁷ Ibidem. p. 37.

¹⁸ CARRILLO Flores, Antonio. Ob. Cit. pp. 219-222.

¹⁹ Comisión de Derechos Humanos. **“LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MEXICANOS”**. Un estudio comparado. México, 1991. p. 14.

Las garantías individuales, son ***“los medios jurídicos de tutela y salvaguarda de los derechos del hombre, frente al Estado y sus autoridades, obligando a estas a respetar tales derechos en su actuar diario y que son consagrados preferentemente en la Constitución”***²⁰.

Algunos de los derechos fundamentales del hombre son: la libertad y su integridad tanto física, como moral y las Garantías Individuales que los tutelan en materia penal, son entre otras: la de audiencia, la de legalidad, las previstas en el apartado A del artículo 20 Constitucional, la de libertad, igualdad, propiedad y seguridad jurídica.

Las Garantías de seguridad Jurídica, implican que el gobernado no puede ser afectado en su esfera jurídica, en forma arbitraria, por las autoridades ya que para hacerlo, deben cumplir con lo que manda al respecto la ley.

Las garantías de audiencia en materia penal, impiden que, una persona sea privada de su vida, o libertad de ambulación, si previamente no se ha sustanciado un juicio en su contra, en el que tenga la oportunidad de defenderse, designando un defensor y ofreciendo pruebas para acreditar su dicho.

Las garantías previstas en el apartado A, del Artículo 20 de nuestra código político fundamental del pacto federal de los Estados Unidos Mexicanos, para el indiciado o procesado, es el marco en que debe desarrollarse legalmente la averiguación previa y el proceso penal y que en caso de desacato, motiva la vulneración de dichas garantías que los protegen.

²⁰ DEL CASTILLO del Valle, Alberto. Ob. Cit. p. 21; DEL CASTILLO del Valle, Alberto. **“EL AMPARO PENAL E INDIRECTO”**: Grandeza y Desventuras. Breviario de Alucinaciones Judiciales en Amparo Penal. Ed. Grupo Herrero, México. 1995, p. 24.

Así, las garantías individuales implican una relación de sujetos, uno de ellos, es el titular de la misma, que puede ser un gobernado o no, cuya esfera de derechos, es posible afectar, por un acto del otro sujeto de la relación, que exclusivamente lo es el Estado a través de algunos de sus órganos de poder (autoridades), mismo que tiene la obligación, de respetar las mismas. Entonces los derechos humanos, son anteriores al Estado, y otorgados por la naturaleza, los que son reconocidos al positivizarse en una ley estatal, que les otorga una garantía para asegurarlos, las que son posteriores al Estado y otorgados por éste.

Por ende podemos afirmar que los derechos humanos son sustanciales y las garantías en su acepción de legalidad y seguridad jurídica son de orden formal procedimental. La garantía de defensa prevista en las fracciones IX y X del apartado A del artículo 20 de nuestra carta magna, dispone la primera de ellas, que el indiciado desde el inicio del proceso, será informado de los derechos que en su favor consigna la Constitución y que tendrá derecho a una defensa adecuada por sí, por abogado o persona de su confianza y que en caso de no nombrar uno, después de ser requerido para ello, el juez le designará un defensor público, que tendrá la obligación de comparecer en todos los actos del proceso y el procesado el derecho de que lo haga comparecer y lo asesore. La segunda fracción citada en su párrafo in fine, declara que entre otras garantías, la prevista en la fracción IX, será observada durante la averiguación previa, en los términos, requisitos y límites que las leyes establezcan.

1.1.1. CONSTITUCIONAL.

Las garantías individuales o derechos fundamentales o libertades individuales que conforman la libertad de las personas que se recogen y se expresan en la Constitución de un Estado como reconocimiento a

los gobernados. Esos derechos fundamentales constituyen el estatuto personal de los individuos, por lo que son inalienables, están salvaguardados en las propias constituciones frente al Estado y sus órganos de Gobierno.²¹

Para **DEL CASTILLO DEL VALLE**, los derechos materiales del hombre (*in genere*), llamados también derechos humanos, han sido fundamentales para que el individuo se desarrolle en sociedad cabalmente, por eso su defensa, protección y respeto por parte de las autoridades públicas es básica y necesariamente deben contenerse medios que garanticen su vigencia en las diversas legislaciones mundiales, sin que México esté apartado de tal tópico jurídico, en nuestro país, ***las garantías individuales han venido a proteger y salvaguardar la observancia de los derechos fundamentales de todo individuo, asegurándose así, que ningún hombre sea afectado en su esfera jurídica por un acto de autoridad arbitraria.***

En materia penal, la Constitución Mexicana vigente (5 de Febrero de 1917), otorga garantías que vienen a obligar a las autoridades públicas estatales a acatar en todo momento el contenido de las mismas, las cuales se han previsto, otorgado y consagrado constitucionalmente con el único fin de hacer vigentes los derechos naturales mínimos y básicos de todo hombre en materia penal y por medio de las cuales se protegen los derechos más importantes que goza toda persona humana: ***la vida, la libertad y la integridad física***, entre otros, con ello se da certeza al hombre de su desenvolvimiento diario en sociedad.

De esa forma, se harán constitucional y legalmente vigentes los derechos del hombre, ante las autoridades públicas, al protegérseles primeramente con la consagración de las garantías individuales potestades de que son titulares todas las personas frente al Estado y sus autoridades, mediante las cuales se resguardan y aseguran a los derechos

²¹ Nuevo Diccionario de Derecho Penal. Ob. Cit. p. 472.

humanos. En México se encuentran debidamente protegidos los derechos supremos del hombre en la Constitución, garantizándose así la vigencia de ellos siempre en la vida de cualquier persona, en tales condiciones es válido sostener que la vida, la libertad de todo individuo por hablar solo de algunos derechos del hombre, están salvaguardados, constitucionalmente en nuestra Carta Magna vigente.²²

Existen las garantías de seguridad jurídica, estas garantías indican que la persona no podrá ser afectada en su esfera jurídica por el Estado y sus autoridades en forma arbitraria, sino que éstas deben desarrollar determinadas conductas previstas en la Constitución para poder afectarlo o alterarlo en su cúmulo de derechos.

La seguridad jurídica impone a las autoridades una obligación de hacer, debiendo cumplir con todo lo que la ley manda (artículos del 14 al 23 y 107 fracción XVII Constitucional). La garantía individual impone al Estado y sus autoridades, una obligación que puede ser de dos clases: **de abstención o no hacer** o por el contrario **una obligación de hacer algo a favor de los gobernados**.

En el primer caso, se está frente a garantías materiales (**de libertad, igualdad y propiedad**), en tanto que las garantías de la segunda clase, son las llamadas **formales** y comprende a las garantías de seguridad jurídica, en las que las autoridades están obligadas a hacer algo, a desarrollar ciertas conductas a favor de las personas previamente a la emisión y/o ejercicio de un acto de autoridad que los lesione en su esfera de derecho.²³

Las garantías de igualdad consisten en el derecho que tienen las personas a ser considerados en forma idéntica frente a la ley, la

²² DEL CASTILLO Del Valle, Alberto. "**GARANTÍAS INDIVIDUALES Y AMPARO EN MATERIA PENAL**". Ob. Cit. p. 166.

²³ Ibidem. p. 25.

que es de carácter general. La igualdad jurídica implica el trato igual a las personas que se encuentren en una misma condición jurídico social, siendo estas garantías de titularidad de todo gobernado (artículos 1º y 33 Constitucionales).²⁴

Según **SERRA ROJAS**, las **garantías constitucionales** son las instituciones de seguridad creadas a favor de las personas a fin de que dispongan del medio necesario para hacer efectivo el reconocimiento de un derecho (**BIDART CAMPOS**). Es el medio de hacer valer, el procedimiento mediante el cual se le hace efectivo en su caso, el derecho reconocido u otorgado, es lo que se llama garantía. A juicio de **SÁNCHEZ DIAMANTE**, la garantía es la institución creada a favor del individuo, para que armado con ella puede tener a su alcance inmediato el medio de hacer efectivo cualquiera de los derechos individuales que constituyen el conjunto la libertad civil y política. Las garantías constitucionales son, remedios jurisdiccionales que dan origen a una pretensión que solo puede dirigirse al poder público, pues constituyen una demanda de tutela, para que ampare, asegure, restaure o haga efectiva una pretensión jurídica en la que puede existir un derecho. Los derechos declarados en la Constitución existen ante el Estado y ante los particulares y pueden ser violados tanto por él como por los otros, en cambio una garantía existe sólo ante el Estado, para que preste su actividad jurisdiccional al individuo que invoca una pretensión jurídica. Al respecto, dice **CARRIO** “las garantías en cambio solo están dirigidas contra el Estado y solo él y sus órganos pueden frustrarlas, dejando sin amparo un derecho”. Las garantías están dadas para la protección de los derechos (**BIDART CAMPOS**). El español **LUCAS VERDIS** define las garantías constitucionales, como un conjunto de medidas técnicas e instituciones que tutelan los valores recogidos en los derechos y libertades enunciados por la Constitución, que son necesarios para la adecuada integración, en la convivencia política de los individuos y de los grupos sociales. Las garantías constitucionales son pues, instrumentos

²⁴ Idem.

jurídicos-formales que tutelan el libre y seguro desenvolvimiento del individuo en una estructura social. En general, el sentido de las garantías constitucionales corresponde a la formación de la nueva estructura social, que arranca en la Revolución Francesa, perteneciendo a la imagen liberal del Estado de Derecho, al concepto liberal de la Constitución, en cuanto a instrumento de la garantía y seguridad individuales. La consolidación de estas garantías ya como instrumentos que tutelan los derechos y libertades individuales, ya como autoprotección de las Instituciones Políticas frente a posibles atentados o abusos de los individuos y de los grupos, se realiza en la época del constitucionalismo, es decir, durante la difusión de las Constituciones escritas rígidas. El concepto de garantía constitucional tutelado y asegurado, la posibilidad de encontrarse peligrosamente amenazado, ese interés constitucional; es una organización instrumental idónea para asegurar el contenido e interés constitucional protegido por la Constitución y el significado de las garantías constitucionales radica en asegurar un conjunto de valores, los cuales interesan constitucionalmente en la medida que realizan la integración de los individuos y los grupos sociales de la convivencia política. No hay convivencia política sin integración en un conjunto de valores.²⁵

Por vía del artículo 133 de nuestra Constitución, son aplicables en el ámbito del Estado Mexicano, los Tratados Internacionales que haya celebrado éste y en cuanto a su jerarquía y prelación, los Tratados Internacionales se ubican jerárquicamente solamente por debajo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y por encima de las demás Leyes y Reglamentos, sin importar que sean Federales o Locales, criterio que ha sustentado Nuestro Máximo Tribunal Judicial en la siguiente Jurisprudencia, bajo en rubro ***“TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN***

²⁵ SERRA Rojas, Andrés. **“DICCIONARIO DE CIENCIA POLÍTICA”**. Tomo A-LL. FACULTAD DE DERECHO/ UNAM. Fondo de Cultura Económica. México 1998. p. 535.

JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.²⁶

DE PINA y DE PINA VARA, opinan que las **garantías constitucionales** son Instituciones y procedimientos mediante los cuales la Constitución Política de un Estado asegura a los ciudadanos, el disfrute pacífico y respeto a los derechos que en ella se encuentran consagrados.²⁷

En este contexto la **Convención Americana sobre los Derechos Humanos**, aplicable en Nuestro país, por mandato del artículo 133 Constitucional dispone:

Artículo 1. Obligaciones de respetar los derechos.

Artículo 2. Para los efectos de esta convención, persona es todo ser humano.

Artículo 7. Derecho a la libertad personal.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y la seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causa y en las condiciones fijadas de antemano por las constituciones políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora del cargo o cargos formulados contra ella.

Artículo 8. Garantías Judiciales.

²⁶ A.R. 1475/98. Tribunal Pleno. Número LXXVII/1999. Esta tesis abandona el criterio sustentado en la Tesis PC/92, publicada en la gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Número 60. Octava Época, Diciembre 1992, Página 27, de rubro. "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES TIENE LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA".

²⁷ DE PINA, Rafael. De Pina Vara, Rafael. "**DICCIONARIO DE DERECHO**". 34ª ed. Ed. Porrúa. México 2005. p. 299.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho en plena igualdad, a las siguientes garantías:

d. Derecho del inculpado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor.

e. Derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculpado no se defendiere por sí mismo, ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley...²⁸

Así también en la **Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre**, la cual prevé:

Artículo I. Todo ser humano tiene derecho a la vida, a la libertad, a la seguridad y a la integridad de su persona.

Artículo XXV. Nadie puede ser privado de su libertad sino en los casos y según las formas establecidas por las leyes preexistentes.²⁹

En la **Declaración Universal de los Derechos Humanos** se prevé:

Artículo 2.

1. Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamadas en esta declaración, sin distinción alguna.

Artículo 3.

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

Artículo 7.

²⁸ Convención Americana sobre los Derechos Humanos. (Suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de Noviembre de 1969, en la Conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos).

²⁹ Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. (Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana; Bogotá, Colombia, 1948).

Todos son iguales ante la ley y tienen sin distinción, derecho a igual protección de la ley.

Artículo 9.

Nadie puede ser arbitrariamente detenido.

Artículo 10.

Toda persona tiene derecho en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia, por un Tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.³⁰

También es aplicable el ***Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos***, el cual ordena:

Artículo 9.

1. Todo individuo tiene derecho a la libertad y a la seguridad personal. Nadie podrá ser sometido a detención o prisión arbitrarias. Nadie podrá ser privado de su libertad, salvo por las causas fijadas por ley y con arreglo al procedimiento establecido por esta.

2. Toda persona detenida será informada, en el momento de su detención, de las razones de la misma, y notificada sin demora de la acusación formulada por ella.

4. Toda persona que sea privada de libertad en virtud de detención o prisión tendrá derecho a recurrir ante un Tribunal, a fin de que éste decida a la brevedad posible sobre la legalidad de su prisión y ordene su libertad si la prisión fuera ilegal.

5. Toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación.

Artículo 14.

3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad a las siguientes garantías mínimas:

³⁰ Declaración Universal de los Derechos Humanos. (Proclamada por Resolución de la Asamblea General 217ª del 10 de Diciembre de 1948).

b) A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección;

d) A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente a ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviere defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre Defensor de Oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagar.³¹

¿QUÉ ES UNA GARANTÍA INDIVIDUAL?

Es el medio jurídico previsto en nuestra Constitución para dar protección y salvaguardar la vigencia de un derecho del hombre frente al poder público titular del *ius imperii*, según **BURGOA ORIHUELA**.

Dicha garantía implica una relación de sujetos. Un sujeto titular y activo, que es necesariamente una persona *in genere*, y es el titular del derecho, y cuya esfera jurídica es susceptible de ser afectada por un acto de autoridad ya de molestia o privativo.

El sujeto pasivo de la garantía lo representa el Poder Público, ante lo cual se afirma que solo las personas son los titulares de las garantías Constitucionales y no lo puede ser el poder público.

Si trasladamos lo antes referido al ámbito penal, podríamos aseverar que tiene restricción por lo que hace al sujeto activo o titular de la garantía, pues aquí solamente puede serlo una persona física, ya

³¹ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea general en resolución 2200 A(XXI) de 16 de diciembre de 1966 y en vigor a partir del 23 de marzo de 1976.

sea en la calidad de indiciado, procesado, sentenciado o reo, el que puede ser afectado en su esfera jurídica ya que las personas denominadas morales no tienen entidad fáctica por ser una creación del intelecto humano.

¿QUÉ ENTENDEMOS POR AUTORIDAD?

Es el órgano del Estado, creado por una ley y representado por un individuo o un grupo de estos, que bajo el imperio de la ley que lo crea y faculta para emitir actos de gobierno o de decisión, hasta el grado de imponerlos en forma coactiva, pues tiene el imperio de la fuerza del Estado.

¿QUÉ ES UN ACTO DE AUTORIDAD?

Un acto de autoridad es la concreción del accionar u omisión de un órgano del Estado, que de acuerdo a una Ley tiene dicha atribución, teniendo la característica de unilateral, imperativo, coercitivo y personal porque se dirige a un ser individual, en cuanto a entidad física o ficticia.

Es unilateral ya que no requiere la Autoridad el consentimiento de otro órgano o de la voluntad del gobernado.

Imperativo porque la persona tienen obligación de acatarla.

Coercitivo si el gobernado no acata voluntariamente el acto de autoridad, ésta puede recurrir al imperio y a la fuerza pública para imponerlo.

Personal porque se dirige a un ser individual o similar con entidad física.

¿CUÁL ES EL OBJETO DE PROTECCIÓN DE UNA GARANTÍA INDIVIDUAL?

Este se encuentra constituido por:

- 1.- Un derecho público porque pertenece a toda persona y se crea en contra del Estado.
- 2.- Subjetivo, porque es la persona el titular del mismo.
- 3.- Obligatorio para los órganos del poder público de respetarlo.

NATURALEZA JURÍDICA DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES EN MATERIA PUNITIVA.

Las mismas se dividen constitucional, legal, jurisprudencial y doctrinariamente, en:

- 1.- De Libertad.- Cuyo campo de restricción o límite es la prohibición expresa de la ley a su ejercicio.
- 2.- De Igualdad.- A ser considerados en forma idéntica frente a la ley.
- 3.- De Propiedad que salvaguarden ante el Estado el derecho y ejercicio de los mismos del que es titular la persona física.

4.- De Seguridad Jurídica, que solamente pueda ser afectada la persona, en su esfera de acción por el gobernante, mediante un acto de autoridad lícito por cumplir con las formalidades de ley.

Como hemos venido precisando la esfera jurídica del gobernado no debe ser afectada por la autoridad salvo en los casos que la propia ley lo permita y con los requisitos que la misma precisa en el orden jurídico penal dichas hipótesis son:

1.- En los casos de orden de aprehensión dictada por autoridad competente, por escrito donde se funde y motive la causa legal del procedimiento. Al respecto en el plano Constitucional no esta prevista la Orden de Comparecencia, ante lo cual tendríamos que concluir que ésta resulta inconstitucional, aunque legal por estar prevista en el Código Adjetivo Penal del Distrito Federal.

2.- En los casos de flagrancia, cuasiflagrancia y flagrancia equiparada, en que cualquier persona puede detener al sujeto activo del delito y sus partícipes.

3.- Que la detención se haga por mandato del Ministerio Público en caso urgente.

4.- Que la detención la haga una Autoridad administrativa, cuando se esté en caso urgente y no haya Juez en el lugar a quien acudir.

Las garantías individuales también denominadas derechos subjetivos, que nuestra Constitución consagra en favor de toda persona por el simple hecho de estar en el ámbito de jurisdicción y competencia de los Estados Unidos Mexicanos. El cual atendiendo a un principio de Estado

de Derecho, reconoce ciertos derechos y los plasma a nivel de nuestra Carta Máxima, creándonos un instrumento para su vigencia y salvaguardarlos, que son propiamente las garantías, esto en contraposición al propio actuar del poder público, representando para éste un límite que necesariamente debe de respetar y que sólo en caso de excepción que la propia Constitución prevé, puede vulnerar la esfera jurídica del particular, la que se reconoce por el Estado y que es producto de las fuerzas reales de poder que obligan al Legislador a reconocerlas, llegando a representar la historia y logros de un pueblo, y su perfil histórico, político, social, económico, jurídico o sea lo determina en todo aspecto, siendo por lo tanto la ley de leyes, o como otros la han denominado la Ley Suprema origen del sistema Jurídico Mexicano, a la cual se deben de ceñir no solo las Constituciones Estatales, sino también las Leyes secundarias y reglamentarias que se deriven, para poder afirmar que son Constitucionales y no calificarlas de contrarias a ésta (***anticonstitucional***) o sin sustento en las mismas (***inconstitucionales***).

LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES EN MATERIA PENAL Y SU FINALIDAD.

Es salvaguardar y hacer vigente en todo tiempo, lugar y circunstancias los derechos fundamentales que tiene el ser humano, por la cualidad de serlo, frente al órgano de poder y gobierno, al cual están sometidos por delegación de la soberanía popular para efectos de su ejercicio, para el caso de que las autoridades públicas no ciñan su actuar al mandato Constitucional actuando en forma arbitraria, y solamente nos concretaremos en esta ocasión al referir el contenido y alcance de los artículos 14 y 16 del Código Político Fundamental del Pacto Federal de los Estados Unidos Mexicanos y por lo que respecta exclusivamente al ámbito de la administración de justicia, en sus dos formas o especies, por cuanto hace a la procuración y su complementario la impartición de la Justicia.

EL ARTÍCULO 16 DE NUESTRA CARTA MAGNA.

Este artículo prevé diversas garantías de seguridad jurídica, siendo una extensión de la garantía de legalidad, pues esta queda asegurada a través del principio de seguridad jurídica, aunque muchos autores refieren que dicho precepto consagra la garantía de legalidad.

En este artículo se consagran diversas garantías de legalidad y seguridad jurídica ante los actos de molestia de la Autoridad.

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

El artículo exige que los actos de ésta sean ciertos en cuanto a su existencia y contenido, lo que es opuesto a lo que contemplaba la Constitución de 1857, la que autorizaba que los actos de autoridad pudieran ser verbales, lo que originó una inseguridad jurídica y el abuso de autoridad, ya que la persona no conocía el acto de Autoridad y su contenido, para así poder ejercer su garantía de defensa.

Esta garantía, para satisfacción, exige tres requisitos:

1.- Que el mandato de Autoridad sea por escrito, donde se determinen lo ordenado y de quién emana la orden.

2.- Que lo emita una Autoridad competente siendo ésta la que deriva de la Ley que crea el órgano y sus atribuciones, por medio de la cual se ejerce el ius de mandato o imperio del Estado.

3.- Que la Autoridad funde y motive la causa legal del procedimiento de donde nace el acto, esto es, que se precise en qué normatividad se plasman sus atribuciones y la causa que da origen a su actuar.

El acto de Autoridad y de molestia, tienen como estructura, que perturbe, afecte, dañe o altere la esfera del gobernado.

Las garantías de la legalidad tienen como campo de protección a bienes jurídicos de tutela: la persona en sí, la familia algunos refieren que también son los derechos de familia, el domicilio, los papeles y posesiones.

La garantía de legalidad la integran:

1.- Todo acto de molestia (***entendiéndose como todo acto de Autoridad***), que conste por escrito para que lo conozca el gobernado con precisión en cuanto a su motivación y fundamento, por lo que quedan prohibidas las órdenes verbales, las que necesariamente caen en el ámbito de lo anticonstitucional. Se exige que sea por escrito a efecto de evitar que se varíe el acto o se desconozca el mismo y por consiguiente dar nacimiento al derecho de defensa de la persona para impugnarlo. Se complementa con la subgarantía de que debe ir firmado por el titular del órgano de poder, firma que debe ser auténtica esto es, que la haga el funcionario de su propio puño sin que sea factible usar cualquier otra forma que la represente, esto para que tenga validez, legitimidad y obligatoriedad, esto por cuanto hace a la autoridad. Respecto a los particulares la autoridad debe notificar a estos por escrito, y atendiendo al procedimiento previsto por la Ley que lo rige, para que la persona esté en posibilidades jurídicas y fácticas de conocer el acto de autoridad con certidumbre, su fundamento, motivación y contenido y considere los efectos jurídicos que pudiera ocasionarle.

2.- Por autoridad competente, lo que es lo mismo que autoridad legítima, como un órgano del Estado que está facultado por la Constitución o la Ley para emitir el acto de autoridad, dando cumplimiento al principio de derecho que reza **"la Autoridad solamente puede hacer lo que la faculta la Ley"**.

Tiene dos acepciones, la connotación autoridad competente:

a).- La legitimidad del nombramiento del Servidor Público que representa el órgano, para que a su vez sus actos sean válidos, esto se conoce como competencia de origen o política.

b).- El ámbito de facultad que le otorga la ley al órgano de autoridad para emitir el auto (competencia constitucional o legal), de acuerdo a los ámbitos de validez, éstos se pueden presentar por territorio, por materia, por fuero, por vigencia de la ley, por cuantía por las calidades de los activos (inmunidad constitucional 108 y 109), de los pasivos.

3.- Todo acto de autoridad pública debe estar constitucional y legalmente fundado y motivado, entendiéndose por lo primero que la autoridad lo haga por escrito señalando con precisión los preceptos legales aplicables que le dan competencia para emitir el acto. Esto es para dar sorpresa jurídica y vincular en relación al acto a la autoridad y a la persona. Se impone la obligación al titular del órgano de poder el señalar el artículo que establece la competencia del órgano, y adecuar a éste su actuar de acuerdo al caso concreto o lo que es lo mismo, expresar las consideraciones, razonamientos o silogismos jurídicos, para considerar que su actuar cabe dentro de los supuestos normativos hipotéticos previstos por la ley, esto es precisar el marco o ámbito jurídico de validez del acto de autoridad y poder determinar si es o no constitucional y legalmente válido.

El párrafo segundo del numeral 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, dispone: ***"No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado."***³²

Quien está facultado para ordenar la aprehensión, de acuerdo al texto constitucional a estudio, es necesario precisar que, no contempla la orden de reaprehensión, aunque la jurisprudencia se ha encargado de precisar su naturaleza jurídica y su diferencia entre ambas, siendo que la primera es para el efecto de lograr que el probable responsable comparezca ante el órgano de autoridad y en su caso rinda su declaración preparatoria, y por cuanto a la última para que el sujeto sea sometido a proceso o para continuarlo cuando este se ha evadido durante el mismo o también para hacer factible la ejecución de la sentencia condenatoria en que se le impone pena de prisión.

Pero además consideramos que también se requiere aunque expresamente no lo prevea dicho artículo, pero sin el cual no se podría dar el actuar judicial, es que exista la petición del Ministerio Público en tal sentido.

Debemos preguntarnos cuáles son los requisitos que debe reunir una Orden de Aprehensión para que sea exigible su cumplimiento.

1.- Que preceda denuncia, acusación o querrela.

³² 3 Leyes para el Distrito Federal, que debe conocer el Ciudadano. 18ª ed. Ed. Sista. México, 2007. p.6.

2.- Que sea de un hecho calificado por la Ley como delito.

3.- Que esté sancionado cuando menos con pena principal de prisión.

4.- La existencia de datos para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad (se omite en el texto Constitucional que la naturaleza de esta es penal, si no que lo supone) del indiciado en su comisión.

Un aspecto controvertido, es lo concerniente a que en dicho numeral se omite referir a la Orden de Comparecencia y por ende cuales serían los requisitos para emitirla, de igual manera no exige el precepto en cuestión, que al probable responsable previamente a girar ya sea la Orden de Comparecencia, Orden de Aprehensión u Orden de Reaprehensión, sea citado y se le haga de su conocimiento los hechos que se le imputan y en su caso ejercitar o no su garantía de defensa, al respecto hay criterios en pro y contra, tanto en la jurisprudencia, como en la doctrina resulta incomprensible que si el párrafo final, de la fracción IX apartado A, del artículo 20 de nuestra Constitución Mexicana, consagra la garantía de defensa en su amplitud y específicamente en el asesoramiento técnico, por extensión debemos considerar que cualquier persona por el simple hecho de ser señalado o aparecer en una indagatoria ministerial, como probable responsable, nace en su favor inexcusablemente la garantía de defensa, con independencia de que esté o no detenido, esto en un Estado eminentemente Democrático y de Derecho.

Las subgarantías que integran la garantía de legalidad, la primera de ellas, exige que todo acto de molestia ***conste por escrito en un mandamiento***, para que así el gobernado tenga conocimiento sobre cual es el acto que se le aplicará. La segunda establece que el acto de

molestia ***debe ser emitido por autoridad competente***, lo que es diferente a autoridad legítima, entendiéndose por aquella, el órgano del Estado que la Constitución o alguna Ley secundaria faculta para dar nacimiento a cierto acto.

La última subgarantía, ordena que ***todo acto de autoridad esté legalmente fundado y motivado***, entendiéndose por lo primero, al señalamiento que hace la autoridad emisora del acto, de los preceptos legales que dan competencia para emitirlo, así como aquellos que prevén al mismo; en tanto que la motivación legal es el adecuamiento del caso concreto al tipo legal o a la hipótesis prevista en la ley, debiéndose de sostener en el mandamiento escrito las razones por las cuales se considera que hay tal adecuación en el caso concreto.³³

El acto de privación lícita, está condicionado por la garantía de audiencia, y significa que por su ejecución se va a reducir o menoscabar el patrimonio del gobernado extrayendo de él, un bien jurídicamente protegido por esta garantía.

El acto de molestia, significa que cualquier acto de autoridad que perturbe, afecte, dañe o altere la esfera de un gobernado. En realidad, todo acto de autoridad es un acto de molestia, inclusive el acto de privación, es ***lato sensu*** un acto de molestia, pues afecta o altera la esfera de derechos del gobernado en contra de quien se emite el mismo.

La garantía de audiencia protege bienes jurídicos, siendo cinco: ***la vida, la libertad (en todas sus formas de darse o manifestarse), las propiedades, las posesiones y derechos (en el cual se tutelan el grueso de los bienes que integran la esfera jurídica del gobernado).***

³³ DEL CASTILLO, Del Valle Alberto. **“GARANTÍAS INDIVIDUALES Y AMPARO EN MATERIA PENAL.”** pp. 30, 31, 33, 37.

Existen subgarantías que conforman la garantía de audiencia, y son:

- a) La existencia de un juicio al acto de privación.
- b) Que ese juicio se substancie ante tribunales previamente establecidos.
- c) Que en el juicio deben observarse las formalidades esenciales del procedimiento.
- d) Aplicación sólo de las leyes dictadas con anterioridad al hecho, **(la garantía de la irretroactividad de la ley)**.

Las formalidades esenciales del procedimiento, son todos aquellos requisitos procedimentales que deben ser observados durante la sustanciación del Juicio Previo y que marca en su articulado la ley aplicable al caso concreto. **Existen fundamentalmente dos clases de formalidades esenciales del procedimiento** que son: **la oportunidad defensiva**, la posibilidad de que el gobernado sea oído y vencido en juicio y participe en él, defendiéndose, oponiendo excepciones, alegando, etcétera. Y la **oportunidad probatoria** por virtud de la cual podrá ofrecer y desahogar las pruebas que le beneficien y apoyen su dicho dentro del proceso.

Dentro de la *división* de poderes que conforman el artículo 49 Constitucional, se encuentra *el poder jurisdiccional* (llamado aquí como "**judicial**"), el que no obstante que guarda relación en su ejercicio, como todo poder político, con el empleo de la fuerza y de la coerción, en la realidad de su aplicación coincide mayormente con las expresiones de **ordenar, administrar e impartir** (justicia). En el fondo, lo esencial de la jurisdicción como poder estatal no es sólo la *vis*, sino también el *ius*, no es la fuerza, sino la ordenación y control de la sociedad y del individuo para impedir que hagan uso de la violencia privada. La coacción del Estado, poder político, es solo el último

recurso del Estado para el mantenimiento de este orden traducido en la paz social lo que lo convierte en medio, pero no un fin, medio último para lograrse el fin de sosegar a la sociedad, respecto de sus litigios.

El poder jurisdiccional es supremo e independiente dentro del Estado, sujeto únicamente al control constitucional y a las leyes orgánicas secundarias y relativas. El ***proceso***, es un conjunto de reglas y actos procesales, ligados entre sí como una ***relación jurídica***, por virtud de la cual el Estado aplica el poder de jurisdicción con objeto de resolver los litigios o relaciones derecho sometidas a su decisión, es una serie de actos concatenados que se desarrollan progresivamente para llegar a un fin natural, que es la sentencia definitiva con calidad de cosa juzgada y resolutoria del conflicto.³⁴

“**BIELSA**, nos explica que: el modo de proceder de los jueces está regulado por la leyes procesales, pero esas disposiciones se refieren a la dinámica judicial, a la marcha de los testigos (***processus***) a las garantías de defensa en juicio y que el Juez cumple y hace cumplir.”³⁵

En la ***Declaración Universal de los Derechos del Hombre***, quedaron establecidos los derechos humanos en la que los Estados firmantes se comprometieron al aseguramiento a través de un régimen de derecho a reconocer a todo ser humano sin distinción de raza, sexo, religión, brindando un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, a través del cual puedan hacer efectivo su derecho. En México vemos contemplados este cúmulo de Derechos Humanos en la Constitución Política de

³⁴ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. **“TEORÍA GENERAL DE LA ACCIÓN”**. Ed. Editores Indipac: Editorial. México 2005. pp. 24, 45, 52, 57.

³⁵ Citado por DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Ob . Cit. p. 57. BIELSA, Rafael. **“METODOLOGÍA JURÍDICA”**. Castellini, Argentina, 1961. p. 472.

los Estados Unidos Mexicanos, recibiendo la denominación de garantías individuales.³⁶

1.1.2. PROCEDIMENTAL.

Se refiere a aquellas garantías constitucionales que tienen vinculación con el procedimiento penal, constituyendo las formalidades esenciales del procedimiento y que se encuentran consagradas principalmente en los artículos 14, 16, 19 y 20 Constitucional, formalidades que también se les conoce en la doctrina como la garantía del “**debido proceso legal penal**”.

Históricamente las garantías individuales se han caracterizado como medios para asegurar los derechos del hombre, es hasta el siglo XVIII cuando Estados Unidos y Francia consagran en textos legales diversas garantías. Estos no son derechos que el Estado confiera a los ciudadanos, sino que son derechos originarios del hombre, que el legislador consigna para su observación obligatoria por el propio Estado. Las garantías procesales son garantías individuales de naturaleza constitucional.³⁷

A partir de las garantías constitucionales, existen también ordenamientos secundarios, entre los que están los denominados códigos procedimentales o códigos adjetivos de cada materia, y que a su vez protegen, interpretan, proyectan, reglamentan y en su caso amplían las garantías contempladas en nuestra Constitución. De la misma forma dichos ordenamientos contemplan, formas de hacer que se respeten las garantías plasmadas en la Constitución y éstas son las garantías procesales.

³⁶ Diccionario Jurídico Harla. Vol. IV. Derecho Procesal. COLEGIO DE PROFESORES DE DERECHO PROCESAL. Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. Oxford University Press. Harla. México 1996. p. 3.

³⁷ Ibidem. p. 73.

1.1.3. JURISPRUDENCIAL.

El lenguaje con que el derecho se formula, produce con frecuencia, ambigüedades, imprecisiones y lagunas. Tal circunstancia suscita conflictos que el Juzgador debe resolver. En nuestro país, corresponde a los órganos jurisdiccionales, interpretar e integrar el sistema jurídico, estableciendo con ello jurisprudencia.³⁸

El vocablo *interpretar*, deriva del latín *interpretari* el cual tiene entre otras acepciones: **“explicar, aclarar, el sentido de algo, y principalmente de un texto”**.³⁹

El diccionario de la Lengua Española refiere que la palabra *interpretación*, deriva del latín *interpretatio*, *-onis*, que significa **“acción y efecto de interpretar”**.⁴⁰

Interpretar un texto equivale a desentrañar su sentido, esto es a describir que quiso decir quién lo elaboró. En el caso de la ley, su interpretación implica desentrañar su sentido. La ley es un mandato general protector de un interés común y aplicable a todos los casos que revistan la misma situación jurídica.⁴¹

El sentido de la ley, no necesariamente equivale a la voluntad del legislador. Que éste produzca las leyes, no supone que lo que haya querido decir coincida siempre con lo expresado en ellas. Es entonces cuando se recurre a la interpretación lógica-sistemática, que subordina la intención subjetiva del legislador al sentido lógico-objetivo de la ley, que tiene

³⁸ La Jurisprudencia. Su integración . 2ª ed. 1ª reimpression. Suprema Corte de Justicia de la Nación. México 2006. p. 7.

³⁹ Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. tt XVIII, XXXIII, pp. 102 y 2748.

⁴⁰ Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española. Tomo II. 22ª ed. Espasa Calpe. Madrid, 2001. p. 1293.

⁴¹ Idem.

un significado propio, independientemente de la voluntad real o presunta de sus autores.⁴²

La palabra jurisprudencia deriva del latín *jurisprudentia*. Es la ciencia del Derecho y de las Leyes. Análisis y trato de las sentencias definitivas dictadas por el más alto tribunal. Equivale a la interpretación que hace la Suprema Corte de Justicia del Derecho Positivo al aplicarlo a los casos concretos, con lo cual se conoce la orientación que un determinado país da a sus leyes e instituciones jurídicas, de esta manera la jurisprudencia se forma con estos fallos definitivos.⁴³

Para la Real Academia Española, la palabra “*jurisprudencia*” deriva del latín *iuris-prudentia* que puede significar “*ciencia del derecho*”, “conjunto de las sentencias de los tribunales y doctrinas que contienen” o “criterio sobre un problema jurídico establecido por una pluralidad de sentencias concordes”.⁴⁴

“La palabra jurisprudencia tiene diversas acepciones. Ciencia del derecho es la más antigua; en la actualidad, se denomina así a la “interpretación que la autoridad judicial da ordenamiento a una ley, y así se opone la jurisprudencia a la doctrina, como expresión de la ciencia” (**COVIAN**) añade este autor que la “Jurisprudencia es al derecho lo que la práctica en todas las ramas del conocimiento humano es a la teoría.” “La palabra jurisprudencia -escribió **AUSTIN**- es un vocablo ambiguo que ha sido utilizado para designar: 1) El conocimiento del derecho como una ciencia, junto con el arte, el hábito práctico, o la destreza de aplicarlo; 2) La ciencia de la legislación,

⁴² Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Vol. 103-108, primera parte, p. 152. Las Garantías de Igualdad, Colección Garantías individuales, No. 3, México. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003. pp. 115-124.

⁴³ Nuevo Diccionario de Derecho Penal. Ob. Cit. p. 584.

⁴⁴ Real Academia Española. Ob. Cit. p. 1332.

es decir, la ciencia de lo que se debe hacer para producir buenas leyes, junto con el arte de hacerlas.⁴⁵

Luego entonces, significa **ciencia del derecho**. Enseñanza doctrinal que dimana de los fallos o decisiones de autoridades jurisdiccionales. Es el conjunto de reglas o normas que la autoridad jurisdiccional con atribuciones al respecto, deriva de la interpretación de determinadas prevenciones del derecho positivo que precisan el contenido que debe atribuirse y el alcance que debe darse a éstas y que al ser reiteradas cierto número de veces en sentido uniforme, no contrariado son obligatorias para quien debe decidir cosas concretas regidas por aquellas prevenciones. Para algunos, la jurisprudencia se equipara a la ley, aunque formalmente no es norma jurídica, lo es materialmente en cuanto posee los atributos esenciales de aquella, que son la generalidad, la abstracción y la imperatividad.⁴⁶

Así, es sinónimo de ciencia del derecho. Para los Romanos era el conocimiento de los casos divinos y humanos, la ciencia de los justos y de los injustos. Como fuente formal general del derecho objetivo, es el conjunto de sentencias firmes dictadas por los tribunales que sirven como normas jurídicas para resolver casos futuros que no estén exactamente previstos por el derecho legislado. Para que la Jurisprudencia tenga carácter de fuente formal general del derecho, es necesario que así esté expresado en la Ley. Las normas jurídicas contenidas en la jurisprudencia reciben el nombre de derecho jurisprudencial.⁴⁷

En su sentido general, la jurisprudencia se define como el criterio de interpretación judicial de las normas jurídicas de un Estado, que prevalece en las resoluciones de un tribunal supremo o de varios tribunales. Para nosotros, la función de la jurisprudencia, no es la de crear

⁴⁵ Nuevo Diccionario de Derecho Penal. Ob. Cit. p. 584.

⁴⁶ Diccionario Jurídico Harla. Vol. IV. Ob. Cit. p. 115.

⁴⁷ SERRA Rojas, Andrés. Ob. Cit. p. 635.

derecho, sino la de interpretar el formulado por el legislador (creándolo directamente –cosa de ley– o reconociendo como tal derecho o normas que él no ha creado, tales como la costumbre, los usos, los principios generales del derecho).⁴⁸

La jurisprudencia mexicana la crean solamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en Pleno o en Salas y los Tribunales Colegiados de Circuito. Pero por lo que hace al pleno se requiere que sean aprobados por ocho Ministros y por cuanto a las Salas, cuatro ministros. Respecto a los Tribunales Colegiados de Circuito por unanimidad de votos de sus magistrados, tal como lo disponen los artículos 192 a 197-B de la Ley de Amparo.⁴⁹

Existen diferentes sistemas para conformar la jurisprudencia, siendo ilustrativo el contenido de lo sustentado en su momento por la Tercera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación:

JURISPRUDENCIA. SISTEMAS DE FORMACIÓN.

La jurisprudencia de la Honorable Suprema Corte de Justicia de la Nación se establece a través de dos sistemas. El ordenado por el artículo 192 de la Ley Reglamentaria de los Artículos 113 y 107 constitucionales (reformado por decreto de 29 de diciembre de 1983, publicado En el Diario Oficial de dieciséis de enero de mil novecientos ochenta y cuatro), que preceptúa que lo resuelto en cinco ejecutorias no interrumpidas por otra en contrario constituye jurisprudencia siempre y cuando hayan sido aprobadas por lo menos por catorce Ministros tratándose de jurisprudencia del pleno o por cuatro Ministros en los casos de jurisprudencia de las Salas. El segundo sistema establece que se integra la jurisprudencia con la resolución que decide la denuncia de contradicción de tesis que sustentan las Salas que integran la Suprema Corte

⁴⁸ DE PINA, Rafael. DE PINA Vara Rafael. Ob. Cit. p. 340-341.

⁴⁹ Ley de Amparo. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México 2005. pp. 94-99.

de Justicia de la Nación, o respecto de las tesis que sustenten los Tribunales Colegiados de Circuito en este caso, no es indispensable que lo resuelto por el Pleno o las Salas de la Honorable Suprema Corte de Justicia de la Nación se sustente en cinco ejecutorias, no interrumpidas por otra en contrario, ya que únicamente se necesita para fijar la jurisprudencia un solo fallo que resuelva que hay contradicción de tesis y que decida cual debe prevalecer, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 107 fracción XXIII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que establece que la resolución de las Salas o del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que dilucide una denuncia de contradicción de tesis, sólo tendrá el efecto de fijar la jurisprudencia sin afectar las situaciones jurídicas concretas, derivadas de las sentencias dictadas en los juicios en que hubiese ocurrido la contradicción. Jurisprudencia que además es obligatoria, no sólo para los Tribunales Colegiados Contendientes, sino para todos aquellos que se encuentran previstos en el artículo 192 de la Ley de Amparo, siempre y cuando tratándose de tribunales del orden común la legislación local sea similar al punto de que se trata en la contradicción de tesis. No obsta en forma alguna el hecho de que la Ley Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 Constitucionales, omita mencionar en la actualidad que la resolución del Pleno o de Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que diluciden una denuncia de contradicción de tesis de Tribunales Colegiados, constituye jurisprudencia, pues como ya se dijo la Constitución Federal sí lo establece.⁵⁰

De acuerdo a la época en que se dictó esta jurisprudencia, no se contemplaban nuevas formas para crear jurisprudencia, a través de las controversias constitucionales, ni tampoco se había previsto en la Ley Suprema la acción de inconstitucionalidad, mismas que nacen a partir del año de 1994 con las reformas constitucionales y legales, que modifican la

⁵⁰ Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época, Tercera Sala, vol. 181-186. Cuarta Parte. p. 309.

integración y competencia del máximo Tribunal Judicial Federal, generándose un nuevo sistema de formación jurisprudencial.⁵¹

En muchos países la jurisprudencia es tomada como fuente formal del derecho, y las sentencias definitivas son obligatoriamente vinculables para los órganos del Estado. Cuando son dictadas por el más alto tribunal y conforme a las disposiciones legales relativas. En países como México, la jurisprudencia alude al conjunto de fallos definitivos dictados por los más altos tribunales judiciales de la Federación.

La **jurisprudencia por reiteración**. La palabra reiteración es de origen latino y deviene de **reiteratio, -onis** que significa **“acción y efecto de reiterar”**. A su vez, reiterar, proviene del latín **reiterare**, que alude a **“volver a decir o hacer algo”**.⁵² La jurisprudencia por reiteración se forma cuando se dictan varias sentencias para resolver casos distintos que entrañan un fondo similar, pues debe de haber semejanza en el criterio derivado de ellos, para que se vuelva obligatorio al convertirse en jurisprudencia.

El segundo sistema de integración de la jurisprudencia en México, es el conocido como **“por unificación de criterio”**, éste derivado de la contradicción de tesis, significando la voz unificación **“acción y efecto de unificar”** a su vez, unificar proviene del latín **unus**, uno y **facere**, hacer, por lo que tiene diferentes acepciones **“hacer de muchas cosas una o un todo, uniéndolos, mezclándolos o reduciéndolos a una misma especie”** y **“hacer que cosas diferentes o separadas formen una**

⁵¹ La Jurisprudencia. Su integración . 2ª ed. 1ª reimposición. Suprema Corte de Justicia de la nación. México 2006. p. 24.

⁵² Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española. Ob. Cit. p. 1934.

organización, produzcan un determinado efecto, tengan una misma finalidad, etc”.⁵³

En materia jurisprudencial, este sistema pretende preservar la unidad de la interpretación del orden jurídico nacional, al decidir los criterios que debe prevalecer cuando existe oposición entre los sustentados por las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o los Tribunales Colegiados de Circuito, en torno a un mismo problema legal, sin que afecten las situaciones jurídicas concretas de los juicios en las que se hubiesen emitido dichos criterios.

La jurisprudencia en materia de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad se encuentran reguladas respectivamente en las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Mexicana y su ley reglamentaria, en los artículos 43 y 72.⁵⁴

La primera se plantea entre la Federación, Estados, Distrito Federal y Municipios, entre el Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión o alguna de sus cámaras o la comisión permanente, entre un Estado y otro o el Distrito Federal, entre éste y un Municipio, entre Municipios, entre los Poderes de un Estado, entre un Estado y sus Municipios, entre un Estado y los Municipios de otro, entre dos órganos de gobierno del Distrito Federal. Pero siempre y cuando se refieran a disposiciones generales de los Estados y Municipios impugnados por la Federación, o de los Municipios impugnados por los Estados, pero cuando dichas resoluciones sean aprobadas por la Corte por mayoría de cuando menos ocho votos, tendrán efectos generales y en los demás casos, únicamente respecto a las partes de la controversia.

⁵³ Tesis P. LXXXIII/95, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tomo II. 1995. p. 159.

⁵⁴ 3 Leyes para el Distrito Federal, que debe conocer el Ciudadano. Ob. Cit. pp. 44-45.

Por lo que hace a las acciones de inconstitucionalidad, se dilucida como objeto de las mismas la posible contradicción entre una norma de carácter general y la Constitución y podrán ser planteadas solamente respecto de la Cámara de Diputados a un equivalente al treinta y tres por ciento de sus integrantes, respecto de leyes federales o del Distrito Federal expedidas por el Congreso de la Unión. También en igual porcentaje, respecto de los integrantes del Senado en los mismos términos antes referidos, o de Tratados Internacionales celebrados por el Estado Mexicano, también puede hacerla valer el Procurador General de la República en contra de Leyes Federales, Estatales y del Distrito Federal o Tratados Internacionales; también se requiere el porcentaje referido para hacerlo valer por alguno de los órganos legislativos estatales en contra de las leyes expedidas por dicho órgano, de igual manera es aplicable a los integrantes a la Asamblea de Representantes del Distrito Federal en contra de las leyes expedidas por la propia Asamblea; los partidos políticos registrados ante el Instituto Federal Electoral por conducto de sus dirigentes nacionales en contra de leyes electorales federales o locales; los partidos políticos con registro estatal a través de sus dirigentes en contra de leyes electorales, expedidas por el órgano legislativo del Estado que les otorgó el registro, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en contra de Leyes federales, estatales o del Distrito Federal o de Tratados Internacionales, celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución; los organismos de protección de los derechos humanos, equivalentes en los estados de la República en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales; y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal.

En las resoluciones que en estos casos dicte la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sólo podrá declarar la invalidez de las

normas impugnadas cuando su decisión sea aprobada cuando menos por una mayoría de ocho votos.

1.1.4. DOCTRINAL.

FORMALIDADES DEL PROCEDIMIENTO.

Son aquellas formas y requisitos que la ley establece y deben seguirse para que tenga validez un procedimiento.

Asegura **EFRAÍN POLO BERNAL**, que las formalidades esenciales del procedimiento, son los principios rectores que la técnica jurídico-procesal da a las partes en un juicio, para la debida oportunidad de defensa, demandando, probando y alegando ante el Juez competente y en la vía correspondiente, y al juzgador o autoridades competentes les otorga la facultad de conocimiento, de documentación y de justa y legal resolución.⁵⁵

Por su parte, **JUVENTINO V. CASTRO**, incluye a las formalidades esenciales entre las garantías del procedimiento, al tiempo que **BURGOA** las coloca entre las garantías de seguridad jurídica, y las define como *“...el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previas a que debe sujetarse una cierta actividad estatal autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole, en la esfera del gobernado integrada por el summun de sus derechos objetivos”*.⁵⁶

La consecuencia del cumplimiento de las formalidades esenciales del procedimiento, está constituida por la garantía de

⁵⁵ Citado por HERNÁNDEZ Pliego, Julio A. **“PROGRAMA DE DERECHO PROCESAL PENAL”**. 3ª ed. Ed. Porrúa. México 2006. p. 57.

⁵⁶ Idem.

debido proceso legal. En la actualidad, existe uniformidad en la ley, la jurisprudencia y la doctrina, en el sentido de que debe otorgarse el máximo de defensa al inculcado (inclusive en caso de que por ello, se entre en conflicto con alguna otra garantía, como podría ser la de pronto proceso), estableciendo dentro del debido proceso, las formalidades esenciales del procedimiento para evitar la indefensión.

Este derecho público subjetivo, no es ajeno a nuestra vida jurídica nacional, pues se consagró desde los primeros ordenamientos constitucionales del país, en el artículo 28 del Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingan el 22 de Octubre de 1814, que decía: “...**son tiránicos y arbitrarios los actos ejercidos contra un Ciudadano sin las formalidades esenciales de la ley.**”⁵⁷

En esta tesitura, las formalidades esenciales del procedimiento vienen a constituirse no en garantías individuales, sino en derechos humanos, y propiamente en derechos públicos subjetivos de la persona, esto es, no corresponden a la expresión **garantías individuales**, ya que no concuerda con su sentido actual, contemplado en nuestro texto político, esto debido a que el vocablo “**garantías**” no es adecuado a la idea de lo que en realidad se *garantiza jurídicamente*, pues una cosa es la **garantía** y otra muy distinta es el **derecho garantizado**; en tal virtud, lo que la Constitución Política del país **tutela**, son los derechos fundamentales del gobernado, que es lo **garantizado** y que difiere por lo tanto de la garantía como tal, que en todo caso sería en **Amparo** como medio de control jurisdiccional, sirviendo a garantizar la reparación a las violaciones de dichos derechos públicos subjetivos. Lo que significa que ya no es apropiado hablar de garantías cuando en realidad se quiere referir a los **derechos garantizados al gobernado**, en la parte dogmática de la Constitución.

⁵⁷ HERNÁNDEZ, Pliego. Julio A. Ob. Cit. p. 59.

La expresión “**individuales**” tampoco es apropiada a su significación socio-político actual, pues si bien en la Constitución de 1857, se describía de tal forma a esos derechos, como **individuales del hombre**, por virtud de que abiertamente imperaba el individualismo y el liberalismo político económico, y aunque se mantenga su mención en nuestra vigente Constitución Mexicana, ya no nos acomoda, dada la presencia virtual del **derecho social** que ampara, también a las personas morales, por lo tanto, más que hablar de **garantías individuales** debe de aludirse a derechos fundamentales del gobernado.

Igualmente no es aceptable la expresión de **derechos humanos** porque la misma corresponde a una tautología jurídica, en la actualidad los derechos humanos tienen como sujetos activos a los humanos.

La idea de los **derechos públicos subjetivos**, respecto de su finalidad, los llamamos garantías individuales y se traduce cuando menos, en los vectores tutelantes de la dignidad, la libertad, la igualdad, la seguridad jurídica o la legalidad, como aspectos individuales e incommutables para ser considerados como personas dado que les permiten concebir y conducir sus aspiraciones concretas de su desarrollo personal y progreso cultural en la comunidad. La función que desempeñan dichos derechos en el Estado, alude a la naturaleza del Estado, en el caso, corresponde al señalado como Estado de derecho en el cual rigen dos principios básicos: por un lado el **principio de legalidad** que obliga a las autoridades a desempeñar sus actos del gobierno solo en tanto la ley se los permita como competencia expresa y por otro, el **principio de igualdad**, por el que se autoriza al individuo a hacer todo aquello que la misma ley no le prohíba. El principio de igualdad, da sustento a la llamada parte **orgánica** de la constitución política y de Libertad a la parte **dogmática** contemplante de las garantías individuales.⁵⁸

⁵⁸ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Ob. Cit. pp. 155-158.

El concepto de *derechos públicos subjetivos* es lo que nos permite delimitarlo dentro de la cultura jurídica, como el cúmulo de prerrogativas que, inesquivablemente, debe tener el humano para ser considerado como persona.

México posee una clara concepción de la existencia, respeto y protección que se merecen las garantías individuales, por estar plasmadas en la parte dogmática en la Constitución Política del país por la existencia de la Ley de Amparo, de la Jurisprudencia relativa de órganos de Gobierno destinados a su tutela como son el Poder Judicial Federal y las Comisiones de Derechos Humanos. Además de diversos tratados y pactos internacionales sobre derechos humanos, los cuales pasan a formar parte de la Ley Suprema del país, por disposición del artículo 133 Constitucional, destacando: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos humanos, la Convención Contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanas o Degradantes, la Convención Sobre los Derechos del Niño el Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁵⁹

La función esencial de las garantías individuales es la de establecer las limitaciones materiales a las que se encuentran sujetos los órganos Estatales en el ejercicio de sus facultades.⁶⁰

En todos los Estados de Derecho, se parte de la idea de proscribir la venganza privada, ya que de no impedirse ésta conduciría a la destrucción del orden social y del propio Estado. El devenir del derecho procesal enseña que la humanidad se ha ido ingeniando para sustituir dicha **venganza privada** por el **derecho de acción** que permite al ofendido, en lugar de hacer uso de aquélla, acudir libremente al tribunal, para que éste mediante

⁵⁹ Ibidem, p. 159.

⁶⁰ GONZÁLEZ Cossio, Arturo. **“EL JUICIO DE AMPARO”**. Ed. Porrúa. México 1994. p.45.

proceso le haga justicia valedera por igual a todos y eficaz por cumplirse mediante la coacción si fuera necesario. Se estableció además, que esta justicia sería pronta, esto es, dentro de los plazos establecidos por la ley.

De manera generalizada se ha señalado que los elementos que integran la parte dogmática son normalmente las llamadas **garantías individuales** que corresponden a las prerrogativas que tiene el gobernado para realizar todo aquello que la ley no le prohíba: Principio de Libertad.

1.2. LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES EN EL PROCEDIMIENTO PENAL.

Las garantías del hombre establecidas en la Constitución, con el carácter de formalidades esenciales en el procedimiento penal, consagran el derecho de defensa, el cual puede ejercer el consignado por sí o mediante su defensor para probar la inocencia en la acusación.⁶¹

La **Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas**, en resolución número 43/173 del nueve de diciembre de 1988, adopta el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, entre los que resaltan:

Principio 36.

1.- Se presumirá la inocencia de toda persona sospechosa o acusada de un delito y se le tratará como tal, mientras no haya

⁶¹ MANCILLA Ovando, Jorge Alberto. **“LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO PENAL”**. 8ª ed. Ed. Porrúa. México 1998. p. 235.

sido probada su culpabilidad conforme al derecho en un juicio público en el que haya gozado de todas las garantías necesarias para su defensa.⁶²

Es claro que en un régimen de gobierno en el que imperan los procesos de desarrollo democrático, los derechos de que disfruta el gobernado al ser sometido a procesamiento serán más amplios que los que se le otorgan en los gobiernos totalitarios o facistas.

En un Estado de Derecho como el nuestro, el inculpado tiene múltiples facilidades defensistas, no sólo en el procesamiento, sino a partir de que empieza la administración en sede administrativa, puesto que está en aptitud de designar defensor o persona de confianza que lo defienda adecuadamente en esa etapa procesal, ante el Ministerio Público, y la persona nombrada puede intervenir en cumplimiento de su cometido, aportando pruebas y asistiendo al inculpado en los actos que se precise.⁶³

1.2.1. DIFERENCIA ENTRE PROCEDIMIENTO Y PROCESO PENAL.

Proceso, proviene del vocablo **proceso** (**processus**, de **procedere**) significa avanzar, marchar hasta un fin determinado, no de una sola vez, sino a través de sucesivos momentos. El proceso es un conjunto de actos procesales ligados entre sí como una relación jurídica, por virtud del cual el Estado otorga su jurisdicción con objeto de resolver los litigios o relaciones de derecho sometidos a su decisión, es una serie de actos concatenados que se desarrollan progresivamente para llegar a su fin natural, que es la sentencia definitiva con calidad de cosa juzgada y resolutive del conflicto. Dichos actos procesales entrañan una relación jurídica, consistente en el conjunto de ligámenes, de vinculaciones que la ley establece entre los sujetos de la relación

⁶² Copyright. 1996-2002. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Ginebra, Suiza. <http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h-comp.36sp.htm>.

⁶³ HERNÁNDEZ Pliego, Julio A. Ob. Cit. p. 81.

procesal. El Estado se liga a la idea del proceso, por ser el titular del poder soberano de jurisdicción, en virtud del cual puede resolver los litigios y conflictos mediante actos de su autoridad, no externa estos actos de autoridad de manera unilateral, o sea caprichosa, sino, mediante el proceso que es un método de debate que sirve para constatar si la pretensión o la excepción es procedente, para otorgar la tutela en el fallo definitivo.⁶⁴

También existen otras acepciones, como aquella que considera el proceso como el “Conjunto de actos regulados por la ley y realizados con la finalidad de alcanzar la aplicación judicial del derecho objetivo y la satisfacción consiente del interés legalmente tutelado en el caso concreto, mediante una decisión del Juez competente”.⁶⁵

En cambio la voz **procedimiento** deriva del latín **procedere**. Conjunto coordinado de actos procesales que sirven para la obtención de un fin determinado dentro del Proceso. El procedimiento equivale, en realidad, a una parte del proceso, es decir, aquél se da y desarrolla dentro de éste concatenando a los actos de que consta, uniéndolos como si se tratarán de eslabones, hasta producir la situación jurídica que corresponde en el proceso. Con esta explicación queda de manifiesto que el procedimiento no es un sinónimo de proceso. El proceso debe ser el todo y se diferencia del procedimiento por su fin, que es el de llegar a la decisión del conflicto mediante un fallo que adquiere la autoridad de cosa juzgada.⁶⁶

Así también tenemos que dicha voz significa: “Conjunto de formalidades o trámites a que está sujeta la realización de los actos jurídicos... La palabra procedimiento refiere a las formalidades procesales, es sinónimo de la de enjuiciamiento, como la de proceso lo es de

⁶⁴ Nuevo Diccionario de Derecho Penal. Ob. Cit. p. 821.

⁶⁵ DE PINA, Rafael, De Pina Vara Rafael. Ob. Cit. p. 420.

⁶⁶ Nuevo Diccionario de Derecho Penal. Ob. Cit. p. 819.

Juicio. El procedimiento constituye una garantía de la buena administración de justicia”⁶⁷

Para **MANRESA** y **NAVARRO**, en la llamada época del **procedimentalismo**, que subsiste en algunos códigos o leyes adjetivas penales latinoamericanas, establecía que **procedimiento** es la aglomeración o reunión de reglas y preceptos a que debe acomodarse el curso y el ejercicio de la acción y se denomina **enjuiciamiento** al orden y método que debe seguirse en la marcha de la sustanciación de un negocio. El enjuiciamiento, determina la acción sucesiva de las actuaciones trazadas por el procedimiento. Por eso hace ya tiempo creen que el **procedimiento judicial** es una serie de actos formales progresivos, ya que tiene un avance hacia la meta de la solución procesal con un triple orden:

Primero. Cronológico, son sucesivos en el tiempo, unos se realizan antes y otros se llevan a cabo después, no son simultáneos, no son coetáneos.

Segundo. Lógico, el enlace deriva de que unos los anteriores, son la causa de los que le siguen con ulterioridad, que resultan ser efecto de los primeros.

Tercero. Teológico, una conjugación de finalidades del procedimiento, parte formal del proceso y de todo el proceso mismo, que significa la justa composición del litigio planteado.⁶⁸

Por su parte **ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO**, refiere que el **procedimiento**, es una acepción rigurosa, cabe entender, en líneas generales, la mera coordinación de actos procesales en marcha hacia un

⁶⁷ DE PINA, Rafael, De Pina Vara Rafael. Ob. Cit. p. 420.

⁶⁸ Diccionario Jurídico Harla. Vol. IV. Ob. Cit. p. 160.

determinado objetivo. El proceso requiere, de un procedimiento reducido a una mínima expresión formalista en ciertos casos y sobrecargado de trámites en otros, pero nunca se circunscribe a él. Es **CARNELUTTI**, quien determina que la distinción entre ambos vocablos estriba en la suma total de actos que se realizan para la composición del litigio y el orden y la sucesión de su realización; el primero de estos conceptos se denota con la palabra proceso y el segundo con la palabra procedimiento.⁶⁹ Para **CALAMDREI**, las normas jurídicas que regulan las formas procesales disciplinan no solamente la estructura exterior de los actos singulares del proceso, considerados cada uno como unidad aislada, sino también como procedimiento de sucesión de actos, el orden y la relación de tiempo y lugar que se verifica entre unos y otros, o sea, la posición que cada uno de ellos debe tener en la serie de que forma parte. El procedimiento es la forma exterior y armónica del proceso, a través de actos concatenados entre sí, que llevan desde que aparece el conflicto litigioso hasta su resolución en la sentencia final (**FAIREN GUILLÉN**). Es la simple sucesión de actos (**VÁSCOVI**). El procedimiento entonces es la concatenación consecuencia de los actos procesales, cada uno de los cuales es hecho posible por el precedente y hace posible el sucesor, más cada uno conserva la independencia de la propia causa (**ALLORI**). Habida cuenta de lo señalado hasta ahora, se ha afirmado la existencia de una pluralidad de procedimientos (**CALAMANDREI**) frente a la variedad de procesos (**FIX-ZAMUDIO**) o la unidad del proceso.⁷⁰

De lo anterior podemos concluir que los vocablos proceso y procedimiento no son sinónimos, ni significan lo mismo aunque por lo general se utilicen como equivalentes. El procedimiento contempla una idea más extensa, ya que puede existir procedimiento sin que exista proceso, pero en cambio, no puede haber proceso sin que necesariamente exista previamente procedimiento.

⁶⁹ Ibidem. p. 161.

⁷⁰ Idem.

1.3. LA GARANTÍA DE DEFENSA EN MATERIA PROCEDIMENTAL PENAL.

La palabra **Defensor** en sentido etimológico proviene del latín **defensoris** que significa el que defiende o protege, a su vez, el vocablo **defender** significa **amparar, proteger, abogar a favor de uno**. El defensor representa a la Institución de la defensa integrada por dos sujetos, el autor del delito y el abogado, quienes constituyen el binomio indispensable en el proceso.⁷¹

En términos de **MANZINI**, defensor es el que interviene en el proceso penal, para desplegar en él una función de asistencia en favor de los derechos y demás intereses públicos y no solamente para el patrocinio de un interés particular.⁷²

Podemos afirmar que es sujeto procesal el defensor (**órgano de la defensa**) su presencia constituye una garantía constitucional para el probable sujeto activo del delito desde la Averiguación Previa. La persona que ejerce la función de defensor lo debe hacer con ética, ya que puede incurrir en algún tipo delictivo, como es el delito de abogados o fraude, independientemente de la necesidad de guardar el secreto profesional, es innecesario que se le equipare a un sacerdote en secreto de confesión, lo importante es que el Defensor, Licenciado en Derecho, que ejerce la función de Defensor Particular, tiene el Derecho de tomar un asunto para su defensa o no, debe hacerlo con objeto de buscar el mejor beneficio de su defenso, pero si no desea patrocinarlo, debe guardar el secreto profesional, sin importar que conducta delictiva haya realizado la persona, que busca su ayuda profesional.

⁷¹ BARRAGÁN Salvatierra, Carlos. **“DERECHO PROCESAL PENAL”**. Mc.Graw-Hill, México, 1999, p. 230.

⁷² Citado por BARRAGÁN Salvatierra, Carlos. Ob. Cit. p. 230.

Así la **defensa** es la acción que se lleva a cabo para evitar, desvirtuar o contrarrestar la acción de un adversario con relación a una idea, a una posición o a una plaza.⁷³

La palabra **defensor** deriva del latín **defensor**, que significa abogado encargado de la defensa de un acusado, y también en general, un abogado encargado de defender a un acusado.⁷⁴

En nuestro país se encontró por primera vez reglamentada la garantía de defensa en la Averiguación Previa en materia penal en el artículo 152, fracción II del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México de 1961.⁷⁵

El registro del título de Licenciado en Derecho ante la Dirección de Profesiones y la Secretaría de Educación Pública, quien otorga una patente, consistente en la Cédula Profesional y en algunos casos específicos se tiene que registrar la Cédula Profesional ante los Tribunales correspondientes. Luego entonces, el defensor puede ser un particular o un defensor público, oficial o de oficio, como se le conoce en el medio, es el funcionario del Estado que presta el servicio de defensa gratuita a los procesados que carecen de recursos económicos o que no hacen designación de defensor particular, por el contrario el denominado defensor particular es la persona designada por el indiciado, que no es servidor público, para que lo defienda de la imputación de un delito.⁷⁶

No es suficiente para tener la calidad de defensor en un procedimiento penal, que se le designe con tal carácter por el indiciado, sino que se requiere además que la persona que sea designada comparezca ante la

⁷³ SERRA, Rojas Andrés. Ob. Cit. p. 312.

⁷⁴ Pequeño Larousse Ilustrado. México 2001. p. 317.

⁷⁵ ARILLA Bas, Fernando. **“EL PROCEDIMIENTO PENAL EN MÉXICO”**. 12ª ed. Ed. Kratos. México 1989. p. 76.

⁷⁶ Nuevo Diccionario de Derecho Penal. Ob. Cit. pp. 312-313.

autoridad competente a aceptar y protestar dicho cargo, tal como lo ha sustentado en jurisprudencia los Tribunales Federales en la siguiente Tesis:

JURISPRUDENCIA.

DEFENSOR, RECONOCIMIENTO DEL CARÁCTER DE.

PARA ELLO ES NECESARIO ACEPTAR Y PROTESTAR EL CARGO.

Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito.

Fuente: Semanario Judicial de la Federación.

Parte:II Segunda Parte-1.

Tesis:

Página: 204.

No obstante que las disposiciones adjetivas son omisas al respecto, el nombramiento de defensor no es un acto unilateral de aquel que lo propone, como tampoco de tácitos efectos por la sola expresión del que lo nombra. Ciertamente y con base en la interpretación integral de las disposiciones legales consultables al respecto (artículo 2588 del Código Civil, 232, fracción III, del Código Penal, 514 del de Procedimientos Penales, 160 del Federal de Procedimientos Penales y relativos, así como el 4o. de la Ley de Amparo, y a la vez, la tesis a que se refiere la H. Suprema Corte de Justicia de la Nación rubraza <<Defensor. Falta de aceptación y protesta del cargo atribuible a la autoridad>> 1a. Sala, 7a. Época, Volúmenes 163-168, 2a. Parte, página 47, del Semanario Judicial de la Federación), el propuesto, no estando impedido para el ejercicio de esa profesión, tiene el deber de acudir al tribunal que se le señale a fin de aceptar el cargo y protestar el legal desempeño, será hasta entonces que la relación profesional sui generis de defensor penal tenga entidad y a la vez para que el designado pueda tener formal y legalmente el derecho y la aptitud para promover a nombre del defendido, por tanto, ante la ausencia de esa formalidad, aquel a quien únicamente se le haya propuesto, carece de facultades para realizar cualquier trámite de parte del

designante.

SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL
PRIMER CIRCUITO.

Amparo en revisión 268/88. Ricardo Ruiz Guillen. 13 de octubre de 1988. Unanimidad de votos. Ponente: Gonzalo Ballesteros Tena. Secretario: Vicente Arenas Ochoa. Véase: Gaceta del semanario Judicial de la Federación, número 44, pág. 15, tesis por contradicción 1a./J.5/91.⁷⁷

Para algunos doctrinarios, la defensa será la actividad encomendada a la tutela de los intereses legítimos implicados en un proceso (civil, penal, etcétera.) realizada por abogado, por persona no titulada (en aquellos regímenes procesales que permiten la intervención de personas no tituladas en esta función) o por el propio interesado.⁷⁸

De acuerdo al **Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión**, en el que se dispone:

Principio 11.

1. Nadie será mantenido en detención sin tener la posibilidad real de ser oído sin demora por un Juez u otra autoridad. La persona detenida tendrá el derecho de defenderse por sí misma o ser asistida por un abogado según prescriba la ley.

2. Toda persona detenida y su abogado, si lo tiene, recibirán una comunicación inmediata y completa de la orden de detención, junto con las razones en que se funde.

⁷⁷ JURISPRUDENCIA: DEFENSOR, DE CONOCIMIENTO DE CARÁCTER DE. PARA ELLO ES NECESARIO ACEPTAR Y PROTESTAR DICHO CARGO. Instancia Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente Semanario Judicial de la Federación. Parte: II Segunda Parte-1. página 204.

⁷⁸ DE PINA, Rafael, De Pina Vara Rafael. Ob. Cit. p. 217.

3. Se facultará a un Juez o a otra autoridad para considerar la prolongación de la detención según corresponda.

Principio 13. Las autoridades responsables del arresto, detención o prisión de una persona, deberán suministrarle, en el momento del arresto y al comienzo del periodo de detención o de prisión o poco después, información y una explicación sobre sus derechos, así como la manera de ejercerlos.⁷⁹

Sustenta **HERNANDEZ PLIEGO**, respecto a los sujetos que integran la relación jurídico-procesal, que es importante referirse a los sistemas de procesamiento, ya que éstos determinan las reglas conforme a las cuales ha de resolverse, el conflicto de intereses planteado al órgano Jurisdiccional.

Los cuales son el conjunto de normas que regulan de manera ordenada la forma en que se lleva a cabo el procesamiento de quien ha sido inculcado de la comisión de un hecho delictivo, esto es, que al enjuiciado debe fijársele cierta normatividad que es común a todos los justiciables; los sistemas de procesamiento, establecen esas formas que son utilizadas para llevar a cabo el enjuiciamiento de quien se atribuye la comisión de un delito.

Doctrinalmente se acepta, que han existido, tres sistemas de procesamiento, los que en orden histórico cronológico son: ***El acusatorio, el inquisitorio y el mixto.***

Cada uno de los sistemas de enjuiciamiento, por sus características corresponde al régimen de gobierno del país en que se aplica; países gobernados democráticamente, el sistema acusatorio, regula las formas

⁷⁹ Copyright. 1996-2002. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Ginebra, Suiza. <http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h-comp.36sp.htm>.

de procesamiento, reservándose el inquisitivo para los regímenes de gobierno dictatoriales o totalitarios, en los que se anteponen a las garantías y derecho del individuo, los preferentes intereses sociales, posponiendo de esta forma, la aplicación de la ley en aras de las razones de Estado.

El sistema de procesamiento acusatorio, encuentra sus orígenes en Grecia y en la República Romana, como principales características, se encuentran diferenciados perfectamente los órganos de juzgamiento, acusación y defensa, por lo que los funcionarios respectivos, están encomendados a órganos diferentes, que las realizan de modo independiente. La separación de las funciones del triángulo procesal, permite a la vez, formar un proceso de partes, garantizar mayor objetividad e imparcialidad en el juzgamiento.

La facultad de decisión la ha ejercitado un órgano del Estado, pero inicialmente, el órgano Jurisdiccional no podía abrir el juicio **ex officio** (oficiosamente) pues, requería de la acusación privada previa, es decir, el impulso del afectado por el delito o del de sus familiares. Más tarde, se admitió la intervención de cualquier ciudadano como denunciante, lo que permitió establecer la distinción entre delitos privados y públicos.

En la actualidad, se ha confiado el ejercicio de la acción penal en exclusiva a un órgano del Estado, el Juez no puede iniciar el proceso sin que esa acción sea previamente deducida ante él.

De la misma manera, la debida constitucionalidad del procedimiento exige la presencia del defensor en todos los actos de éste, so pena de declararse nulo lo actuado sin su presencia.⁸⁰

⁸⁰ HERNÁNDEZ Pliego, Julio A. Ob. Cit. p. 18.

La figura del inculpado, como sujeto y no objeto del procedimiento y la libertad del encausado durante el enjuiciamiento, afirma **FIX ZAMUDIO** que “Si entendemos que la prisión preventiva es una privación de derechos sin previo juicio, debemos concluir que, en buena lógica, constituye una violación a la presunción de inocencia. En aras de la defensa de la sociedad contra el delito, la prisión preventiva debería pues, aplicarse únicamente en casos excepcionales y, en esos casos, durante el menor tiempo posible”.⁸¹

En el **sistema inquisitivo**, campean los principios opuestos al acusatorio, siendo el derecho canónico su mejor representante, y la amplia vigencia que tuvo en Francia, terminó con la entronización de las ideas liberales y democráticas, que enarbó la Revolución de ese país.

Caracterizan a este Sistema:

- ◆ La fusión en un solo órgano, de las funciones de acusación, defensa y juzgamiento.
- ◆ La prisión preventiva del inculpado.
- ◆ El desequilibrio entre las partes.
- ◆ La figura del procesado, solo como un objeto de juzgamiento.

El **sistema de procesamiento penal mixto**, encuentra justificación en la deontología procesal, que propende al equilibrio entre el interés social y el particular, y remonta sus orígenes a la etapa previa a la Revolución Francesa, cuyas ideas liberales determinan la acogida del sistema acusatorio que estaba ya presente en el procesamiento inglés.

⁸¹ Ibidem. p. 21.

No es sólo la mezcla de los sistemas anteriores. El mixto más bien halla acomodo en las dos partes en que tradicionalmente se ha dividido el procesamiento a saber, **el sumario** y **el plenario**.

La primera etapa acoge el sistema inquisitivo y predominan: la escritura, el secreto y la continuidad; la otra fase, es preferentemente acusatoria, no deben entenderse en forma pura y, además, en la legislación procesal de cada país se imprimen las características que le son propias, por eso se ha dicho que no hay un solo sistema mixto, sino tantos códigos lo adopten.

El sumario (instructorio), como el plenario (juicio), se tramitan ante la autoridad judicial, supuesto que constituyen formas de procesamiento y el proceso, que constituyen una cadena de actos que progresivamente se desarrollan en busca de su fin último, normalmente constituido por la sentencia, pero en todo caso, se sigue en sede jurisdiccional.

El **sistema de procedimientos penales**, que rige en nuestro país, de acuerdo a la doctrina se pronuncia por un sistema mixto, si bien difiere en la estimación de si se inclina al acusatorio, o más bien está dominado por el inquisitivo.

La justicia penal mexicana, se ha regulado por distintas normas constitucionales, que señalan a los órganos a cuyo cargo quedarán la procuración y administración de justicia y en cuanto al ámbito del orden común, para el Distrito Federal, el artículo 122, apartado A), base cuarta y quinta, 20 apartado A) fracciones novena y décima de la constitución general del país, se refieren a los Jueces, Magistrados y al Procurador General de Justicia del Distrito Federal, así como a la Institución de la defensa.

Ante la polémica, respecto de si existen o no partes en el proceso penal, es preferible referirse a los sujetos de la relación procesal penal, los que de alguna forma intervengan en ella.

Son sujetos **indispensables** de la relación procesal penal a aquellos sin cuya concurrencia no puede darse la relación: el **Juez**, el **Ministerio Público**, el **Inculpado** y el **Defensor**.

No se incluyen en esta categoría al **ofendido** por el delito, en virtud de que en primer lugar, existen delitos en que no está personalizado de manera concreta, sino general, aún cuando estuviera personalizado de manera concreta el ofendido, si por cualquier circunstancia se opusiera a figurar en el proceso, ello no implicaría necesariamente, la existencia de la relación procesal penal, la cual se realizaría normalmente.

Los sujetos **necesarios**, son aquellos cuya presencia es requerida en el proceso, pero no como determinante de la existencia de la relación procesal penal, su concurrencia en el enjuiciamiento es contingente, pero su falta no altera la existencia del proceso.

Finalmente, los **terceros**, que intervienen, solo en lo relativo a la reparación del daño, cuando ésta tiene la calidad de responsabilidad civil.

El Juez, también denominado órgano jurisdiccional penal, órgano de la impartición de justicia penal, es precisamente el órgano del Estado al que se encarga la función de hacer justicia, la función jurisdiccional (del latín **juris dicere, decir el derecho**) por expreso mandato del artículo 21 Constitucional que al establecer la división de poderes o de funciones reservando la investigación y persecución de los delitos al Ministerio Público y a la policía, que estará bajo su autoridad y mando inmediato.

El **Juez Penal**, es el órgano del Estado encargado de resolver, mediante la aplicación de la ley, los conflictos de intereses que el Ministerio Público someta a su conocimiento con el propósito de preservar el orden social.

El conflicto de intereses que el Ministerio Público pone en conocimiento del Juez, se presenta entre la Sociedad (representada por el Ministerio Público) y el inculpado, a quien se señala como culpable del delito.⁸²

EL ÓRGANO DE DEFENSA.

Es aquel que cumple una función y se encarga de vigilar la exacta aplicación de la ley (penal, procesal penal, civil, etcétera), contrarrestando o desvirtuando la imputación de un delito, que hace el Ministerio Público en el procedimiento penal a una persona, pero también, en caso de sentencia condenatoria la pena que se le impuso sea la justa legalmente.

El órgano de defensa se integra, por el inculpado y su defensor, el cual es característico del sistema de procesamiento acusatorio, es la existencia del órgano de la defensa en el enjuiciamiento, de manera independiente de la acusación y del órgano de juzgamiento.

EL SUJETO ACTIVO DEL DELITO.

Es importante determinar quién tiene esa cualidad dentro del procedimiento y del proceso penal.

⁸² Ibidem. pp. 21-25, 35.

Es interesante, la afirmación de **FERNANDO ARILLA BAS**, que el sujeto activo dentro del proceso es el Ministerio público y el pasivo es el inculpado de la acción penal y recibe genéricamente el nombre de reo, éste, antes del ejercicio de la acción penal en su contra no es propiamente sujeto de la relación jurídica, ya que como simple gobernado, goza ante el Ministerio Público de la garantía de silencio, pudiéndose negar a declarar.⁸³

Expresa **COLÍN SÁNCHEZ**, que en la comisión de los hechos delictuosos siempre interviene un sujeto y mediante un hacer o un no hacer legalmente tipificado, da lugar a la relación jurídica material y posteriormente a la relación procesal, esto no significa que sea el sujeto activo del delito, ya que para tener esa calidad se necesita que se dicte una resolución judicial condenatoria, no obstante habrá sido objeto de los actos y formas del procedimiento, razón por la cual se le debe calificar como supuesto sujeto activo. Este, en todos los regímenes democráticos tiene derechos y obligaciones y su calidad de parte se acentúa en forma plena en el sistema acusatorio, en el cual dentro de la relación jurídica-procesal, es la figura principal en todo proceso. Considerando al respecto las definiciones que señala Colín Sánchez, que adquiere una persona dentro del procedimiento y el proceso a saber:

Indiciado.- Es el sujeto en contra de quien existen sospechas de que cometió algún delito.

Presunto Responsable.- Es contra de quien existen datos suficientes para presumir que ha sido autor de los hechos que se le atribuyen.

Imputado.- Es aquél al que se le atribuye un delito.

⁸³ Citado por BARRAGÁN Salvatierra, Carlos. Ob. Cit. p. 123.

Inculpado.- Es al que se le atribuye la comisión o participación de un hecho delictuoso.⁸⁴

Por ende, no se justifica el otorgarle un solo nombre durante todo el procedimiento, debido a que su situación jurídica es variable, por lo tanto, lo correcto es indiciado tanto en la Averiguación Previa como al ejercitarse la acción penal y durante el término constitucional.

HERNÁNDEZ PLIEGO, considera que se utiliza erróneamente, el término procesado desde que es consignado y puesto a disposición del Juez Penal.⁸⁵

Toda persona puede ser sujeto de la relación jurídico-material, más no tener capacidad para ser parte de la relación procesal, por gozar de una gracia o excepción señalada en la ley, como son los casos del Presidente de la República, los altos funcionarios de la Federación, Diplomáticos, etcétera.

El inculpado, no sólo es un sujeto indispensable de la relación procesal penal, sino es el principal actor en él y surge en el momento en que a alguien se atribuye, en la denuncia o querrela, participación en la relación del delito.⁸⁶

Es menester diferenciar entre el sujeto activo del delito e inculpado, para evitar pudiera confundirse no obstante que por lo general, recae en la misma persona, no siempre se trata del mismo sujeto.

El activo del delito es quien participó, de algún modo, en la comisión del hecho delictivo, es decir, es la persona física que como autor, partícipe o encubridor, interviene en la comisión del delito.

⁸⁴ Ibidem. pp. 196-197.

⁸⁵ Ibidem. p. 198.

⁸⁶ Ibidem. p. 123.

En cambio, el inculpado por el delito, puede serlo una persona que de ninguna forma haya participado en la realización del hecho delictuoso, un inocente, una víctima del error o la calumnia, así se concluye que no siempre el inculpado es el sujeto activo del delito.⁸⁷

NATURALEZA JURÍDICA DEL DEFENSOR.

La palabra defensor deriva del latín *defensor-ones* que significa defender o proteger.⁸⁸

La Constitución Política, eleva a rango constitucional el derecho del inculpado a una defensa adecuada, y lo asentado en el artículo 20, apartado A, fracción IX, cuatro son las formas en que puede asumir su defensa; por sí; por persona de su confianza; por abogado particular; y por un defensor de oficio, lo que implica que nuestra ley fundamental y la legislación secundaria, consideran el derecho a la auto-defensa no admitido en muchas legislaciones.⁸⁹

Si no se satisface el requisito de procedibilidad respectivo, lo que representa un obstáculo procedimental que se debe salvar, ya que si no, el procedimiento se torna anticonstitucional e ilegal, y su consecuencia natural es que es nulo y no debe producir efectos jurídicos, y si los produce, por ser ilegales, deben ser nulificados, consecuentemente la detención en flagrancia o en caso urgente, que se haga sin haberse satisfecho el requisito de procedibilidad correspondiente, resulta conculcatoria de las garantías individuales del detenido.

⁸⁷ HERNÁNDEZ Pliego, Julio A. Ob. Cit. pp. 66-67.

⁸⁸ Diccionario Jurídico Harla. Vol. IV. Ob. Cit. p. 71.

⁸⁹ HERNÁNDEZ Pliego, Julio A. Ob. Cit. pp. 82,83.

El defensor es un sujeto indispensable de la relación procesal penal, porque sin su presencia, resultarían nulos los actos del juicio, como los referidos en el artículo 431 fracción III y VI bis, del Código de Procedimientos Penales del Distrito Federal, en que habrá lugar a la reposición del procedimiento.

En cuanto a su naturaleza jurídica, se le ha considerado como: **mandatario, asesor, sustituto procesal, auxiliar de la justicia, representante**, y como un **órgano imparcial**.

Por cuanto al **mandato**, este es un contrato por virtud del cual, una de las partes llamada mandante, encarga a otra, llamada mandatario, la realización de actos jurídicos en su nombre, pero hay actividades procesales que debe realizar, que puede estar reñidas con la voluntad del mandante, como negarse a ser defendido; el defensor **asesora al inculpado**, pero su misión no concluye ahí, también auxiliar en **la administración de justicia**, pero, esta característica es insuficiente para describirlo.⁹⁰

Es **asesor**, en cuanto que aconseja al reo, respecto a que es lo que más le conviene, en declarar, la forma de declarar y qué declarar, las garantías que tiene, despeja todas las dudas que tenga, con base a sus conocimientos técnicos y experiencia, vigila los actos procesales, los términos, la diligencias, en general el curso del procedimiento que esté apegado a la ley.

No es asesor, ya que sus funciones no se circunscriben a una simple actividad, que solo se refiere a él, sino al Ministerio Público y al Juez. El defensor tiene derechos y obligaciones dentro del proceso, por lo que considerarlo un asesor desvirtúa su esencia.⁹¹

⁹⁰ Ibidem. p. 87.

⁹¹ BARRAGÁN Salvatierra, Carlos. Ob. Cit. p. 235.

Es **sustituto procesal**, puesto que actúa por sí solo y aún sin la presencia de su defensor en un gran número de actos procesales.

Actúa como **auxiliar de la Administración de Justicia**, ya que su función es esencial para el desarrollo del proceso, cumpliéndose así, la actividad triangular del proceso, existiendo una parte que acusa, otra que defiende y la última la que decide.

En opinión de **GONZÁLEZ BUSTAMANTE**, no es un auxiliar de la administración de justicia, ya que si fuera así, estaría obligado a romper el secreto profesional y a comunicar a los jueces todos los informes confidenciales recibidos del inculcado.⁹²

En su acepción amplia y común, la asistencia jurídica del defensor consiste en la aportación de pruebas y en la interposición de los recursos procedentes, es un auxiliar de la administración de justicia.

Como **representación**, no es posible situarla dentro de la institución del mandato civil, porque aunque ejerce sus funciones por disposición de la ley y por la voluntad del mandante (indiciado o procesado), no reúne los elementos característicos del mandato. Si el defensor fuese un mandatario, tendría que regirse por las reglas del mandato y consecuentemente todos sus actos se ajustan a la voluntad expresa del mandante y de esta manera se imposibilita los medios de defensa que consagra la ley para impugnar las resoluciones judiciales. La actividad del defensor no se rige por la voluntad del procesado totalmente, goza de la libertad para el ejercicio de sus funciones sin que sea necesaria la consulta con su defensor.

Siendo muy importante el hecho de que el defensor pueda actuar conjuntamente con el indiciado o actuar en su nombre y

⁹². Citado por Barragán Salvatierra, Carlos. Ob. Cit. p. 235.

representación, pues al aceptar y protestar el cargo conferido, como defensor, se convierte en un verdadero representante de los intereses del inculpado, en tal sentido se ha pronunciado nuestro máximo tribunal judicial federal.⁹³

Como **órgano imparcial de la justicia**, sus actividades no se circunscriben a una simple actividad, el defensor tiene derechos y obligaciones dentro del proceso.⁹⁴

En cuanto a la posición de que el Defensor es un órgano autónomo e imparcial en el proceso, **COLÍN SÁNCHEZ**, opina que si bien es cierto que está ligado al indiciado en cuanto a los actos que deberá desarrollar, también está el actuar con el simple carácter de representante de éste. Su presencia en el proceso y los actos que él mismo desarrolla obedecen en todo, al principio de legalidad que gobierna el proceso penal mexicano y a su carácter acusatorio en el que se destacan en forma principal la acusación, la defensa y la decisión.⁹⁵

La posición de **FRANCO SODI**, quien señala que el defensor obra por cuenta propia y siempre en interés de su defenso, de manera que es un sujeto integrante de la relación procesal que deduce derechos.⁹⁶

En la Constitución y en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, se encuentra contemplada la garantía de defensa. Etimológicamente, la palabra **defensa** proviene del latín **defensa** que a su vez proviene de **defendere**, el cual significa precisamente, defender,

⁹³ Suprema Corte de Justicia de la Nación. "**DEFENSOR, RECONOCIMIENTO DEL CARÁCTER DE. PARA ELLO DEBE CONSTAR FEHACIENTEMENTE SU ACEPTACIÓN. YA SEA EXPRESA O TÁCITA**". Contradicción de Tesis 2/90 y Tesis de Jurisprudencia 5/91. publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Número 44. p. 5.

⁹⁴ BARRAGÁN Salvatierra, Carlos. Ob. Cit. p. 235.

⁹⁵ Idem.

⁹⁶ Idem.

desviar un golpe, realizar a un enemigo, rechazar una acusación o una injusticia.⁹⁷

En forma genérica, la palabra defensa significa un acto o conjunto de actos encaminados a repeler una agresión justa o injusta. La garantía de defensa básicamente consiste en la posibilidad que tiene todo indiciado de buscar lo que más le beneficie, o en su caso rechazar la imputación que obra en su contra, teniendo la oportunidad de oponer todos los recursos, excepciones y juicios que tenga a su alcance, así como de aportar pruebas para comprobar la verdad histórica de los hechos investigados y estar así en posibilidad de demostrar su dicho.

Sustenta EDUARDO PALLARES, que la palabra **defensa** en derecho tiene diversas acepciones:

- a) Acto de repeler una acción injusta, y
- b) Los hechos o razones jurídicas que hace valer el demandado para destruir o reservar la acción del demandante.

La voz **defensa** deriva de **defensor** y **defensario**. Por **defensor** se entiende la persona que hace la defensa de otra y por **defensario** el escrito que se formula en defensa de alguna persona. Se entiende también por defensa, los hechos o argumentos que hace valer en juicio el demandado, para destruir la acción o impedir su ejercicio.⁹⁸

Para COLÍN SÁNCHEZ, la defensa en su connotación amplia es un derecho natural e indispensable para la conservación de las personas, de sus bienes, de su honor y de su vida; objeto de una reglamentación especial y dentro del proceso penal, es una institución indispensable.⁹⁹

⁹⁷ Diccionario Jurídico Mexicano. Ob. Cit. p. 269.

⁹⁸ Citado por BARRAGÁN Salvatierra, Carlos. Ob. Cit. p. 229.

⁹⁹ Idem.

La sociedad dice **CARRARA** tiene un interés directo en la defensa del acusado, porque necesita, no una pena que caiga sobre cualquiera, sino el castigo del verdadero culpable, y de este modo, la defensa no es sólo de orden público secundario, sino de orden público primario.¹⁰⁰

Para **SILVESTRE GRACIANO**, la defensa es una institución judicial que comprende al imputado y al defensor, el primero es un elemento individual y el segundo, un elemento social, los cuales en la defensa del derecho constituyen un instituto, que el uno presupone al otro y la unidad de la función es una de sus características, así que puede cambiarse de defensor, esto es transitorio y no destruye la unidad de la defensa, que es la esencia del instituto. La defensa es producto de la realización y de las conquistas libertarias, es signo del sistema acusatorio y del progreso obtenido del orden jurídico procesal. Sus funciones son coadyuvar a la obtención de la verdad y proporcionar la asistencia técnica al procesado para evitar todo acto arbitrario de los demás órganos del proceso, por lo cual cumple con la función Social. La defensa es la función encaminada a destruir las pruebas de cargo existentes, de manera que la resolución jurídica que se pronuncie, se traduzca en una exculpación o al menos en una mejoría de la situación jurídico-procesal que guardaba el inculpado, según **GONZÁLEZ BUSTAMANTE**.¹⁰¹

De acuerdo a **ZAMORA PIERCE** el derecho de defensa comprende varios derechos derivados de las fracciones III a V del apartado A del artículo 20 Constitucional, como son:

- a) El derecho de ser informado, de conocer la acusación y de quien lo acusa;
- b) El derecho a rendir su declaración preparatoria,

¹⁰⁰ Idem.

¹⁰¹ Idem.

- c) El derecho a ofrecer pruebas,
- d) El derecho a ser careado con las personas que deponen en su contra, y
- e) El derecho a tener un defensor.

1.3.1. DERECHO A UNA DEFENSA ADECUADA.

En la fracción IX, del apartado A del artículo 20 Constitucional, se concede al inculpado el derecho de una defensa adecuada, por sí, por abogado o por persona de su confianza. En este punto únicamente cabe agregarse que el término defensa adecuada es por demás subjetivo, ya que no denota quién o quiénes son las personas adecuadas para determinarlo. Lo importante es que el inculpado al sentir que no tuvo esa defensa adecuada puede solicitar la reposición del procedimiento (que no es un recurso o un incidente) y que de conformidad con la ley procesal se debe expresar como agravio en el recurso de apelación.¹⁰²

Para estar en posibilidad que el inculpado tenga una persona perito en la materia, esto es, que sea Licenciado en Derecho, profesión que se encuentra contemplada por la Ley Reglamentaria del artículo 5° Constitucional, siendo éste la persona adecuada quien lo podrá asesorar e indicar con mayor precisión que es lo que debe de hacer, que es lo que más conviene para sus intereses, asimismo podrá ofrecer pruebas, desahogarlas, interponer los recursos, en sí todas las cuestiones técnicas encaminadas a la obtención de los fines perseguidos por su defensor, de lo que trasciende la importancia de que en todo momento los inculpados tengan una adecuada asesoría técnico-jurídica, a efecto de no conculcarles garantías al dejarlos en estado de indefensión, ya que resulta lógico que al no tener el indiciado una

¹⁰² Ibidem. p. 252.

adecuada asesoría por desconocer la materia no va a saber qué derechos y obligaciones le confiere la ley y mucho menos como hacerlos valer.

Atendiendo a los principios de seguridad jurídica e igualdad procesal, es necesario que el defensor sea un Licenciado en Derecho, para que éste tenga los conocimientos técnicos legales necesarios, para poder ejercer verdaderamente y en forma adecuada los derechos subjetivos públicos consagrados a favor de todo indiciado sobre el cual obra una imputación de tipo penal y tener la certeza de que el defensor sea la persona adecuada para defender al indiciado y darle seguridad, tan es así que si el defensor no ejerce adecuadamente el cargo, puede ser sancionado en diversas formas, y si su actuar es notoriamente deficiente, por omisiones graves en perjuicio de su defenso, procede en algunos casos reponer el procedimiento (artículo 431, f VI bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

Se requiere que el Defensor sea un Licenciado en Derecho, con su respectivo reconocimiento o certificación por parte de la Dirección General de Profesiones de la Secretaría de Educación Pública, consistente en que cuente con la cédula profesional para ejercer la carrera de Licenciado en Derecho, lo que equivale a mantener una equidad entre las partes ya que el Ministerio Público, el cual en el proceso penal es el órgano acusador, inequívocadamente es un Licenciado en Derecho y al permitirse que el defensor sea cualquier persona de la confianza del indiciado y no necesariamente un Licenciado en Derecho certificado, se pondría al inculpado en desigualdad procesal en su perjuicio. Además de que se le debe requerir su manifestación bajo protesta a este respecto de no haber sido inhabilitado para ejercer dicha profesión o revocada su patente, ya que al respecto no hay disposición normativa específica habiendo un vacío legal, lo que ha propiciado el coyotaje y la influencia, al permitir tanto constitucional, como procedimental que el inculpado se defienda a sí mismo (autodefensa) y aún en el caso de que el indiciado sea Licenciado en Derecho, no es lo más acertado la autodefensa

porque está en un estado de tensión y privado de su libertad, lo que impediría obviamente una defensa adecuada.

Se debe de tener como defensor en materia penal, a la persona con los conocimientos técnicos-jurídicos, necesarios para asesorar al sujeto sobre el cual obra una imputación penal, para el efecto de repeler la acusación incoada en su contra, el defensor debe informar sobre las posibles opciones legales, las formas de realizarlas y en general, velar por los intereses de su patrocinado, procurando obtener lo que más le beneficie de acuerdo al caso concreto y para una profesionalización de cargo, actualmente se pretende su colegiación.

Al respecto el Conjunto de Principios Para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión **Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión**, dispone:

Principio 14. Toda persona que no comprenda o no hable adecuadamente el idioma, empleado por las autoridades responsables del asunto, detención o prisión tendrá derecho a que se le comunique sin demora, en un idioma que comprenda, la información mencionada en el Principio 10, en el párrafo 2 del principio 11, el párrafo 1 del Principio 12 y el Principio 13 y a contar con la asistencia, gratuita si fuese necesario, de un intérprete en las actuaciones judiciales posteriores a su arresto.¹⁰³

En el mismo instrumento, se asienta en los principios 16, 17 y 18, los cuales disponen:

Principio 16.

¹⁰³ Copyright. 1996-2002. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Ginebra, Suiza. <http://www.unhchr.ch/spanish/htm1/menu3/b/h-comp.36sp.htm>.

1. Prontamente después de su arresto, la persona detenida, tendrá derecho a notificar, o a pedir que la autoridad competente notifique a su familia o a otras personas idóneas que él designe, su asunto, detención y el lugar en que se encuentra bajo custodia.

2. Si se trata de un extranjero, la persona detenida o presa será también informado prontamente de su derecho, a ponerse en comunicación, por los medios adecuados con una oficina consular o la misión diplomática del Estado del que sea nacional, o de aquél al que, por otras razones, compete recibir esa comunicación, de conformidad con el derecho o con el representante de la organización internacional competente, si se trata de un refugiado o se halla bajo la protección de una organización intergubernamental por algún otro motivo.

3. Si la persona detenida o presa es un menor o una persona incapaz de entender cuales son sus derechos, la autoridad competente se encargará por iniciativa propia de efectuar la notificación a que se hace referencia en este principio. Se velará en especial porque los padres o tutores sean notificados.

Principio 17.

1. Las personas detenidas tendrán derecho a la asistencia de un abogado. La autoridad competente les informará de su derecho prontamente después de su arresto y les facilitará medios adecuados para ejercerlo.

2. La persona detenida que no disponga de asistencia de un abogado de su elección tendrá derecho a que un Juez u otra autoridad le designe un abogado en todos los casos en que el interés de la

justicia así lo requiera y sin costo para él si careciere de medios suficientes para pagarlo.

Principio 18.

1.- Toda persona detenida, tendrá derecho a comunicarse con su abogado y a consultarlo.

2.- Se darán a la persona detenida o presa tiempo y medios adecuados para consultar con su abogado.

3.- El derecho de la persona detenida, a ser visitada por su abogado y a consultarlo y comunicarse con él, sin demora y sin censura, y en régimen de absoluta confidencialidad, no podrá suspenderse ni restringirse, salvo en circunstancias excepcionales que serán determinadas por la ley o los reglamentos dictados conforme a derecho, cuando un Juez u otra autoridad lo consideren indispensable para mantener la seguridad y el orden.¹⁰⁴

La garantía individual de defensa adecuada para el inculpado, la extiende nuestra propia carta fundamental, por virtud del contenido de la fracción X, párrafo cuarto del artículo 20, apartado A, no solamente al proceso penal, sino la Averiguación Previa del Ministerio Público, al establecer que las garantías previstas en la citada fracción IX, serán también observadas en el procedimiento penal de Averiguación Previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan.¹⁰⁵

En el apartado y artículo inmediatamente citados, se establecen las garantías individuales mínimas de que goza el inculpado durante el procedimiento penal, desde la Averiguación Previa hasta la terminación del

¹⁰⁴ Idem.

¹⁰⁵ HERNÁNDEZ Pliego, Julio A. Ob. Cit. p. 76.

mismo. Uno de esos derechos es el derecho de defensa, con todos los aspectos que éste entraña y así en el artículo 69 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, establece que en todas las audiencias el inculpado podrá defenderse por sí mismo o por las personas que nombre libremente, pero que ello no implica que se excluya el derecho de defenderse por sí mismo. Los deberes son comparecer a las diligencias del proceso.

El artículo 269 de Código Instrumental Penal para el Distrito Federal, ordena que cuando el inculpado fuere detenido o se presentara voluntariamente ante el Ministerio Público se hará constar la hora, fecha y lugar de la detención el nombre y cargo de quien la haya ordenado o ejecutado; se informará de sus derechos al detenido, siendo entre éstos que debe tener una defensa adecuada por sí o por abogado o persona de su confianza o si no quisiere, se le designará uno de oficio y ser asistido por su defensor cuando declare.¹⁰⁶

¹⁰⁶ 3 Leyes para el Distrito Federal, que debe conocer el Ciudadano. Ob. Cit. pp. 256-257.

1.3.2. MOMENTO PARA LA DESIGNACIÓN.

De conformidad con el párrafo último de la fracción X, del apartado A, del artículo 20 Constitucional, la garantía de defensa será observada durante la Averiguación Previa, ya que toda persona sobre la cual obre una imputación penal en la etapa de Averiguación Previa, deberá de contar con Defensor o persona de su confianza. Entendiéndose como Averiguación Previa el periodo procedimental que se inicia desde el momento en que el Ministerio Público recibe la denuncia o querrela, hasta el momento en que resuelve la misma, ya sea consignando al presunto responsable o dictado un no ejercicio de la acción penal o consignando la Averiguación Previa sin detenido y solicitándole a la Autoridad Judicial el libramiento de la Orden de Aprehensión, de Comparecencia o de Presentación, del probable responsable, según sea el caso, especificando porque delito o delitos se ejercita la Acción Penal. De conformidad con el párrafo cuarto del artículo 134 Bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, los indiciados tienen derecho a nombrar un defensor y en caso de ser requeridos por la autoridad ministerial para que lo nombre y no lo hagan, éste deberá de nombrarles a un Defensor de Oficio.

Se prevé el nombramiento del defensor en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en la Sección Tercera, Capítulo I, denominado Instrucción, en los artículos 290, 294 y 269.

Cuando el indiciado esté en presencia del Órgano Investigador, en la Averiguación Previa, se deberá de recabar su declaración ministerial, ello en presencia de un defensor o persona de su confianza que designe o se le designe, después de haber sido requerido para ello y no hacerlo.

El defensor es un auxiliar de la justicia penal, no en sentido de que ha de actuar con el criterio objetivo de un fiscal o de un Juez sino en cuanto actúa como asistente jurídico del inculcado y tampoco es cómplice de éste, sino es defensor de sus derechos e intereses.

Analizando el contenido de las fracciones IX Y X párrafo final del apartado A, del artículo 20 Constitucional, y a los preceptos procesales penales mencionados pareciera que se encuentran en conflicto, por lo que hace al momento del nombramiento o designación del defensor, en sede judicial, ya que el artículo 294 dispone, que será después de la declaración preparatoria, consecuentemente debe de atenderse dada esa aparente contradicción a la norma constitucional, por mandato del artículo 133 de Nuestra Carta Fundamental y estar a lo dispuesto al artículo 20 apartado A, fracción IX, párrafo final en el que se ordena que desde el instante mismo en que el inculcado sea puesto a disposición del Órgano Jurisdiccional tiene derecho a nombrar o designar defensor y que éste se halle presente en todas las actuaciones del proceso y se dejará de atender a lo que ordena el artículo 294 de la Ley secundaria dada su subordinación a la norma suprema.

En el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, existen diversos preceptos, que protegen la garantía de designación de defensor.

En el artículo. 59, párrafo tercero, se asienta, que en la diligencia de declaración preparatoria deberá de comparecer el inculcado asistido de su defensor y en su caso de las personas de su confianza.

En el 69, en todas las audiencias puede defenderse por sí o por las personas que nombre libremente.

Por otra parte, el artículo 134 párrafo primero, prevé que cuando una persona es aprehendida en virtud de una orden judicial, desde el momento en que se cumpla materialmente su aprehensión deberá hacérsele saber el derecho para designar defensor.

El artículo 134 Bis, párrafo in fine, los indiciados desde la averiguación previa podrá nombrar abogado o persona de su confianza que se encargue de su defensa, y en caso contrario, el Ministerio Público investigador, tiene la obligación de designarle un Defensor de Oficio.

El artículo 269, fracción III, incisos b), c) y d) norman alguno de los derechos que tendrá la persona que esté detenida o que voluntariamente se presente ante el Ministerio Público y son respectivamente:

Que debe tener una defensa adecuada por sí, por abogado o persona de confianza y si el indiciado no designa defensor, el Ministerio Público tiene la obligación de designarle un Defensor de Oficio para que lo asista cuando declare y para que su defensor comparezca en todos los actos de desahogo de pruebas dentro de la Averiguación Previa.

El artículo 290, alude al momento de recabar la declaración preparatoria del indiciado, ordena que el indiciado se encuentre asistido por defensor o por persona de su confianza y en el caso que el indiciado no lo designe, el Juez deberá designarle un Defensor de Oficio.

En el numeral 292, se consagra el derecho de las partes de interrogar al indiciado, dentro de la diligencia de declaración preparatoria, obviamente si aquél quiere responder al interrogatorio, puesto que lo ampara la garantía que ya se ha referido, plasmada en el artículo 20 apartado A fracción II de la Constitución, de no declarar, si el consignado no lo desea

hacer, garantía que se conoce en la Jurisprudencia y en la doctrina de no autoincriminación.

El artículo 294, se asienta que si el indiciado se niega a declarar o hecho lo anterior, el Juez le designará un defensor de oficio cuando así proceda, si éste no ha nombrado uno después de haber sido requerido para ello, disposición que resulta a nuestro entender absurda y anticonstitucional, puesto que en todo caso debería ser previamente y no al fenecer la declaración preparatoria, pues en tal supuesto, se les deja en estado de indefensión. Lo que de actualizarse lo dispuesto por el artículo 431, que prevé una serie de supuestos, que de acreditarse, se estaría ante una situación de reposición del procedimiento, y uno, es no habersele permitido al acusado nombrar defensor en los términos que la ley establece.

Consecuentemente, el momento desde que puede designar defensor una persona, es desde que se practica la detención, como lo sostiene la fracción IX y X párrafo final, del apartado A, del artículo 20 Constitucional, sobre el particular, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ha sentado jurisprudencia, en el sentido de que la designación del defensor es desde el momento de la detención un derecho del acusado, más no una obligación del juzgador, quien tan sólo debe mostrarle la lista de defensores y, en su caso, designar defensor de oficio al acusado en la diligencia en que se rinde la declaración preparatoria.¹⁰⁷ La máxima autoridad judicial del país, sobre este derecho y garantía del acusado, los cuales pueden ser ejercitados desde el momento mismo de la detención y, para el caso de no llevarse adelante, es causa imputable únicamente al acusado, pero si después de la detención, no se ha hecho el nombramiento de referencia, debe hacerlo forzosamente el Juzgador y solamente así se cumplirá con la garantía a estudio.

¹⁰⁷ Tesis 87. Segunda Parte, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, intitulada “DEFENSA, GARANTÍA DE”. Siendo confirmada por la propia Primera Sala en Tesis Jurisprudencial Número 88, Publicada en la misma parte del apéndice 1917-1985, bajo el rubro “DEFENSOR, FACULTAD DEL ACUSADO DE ASISTIRSE DE, A PARTIR DE LA DETENCIÓN”.

En esas condiciones la designación del defensor no es sólo un derecho del acusado, ya que puede hacerse valer desde la detención; pero al mismo tiempo puede implicar una obligación para el Ministerio Público o el Juez, según sea el caso, cuando el detenido o consignado no designa al defensor en ningún momento, no obstante haberse puesto a su disposición la lista de defensores de oficio, supuesto en el cual el Ministerio Público o el Juez, deben hacer tal designación como lo sostiene la Constitución en el artículo 20, apartado A, fracción IX. El nombramiento del defensor puede hacerse desde la detención de una persona, lo cual deja de ser potestativo si se quiere hacerle declarar al reo ante el Ministerio Público o ante el Juez, pues en ambos casos, debe estar presente el referido defensor, como lo preceptúa el artículo 269, fracción III, incisos c) y d) del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, con lo que se da seguridad jurídica al propio individuo. Interpretando el artículo 20, apartado A, fracciones IX y X, se concluye que el indiciado o acusado puede abstenerse de designar defensor y ser él mismo quien se defienda, sin que en este caso sea dable nombrársele un defensor por parte del Ministerio Público ó Juez.¹⁰⁸

1.3.3. QUIÉN DEBE SER DEFENSOR.

La calidad de defensor se adquiere con la designación, aceptación del nombramiento y la rendición de la protesta de que se desempeñará fiel y legalmente el cargo. En el caso de los defensores de oficio, puede estimarse que la protesta es rendida al aceptar el nombramiento oficial.

Como antecedentes de la defensoría de oficio (también denominada pública, estatal), tenemos a los ***abogados de pobres*** en

¹⁰⁸ DEL CASTILLO Del Valle, Alberto. **“GARANTÍAS INDIVIDUALES Y AMPARO EN MATERIA PENAL”**. Ob. Cit. p. 66.

España que eran asignados al inculpado que no tenía dinero para contratar un abogado particular, previa la investigación respectiva, que confirmara ese hecho, la defensoría de oficio mexicana, superó su fuente de inspiración porque para designar a un Defensor de Oficio, no está sujeto a la condición económica del inculpado, siendo bastante que así lo desee o bien, que se niegue a designar defensor, casos en que el Juez se lo nombrará.¹⁰⁹

El artículo 28 de la Ley Reglamentaria del artículo 5° Constitucional, en lo conducente expresa: en Materia Penal, el acusado podrá ser oído en defensa por sí o por medio o persona de su confianza o por ambos, según la voluntad. Cuando la persona o personas de la confianza del acusado, designados como defensores no sean abogados se le invitará para que designe además un defensor con título, en caso de que no hiciera uso de ese derecho, se le nombrará al defensor de oficio.¹¹⁰ Por lo que la exigencia de que sea el Defensor Licenciado en Derecho es violatorio del texto Constitucional, aunado a que el legislador contempló la profesión de Licenciado en Derecho como reglamentada en el artículo 5° Constitucional para así evitar que personas que no estén debidamente preparadas la ejerzan, siendo una actividad tan delicada que necesita de conocimientos técnicos específicos y que el común de la gente difícilmente puede tener, y así dar protección a las personas que contraten los servicios de un Licenciado en Derecho, para que protejan los bienes más preciados de su representado.

El permitir que el inculpado se defienda por sí mismo, aún siendo Licenciado en Derecho, no sería lo más adecuado, pues en un estado de preocupación o de intranquilidad no puede tener una decisión adecuada y su actuación estaría en serio presionada además, por estar privado de su libertad, esto es una limitante muy fuerte para el adecuado desempeño

¹⁰⁹ HERNÁNDEZ Pliego, Julio A. Ob. Cit. p. 89.

¹¹⁰ Legislación en Materia de Educación y Profesiones. Ed. Pac. 6ª ed. México 1994. p. 22.

como defensor, ya que no puede trasladarse al lugar de los hechos, recibir información o pruebas que le beneficien.

Los actos de defensa están regidos por un sistema amplísimo de libertad, los puede realizar el sujeto activo del delito, la persona o personas de su confianza, ambos o el defensor público.

Luego entonces, el procesado puede por sí mismo llevar su defensa, pero esta institución debe de estar a cargo de técnicos en la materia, lo anterior desvirtúa la naturaleza específica de la misma y aunque el procesado fuera un profesional, por su propia situación sería imposible que realizara los actos correspondientes a una auténtica defensa.¹¹¹

Como se observa, para ser defensor, sólo se requiere la confianza del indiciado, sin que se necesite título profesional o licencia para ejercer la profesión u oficio, entonces, el Ministerio Público y el Juez no pueden limitar el derecho de defensa, por no poseer profesión, título, licencia el defensor de Licenciado en Derecho.¹¹² Apoya este criterio, lo sustentado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la siguiente jurisprudencia:

“DEFENSORES, NO NECESITAN TÍTULO PROFESIONAL, LOS. El artículo 20 Constitucional establece que pueden ser defensores, cualquier persona de la confianza del acusado, sin que se requiera que posea el título profesional correspondiente y el cargo de defensor, no puede catalogarse dentro de los que corresponden a la profesión de abogado, no existiendo por lo mismo, elementos para que exista el delito de usurpación de profesión.”

T. LXXXIX. p.3,460. Amparo Penal en Revisión. 6756/43. 16 Febrero 1944.

T. XIX. p. 14. Amparo Penal en Revisión. 2067/41. 1 Julio 1941.

¹¹¹ BARRAGÁN Salvatierra, Carlos. Ob. Cit. p. 236.

¹¹² MANCILLA Ovando, Jorge Alberto. Ob. Cit. p. 236.

T. LXXX. p. 1088. Amparo Penal en Revisión. 3437/43. 21 Abril 1944.

T. LVI. p. 9. Amparo Penal en Revisión. 416/50. 2 Octubre 1950.

T. CXXXI. p. 248. Amparo Penal en Revisión. 3207/51. 31 Enero 1957.

Asimismo, se sustenta que para desempeñarse como defensor, debe de protestarse el leal desempeño del cargo, pero ante tal omisión, se le puede reconocer el carácter de defensor en forma tácita, ya que el derecho de defensa, constituye en sí, la satisfacción de la garantía de audiencia, complementándose ésta con lo que se prevé en el artículo 20 apartado A, fracciones VII y IX de la Constitución, que serán proporcionados al acusado, todos los datos que solicite de la Averiguación Previa y del Proceso para preparar su defensa. Lo anterior encuentra sustento en la Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dictada bajo el rubro “DEFENSOR, RECONOCIMIENTO DEL CARÁCTER. PARA ELLO DEBE CONSTAR FEHACIENTEMENTE SU ACEPTACIÓN. YA SEA EXPRESA O TÁCITA.”¹¹³

1.3.4. FIN DEL DEFENSOR.

La finalidad de la garantía de defensa en materia penal, es salvaguardar los derechos del indiciado o procesado, es proteger y hacer que se respeten, todos los derechos que la ley le confiere, asistiéndole y haciendo valer los recursos y medios de defensa que la ley consagra y le otorga, con el objeto principal de rechazar la imputación que se le hace o en su caso tratando de obtener los mayores beneficios para el inculpado.

El fin de la intervención del Defensor Público en el procedimiento penal del fuero común para el Distrito Federal, es proporcionar el

¹¹³ Semanario Judicial de la Federación. Jurisprudencia por contradicción de Tesis. Octava época. Tomo II. Primera Sala. P. 195-196.

servicio de defensa penal obligatoria y gratuita a las personas que no cuenten con un defensor particular, satisfaciendo los requisitos del artículo 20 apartado, A fracción IX del Código Político Fundamental del Pacto Federal de los Estados Unidos Mexicanos.

El artículo, apartado y fracción inmediatamente citados, garantizan a las personas su defensa, ya que se pueden hacer oír por sí o por persona de su confianza o bien por un abogado ya particular o público, tomando en cuenta el reiteramiento que hace el artículo 17 Constitucional, en el sentido de que la Justicia es gratuita, cuando condena que los defensores de oficio deberán actuar sin costo alguno para los procesados, de ahí la importante labor del Defensor de Oficio que acude en defensa, generalmente de aquellos procesados más desvalidos, poniendo a su servicio los conocimientos necesarios para su defenso. La defensoría de oficio, está constituida por una institución de abogados al servicio del Estado, o mejor dicho al servicio de la sociedad, fundamentalmente de los grupos más desvalidos cumpliendo principalmente además con una función social en razón de un mandato constitucional y como un derecho propio del gobernado. La defensoría de oficio, estructurada con base a la garantía constitucional, donde se da el reconocimiento a esos derechos humanos, en un derecho propio del gobernado, los derechos humanos son el conjunto de facultades e instituciones que en un momento histórico, concretan los valores de la dignidad, libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por ordenamientos a nivel nacional o internacional.

En la etapa de la Averiguación Previa, en la agencia investigadora, cuando se pone a disposición al presunto responsable, la actividad del defensor oficial o particular empieza desde que se le toma la declaración al indiciado, debiendo el órgano representante de la sociedad darle a conocer las garantías constitucionales, que como gobernado tenga, entre ellas, la garantía de defensa para el efecto de que desde ese momento cuente

con una persona que lo defienda, haciéndose notar, que se hace referencia al nombramiento de una persona de confianza, es decir, que el inculpado pueda hacer la designación a favor de cualquier persona aunque éste sea lego en Derecho.

Lamentablemente en las Averiguaciones Previas existe una nula atención del Defensor Público, limitándoseles en muchos de los casos a la sola aceptación y protesta del cargo conferido, esto provoca una costumbre viciada, pues con frecuencia se viola la posibilidad de brindar ese derecho constitucional. Es necesario hacer un cambio en la mentalidad del investigador, que creyendo que al tener el indiciado a su defensor con ello burlará la justicia, no se ha entendido que tiene también derecho de llevar a cabo todos los actos necesarios para su defensa y por tanto el defensor debe desempeñar su actividad en plenitud y sea auténtica y no mera retórica.

En la parte segunda del primer párrafo de dicha fracción IX apartado A, artículo 20 Constitucional, instituye la cuestión atractiva de la defensa del acusado, esto es, que cuando éste no quiera nombrar a defensor, aún contra su voluntad el Juez le designará uno público, ya que el legislador preocupado por el sujeto que se ve inmerso en un proceso penal, efectivamente cuente con los medios necesarios para defenderse, constituyendo en irrenunciable la defensa, a tal grado que obliga de alguna manera a que esté asistido de un defensor (de oficio o particular).

En el Diario Oficial de la Federación del 3 de Septiembre de 1993, fueron publicadas diversas reformas a artículos constitucionales, entre ellos, el artículo 20 con importantes cambios como el derecho del procesado a ser informado desde el inicio del proceso de los derechos que le otorga la Constitución Mexicana, así como el derecho a una defensa adecuada lo cual no parece exigir, una defensa exitosa, bastará con que el defensor reúna los requisitos del buen desempeño profesional,

perdiéndose la oportunidad de avanzar en la asistencia jurídica profesional del inculpado, ya que se mantuvo el riesgo de que el defensor sea persona de confianza del inculpado, pero no por fuerza perito en derecho y despliegue una actividad que no favorezca al interesado y no se le pueda exigir responsabilidad de distinta índole por el desempeño de su cargo.

1.3.5. FACULTADES DEL DEFENSOR.

Los defensores en el procedimiento penal mexicano, deben de contar con una serie de garantías que les permitan su adecuado funcionamiento, entre las que podríamos citar:

a) ***El secreto profesional.*** Consiste en que de lo que se entere o le sea confiado por su defendido, no está obligado a comunicarlo a nadie e incluso de hacerlo podría constituir un delito.

b) ***Comunicación irrestricta con el inculpado.*** Para poder enterarse con mayor precisión, de los hechos investigados, poder asesorarlo, respecto de la imputación, de sus consecuencias y alcances, es necesario que tenga una comunicación adecuada con su defendido lo cual debe ser en privado.

c) ***Igualdad procesal.*** Para poder ejercitar adecuadamente la garantía de defensa, es indispensable, que tenga las mismas oportunidades que el Ministerio Público, en el sentido de que pueda ofrecer pruebas, alegar, ofrecer conclusiones, poder interrogar a los comparecientes, interponer recursos y en general, todos los actos procedimentales tendientes a hacer efectiva una defensa adecuada.

d) **La capacidad de comparecer a todos los actos del procedimiento.** Para poder hacer que en todos estos actos se respeten los derechos de su representado, existiendo prohibición expresa de realizar diligencias sin la presencia del defensor, aunque sí existe dispositivo normativo de que se pueden llevar diligencias sin la presencia del inculpado, lo que resulta verdaderamente absurdo e inatendible, tal como lo dispone el artículo 59 párrafo tercero del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

e) **Aceptar o no un asunto, excusarse en un asunto por conflicto de intereses entre el defensor y su defenso.** Una vez hecha la designación formalmente admisible, el cargo de defensor se asume y concreta mediante la aceptación, esta aceptación podrá ser expresa mediante la comparecencia del profesionista ante el Órgano de Justicia que conoce el asunto para manifestar su voluntad en tal sentido y fijar su derecho, señalar su domicilio para oír y recibir toda clase de notificaciones dentro de la Jurisdicción del Órgano Judicial que conoce. El nombramiento de defensor, se integra con dos actos: 1. La propuesta del inculpado de nombrarlo y el 2°. La aceptación del cargo ante la autoridad competente que conoce del procedimiento o proceso penal. En cuanto a los defensores particulares, la posibilidad de aceptar o no un asunto por alguna causa personal sin que sea necesaria su manifestación del motivo del por qué no acepta o también renuncia de dicho cargo cuando la relación entre ambos se torne violenta y de desconfianza. Y por cuanto al defensor público a manifestar las razones por las cuales no acepte el cargo o se excuse del mismo, ya que éste siempre tiene la obligación de aceptarlo y continuar con el mismo.

CAPÍTULO 2. DETENCIÓN EN FLAGRANCIA Y CASO URGENTE.

El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, prevé diversos periodos o procedimientos penales, que distinguen las dos grandes etapas en que se desenvuelve el procesamiento en general: el **sumario** (instructorio) y el **plenario** (procedimiento principal).

El primero se identifica con la Averiguación Previa, esto es, desde que el Ministerio Público, quien es la autoridad que lo preside, prepara y en su caso ejerce la acción penal.

En el plenario, se realizan los actos procesales característicos del llamado triángulo procesal (acusatorio, defensa y juzgamiento) iniciándose con el auto de formal prisión o sujeción a proceso) (para algunos con el auto de radicación), y concluye con la sentencia definitiva.

Una cuestión altamente debatida en la doctrina procesal penal, por lo que no existe un criterio unánime es lo concerniente, a la existencia de una **acción procesal penal** diferente de la **acción penal** propiamente dicha, inclusive nuestra legislación adjetiva, como la literatura procesal penal, hacen referencia a la existencia de aquella, quienes aceptan que hay una acción procesal penal, distinta de la acción penal, señalan que el Ministerio Público realiza dos tipos de actos procedimentales: **investigatorios** y **acusatorios**.

La **Averiguación Previa**, inicia con la denuncia o querrela, el Ministerio Público sólo realiza **actos de investigación, en preparación del ejercicio de la acción procesal penal, la cual, de satisfacer los presupuestos indispensables, será deducida al consignarse los hechos ante el Juez**. En este marco jurídico la acción procesal penal es posterior al delito que la origina.

La acción penal, como derecho del Estado a castigar, es anterior al nacimiento mismo del delito y la posee el Estado independientemente del hecho delictivo en sí, y en su caso, será ejercida por el Ministerio Público, único titular de ella, por mandato constitucional, pero hasta la etapa procesal en que le corresponda precisar la acusación, o sea, hasta que formule sus conclusiones definitivas.¹

La doctrina procesal penal dominante establece que la Averiguación Previa, se integra con los siguientes actos procedimentales: a) ***Los requisitos de procedibilidad***, entre los que se encuentran la denuncia, la querrela y algunos otros actos de significación procesal similar como ***la autorización, la declaración de perjuicio*** y la ***declaratoria de procedencia***, aunque, podría quedar inmersa en la autorización; b) ***La actividad investigadora***, y c) ***La resolución*** que dicte el Ministerio Público puede ser: ***consignación*** (ejercicio de la acción penal), o de ***no ejercicio de la acción penal*** (archivo).

Los requisitos de procedibilidad son aquellas condiciones sin las cuales no puede iniciarse la Averiguación Previa o si ya fue iniciada, no puede legalmente continuar (Artículo 262 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

Para otros son condiciones objetivas de punibilidad, para que el Ministerio Público pueda iniciar su actividad investigadora y persecutoria del delito y de su autor.

Como todos sabemos existen normadas, tanto en la Constitución, como en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, diversas figuras que constituyen requisitos de procedibilidad en materia penal, pero sólo nos referiremos por razón de tema a las más usuales, siendo

¹ HERNÁNDEZ Pliego, Julio A. Ob. Cit. p.89.

éstas la: **denuncia, acusación, querrela, autorización, declaración de perjuicio, declaración de procedencia, y excitativa.**

LA DENUNCIA.

Constituye la llamada **noticia criminis**, la forma más común para que tenga conocimiento el Ministerio Público de la existencia de un hecho posiblemente delictivo, de investigación oficiosa, volviéndose obligatoria (artículo 262 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

La **denuncia** es la narración de los hechos formulada por una persona que no necesariamente es el afectado por el acto delictivo, o sea que cualquier persona que tenga conocimiento que ese acto lo va a exponer ante el Ministerio Público, independientemente de que esa actitud posiblemente ilícita no lo afecte.

Esto es, consiste en la comparecencia, ya sea oral o por escrito que hace alguna persona ante el Órgano Ministerial, que es el único competente por mandato de nuestra Carta Magna para ejercer la función de procuración de justicia, para que tenga conocimiento (notitia criminis) de los hechos que considera delictivos, y proceda su investigación, esclarecimiento y en su caso determine lo que corresponda, ya sea ejercitando o no la acción penal, por lo que este tipo de excitativa sólo se puede dar en aquellos delitos que son perseguibles de oficio, en que cualquier persona que tenga conocimiento de los mismos y dada la acción pública pueda hacer la denuncia.

La **denuncia** es un acto de comunicación que realiza toda persona que tenga conocimiento de un hecho posiblemente delictivo

perseguido de oficio y que informa al Ministerio Público o en su caso a la Policía Judicial.²

En opinión de **ARILLA BAS**, la denuncia es la relación de hechos constitutivos de delito, formulada por cualquier persona ante el Ministerio Público.³

En cambio **RIVERA SILVA**, dice que la denuncia es la relación de actos que se suponen delictivos, hechos ante la autoridad investigadora, para que tenga conocimiento de ellos.⁴

Sustenta **OSORIO Y NIETO** que es la comunicación que hace cualquier persona al Ministerio Público de la posible comisión de un delito perseguible de oficio.⁵

La **acusación** es el acto que el propio Agente del Ministerio Público esgrime, una vez que de sus investigaciones se desprende una conducta susceptible de ser catalogada como delito y que lo obliga a iniciar la Averiguación Previa respectiva para que, en su caso se ejercite la Acción Penal.

LA QUERRELLA.

Es la narración que hace la persona que se considera ofendida de un delito determinado, de los hechos probablemente constitutivos del mismo, ante el Ministerio Público o ante la policía dependiente de él, oral o escrita. La diferencia entre denuncia y querrela, estriba en que: 1.-

² DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Ob. Cit. pp. 307, 310, 311, 312.

³ ARILLA Bas, Fernando. Ob. Cit. p. 52.

⁴ RIVERA Silva, Manuel. **“EL PROCEDIMIENTO PENAL”**. Ed. Porrúa. 22ª ed. México 1993. p. 91.

⁵ OSORIO y Nieto, Cesar Augusto. **“LA AVERIGUACIÓN PREVIA”**. Ed. Porrúa. México. 1981. p. 18.

La querrela debe ser formulada precisamente por el ofendido por el delito o por su representante jurídico, 2.- Debe referirse a delitos perseguibles a instancia de parte; y 3.- Debe contener la expresa manifestación de que se castigue al responsable del hecho delictivo.⁶

La **querrela** es una conducta que deriva del ofendido por un delito o su representante, a través de la cual se ponen en conocimiento del Ministerio Público, diversos actos que lo han afectado en su patrimonio y que ese gobernado los considera delictivos, a efecto de que se inicie el procedimiento de Averiguación Previa.⁷

La **querrela** es la prerrogativa de expresar la voluntad de que se persiga los delitos que no sean de **oficio** de parte del individuo, con objeto de que el Ministerio Público ejercite la acción penal en esta clase de ilícitos. La querrela no significa otra cosa que la renuncia parcial, una auto-limitación del propio Estado a su potestad punitiva, al dejar en manos del particular por relación a ciertos delitos, la querrela o facultad discrecional de que sean perseguidos o no a su entera voluntad. La querrela implica disminuir el principio de la disposición absoluta del **ius puniendi** a cargo del Estado, viene a privatizar parte de ese derecho de castigar del Estado. El ofendido por el delito, al no manifestar su querrela, paraliza con lo mismo **al derecho público de castigar del Estado**.⁸

La querrela de parte agraviada, consiste en que sólo el ofendido o su legítimo representante están legitimados, por tener interés y ser el titular del bien jurídicamente protegido, pueden poner en conocimiento del Ministerio Público o Policía Judicial o también llamada ministerial, hechos que considera delictuosos cometidos en su agravio o de su representado, para que

⁶ HERNÁNDEZ Pliego, Julio A. Ob. Cit. p. 100.

⁷ DEL CASTILLO Del Valle, Alberto. **“GARANTÍAS INDIVIDUALES Y AMPARO EN MATERIA PENAL”**. Ob. Cit p. 51.

⁸ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Ob. Cit. pp. 323-325.

proceda a la incoada de la averiguación previa, en este contexto es limitativo y personal.

Por cuanto al requisito de procedibilidad denominado querrela, **CESAR AUGUSTO OSORIO**, la define como una manifestación de voluntad, de ejercicio potestativo formulada por el sujeto pasivo o el ofendido con el fin de que el Ministerio Público tenga conocimiento de un delito, no perseguible de oficio, para que se inicie y se integre la Averiguación Previa correspondiente y en su caso se ejercite la acción penal.⁹

Según **FRANCO SODI**, dice que la querrela es una manifestación hecha por el ofendido a la Autoridad competente, dándole a conocer el delito de que fue víctima y su interés en que se persiga al delinciente.¹⁰

RUBRO: QUERRELLA FORMALIDADES DE LA.

TEXTO: Cuando la ofendida comparece ante el Representante Social y puntualiza los hechos constitutivos del delito, así como el señalamiento del acusado como persona responsable, debe considerarse que existe querrela, sin que sea óbice que ante el órgano persecutor no haya utilizado el término querrela, toda vez que se reúnen las características esenciales de la condición de procedibilidad.

Novena Época: Tomo II. Pág. 298. Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal y Administrativo del Segundo Circuito. II 1° P.D. 3P, Amparo en Revisión 98/95. MARCOS CASTILLO VEGA, 27 de Abril de 1995.

⁹ OSORIO Y Nieto, Cesar Augusto. Ob. Cit. p. 19.

¹⁰ FRANCO Sodi, Carlos. **“EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO”** Ed. Porrúa, México 1957. p. 34.

RUBRO: QUERELLA DE PARTE.

TEXTO: En los delitos que no pueden perseguirse de oficio, si no hay querella de parte, los Tribunales están incapacitados para condenar al acusado, pues aún el Ministerio Público lo está para ejercitar la acción penal.

Quinta Época. Tomo XXVI, Pág.199. SOSA BECERRIL RÓMULO.

RUBRO: QUERELLA NECESARIA.

TEXTO: Cuando la ley exige la querella para la persecución de un delito, basta para que aquella exista, que el ofendido ocurra ante la autoridad competente, puntualizando los hechos en que hace consistir el delito.

Quinta Época. Tomo XLVII. Pág.4273. REYNO ROBERTO y COAGS. Tomo XLVII. Pág. 5316. LÓPEZ PORTILLO. Tomo LI. Pág. 1456. GUARDEOLA ALEJANDRO. Tomo LII. Pág. 2245, TOXQUI AURELIO. Tomo LIX. Pág. 1097. CISNEROS ALFREDO.

LA AUTORIZACIÓN.

Es el acto por el cual se remueven legalmente las inmunidades, éstas constituye un impedimento transitorio para la aplicación de la ley, sólo puede removerse por renuncia, destitución o por fenecer el término que derive la función que desempeña el favorecido por ella y que genera la inmunidad o fuero, por la autorización, lo cual sólo puede hacerlo el órgano competente, de modo que removido el impedimento, cobrará plena aplicabilidad la ley, pues habrase cumplido con el requisito de procedibilidad correspondiente.¹¹

La **autorización** es el permiso concedido por una autoridad determinada en la ley, para que se pueda proceder contra algún

¹¹ HERNÁNDEZ Pliego, Julio A. Ob. Cit. p. 110.

funcionario que la misma ley señala, por la comisión de algún delito de orden común.¹²

Por su parte **COLÍN SÁNCHEZ** señala que la autorización, es la anuencia manifestada por organismos o autoridades competentes, en los casos expresamente previstos por la ley, para la prosecución de la ley penal.¹³

LA DECLARACIÓN DE PERJUICIO.

Esta figura tiene vigencia, tratándose de delitos fiscales como el contrabando o el encubrimiento de contrabando, el Código Fiscal de la Federación, señala como requisito para su perseguibilidad, además de la querrela, la declaratoria que habrá de formular la autoridad hacendaria, de que el Fisco Federal, con la conducta del infractor ha sufrido o pudiera haber sufrido perjuicio, lo que constituye también un requisito de procedibilidad en tanto el Ministerio Público no podrá iniciar o continuar, según el caso la Averiguación Previa, sin satisfacerlo previamente.¹⁴

LA DECLARATORIA DE PROCEDENCIA.

Es otra de las formas de remoción de las inmunidades, tratándose de los altos servidores públicos a que alude el artículo 111 Constitucional, que a nuestro entender queda comprendida en la autorización como requisito de procedibilidad. En ésta, no se prejuzga respecto de la inocencia o culpabilidad del servidor público, pues eso será competencia

¹² RIVERA Silva, Manuel. Ob. Cit. p. 121.

¹³ COLÍN Sánchez, Guillermo. **“DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES”**. 8ª ed. Ed. Porrúa. México 1984. p. 276.

¹⁴ HERNÁNDEZ Pliego, Julio A. Ob. Cit. p. 111.

del Ministerio Público y en su caso del Juez tendrá que ser resuelto, por la autoridad competente, como lo prevé el artículo 21 Constitucional.

Así el denominado juicio de procedencia, se ciñe a determinar si se remueve o no, la inmunidad o el privilegio procesal del favorecido, y por ende, se le pone a disposición de la autoridad competente.¹⁵

Se considera también como requisito de procedibilidad a la **excitativa** es la petición que hace el representante de un país extranjero para que se persiga penalmente a quien ha proferido ofensas en contra de la nación que representa o en contra de sus Agentes Diplomáticos, esto de acuerdo al artículo 360 fracción II del Código Penal Federal.¹⁶

2.1. CONCEPTO DE DETENCIÓN.

Es necesario recurrir a la historia universal para tener un marco referencial genérico en cuanto al origen, evolución y estatus actual del concepto detención, y luego analizar contemporáneamente a ello la situación en nuestro país y estar entonces en la posibilidad real de desarrollar el tema.

En Grecia es donde por primera vez se identifica jurídicamente a la persona con su cuerpo, y la libertad con la libertad personal (en su sentido *latu sensu*), donde la justicia penal era administrada por los efonos, llegando a ser acusadores y jueces simultáneamente, sin que impusieran la prisión porque iba en contra de la libertad corporal de las personas, siendo el bien jurídico de mayor jerarquía que le es inherente a la

¹⁵ Idem.

¹⁶ COMPILACIÓN PENAL FEDERAL Y DEL D.F. 2007. Raúl Juárez Carro Editorial S.A. de C.V. 22ª ed. México Diciembre 2006. p. 198.

persona después de la vida, y que de acuerdo a **RODRÍGUEZ y RODRÍGUEZ**, la prisión preventiva en Grecia no tuvo ninguna aplicación.¹⁷

El ordenamiento jurídico mexicano, tiene su origen inmediato en Roma, cuyas leyes pretendían la justicia, la equidad y el equilibrio de los derechos entre las personas, donde la libertad de éstas dependía de la voluntad del Estado Romano.

Los **Juicios de Dios**, característicos de la Edad Media 476 a 1453, casi 14 siglos, fueron la base de la justicia, donde su carácter distintivo era el tormento, el duelo y su sustento la dilación cobarde y calumniosa y como reina las penas corporales, motivando su caída **CESAR BONASENA MARQUES DE BECARIA** con su obra “De los delitos y las Penas” (1774) que dio luz a una justicia más humana, digno representante de la llamada Escuela Clásica, la cual se olvida del delincuente y sólo le interesa el delito en abstracto.

En el Derecho Antigo Español, la detención preventiva solo era factible en los delitos graves y para seguir en libertad se aceptaban fiadores para evitar la fuga o el ocultamiento, siendo la detención una forma de aseguramiento y guarda de las personas hasta que fueran juzgados y cualquier persona podía detener en un mandamiento judicial a los autores de ciertos delitos, pero se castigaba al que aprehendiese a una persona, sin derecho o lo mantuviera por más de veinte horas, considerando al autor de dicha detención como responsable de plagio.¹⁸

El Rey Pedro III otorga un privilegio respecto a las llamadas garantías individuales que fue plasmado en Ley, donde se consagra el proceso foral o manifestación de personas que permitía, en el caso de que

¹⁷ RODRÍGUEZ y Rodríguez, Jesús. Ob.Cit. p. 18.

¹⁸ RODRÍGUEZ y Rodríguez, Jesús. **“ESTUDIOS SOBRE DERECHOS HUMANOS ASPECTOS NACIONALES E INTERNACIONALES”**. Ob. Cit. p. 20.

alguna hubiera sido apresada en flagrante delito o sin instancia de parte legítima o contra la ley o fuero, si a los tres días de prisión no se le comunicaba la demanda por más que pesare sobre él, acusación o sentencia capital, debía ser puesto en libertad por espacio de veinticuatro horas, de conformidad a la nombrada vía privilegiada.

El Fuero de Vizcaya (1527) protege la libertad, en el artículo 26 fracción IX que disponía que ningún prestamero, ni medino, ni ejecutor, sea osado de proceder contra persona alguna sin mandamiento de Juez competente, salvo el caso de flagrante delito, si así sucediera y el Juez competente ordena la libertad, se le suelte cualquiera que sea la causa porque está preso.¹⁹

La Constitución de Cádiz de 1812 y la de 1876 limitaron la detención preventiva a los supuestos de delitos sancionados con pena corporal y a las formas legales, pero previo mandamiento escrito por parte de la autoridad judicial, disponiendo que se debía notificar en el momento de la detención, a la persona y ambos fijaban un plazo de veinticuatro horas después de la detención y su puesta a disposición de un Juez o dejarlo en libertad. En la Constitución Federal Mexicana se recogió tal disposición y actualmente se prevé expresamente el término que tiene el Ministerio Público para ello, y es de cuarenta y ocho horas naturales como regla general y en caso de delincuencia organizada, éste se duplica, lo anterior se encuentra plasmado en el art. 16 Constitucional, antes de que existiera tal disposición el término era de 24 horas de acuerdo a la fracción XVIII del artículo 107 de la propia Constitución.

La Escuela Positivista en oposición a la Escuela Clásica, basándose en la filosofía de **AUGUSTO COMTE**, quien sustenta como tesis: la clasificación de ciencia, la religión de la humanidad y la clasificación de

¹⁹ ZAMORA-PIERCE, Jesús. Ob. Cit. pp. 4-5.

los tres Estados. Los positivistas en realidad no hicieron derecho, sino ciencias causales explicativas.

Los principales representantes de esta doctrina son:

CESAR LOMBROSO quien consideró que el delincuente era un ser atávico con regresión al salvajismo, y por ello se le considera el padre de la Antropología Criminal.

Es **ENRICO FERRI**, el creador de la Sociología Criminal, al afirmar que es el medio ambiente el que crea al delincuente, un medio hostil impulsa al individuo a cometer delitos, esto es, el medio ambiente influye en él y las circunstancias lo orillan a delinquir.

Corresponde a **SIGMUND FREUD**, crear la teoría del psicoanálisis, afirmando que los complejos del individuo son las causas del delito y con ello dio origen a la Psicología Criminal.

Por su parte, **NICOLE PONDE** quien realiza estudios sobre la Endocrinología Criminal, considera, que son las sustancias que segregan las diferentes glándulas de la persona lo que la determina para delinquir.

En el ámbito de lo jurídico, es **RAFAEL GARÓFALO**, quien diferenció por primera vez, al delito natural del legal, definiendo a este último, como la violación de los sentimientos altruistas de piedad y probidad, en la medida, en que son indispensables, para la adaptación del individuo a la colectividad.

Encontramos también, en el derecho prehispánico de México, que se recluía en la cárcel a los inculpados, a los condenados a muerte y a los prisioneros de guerra, pero la prisión nunca se impuso como castigo.²⁰

Los aztecas tenían tres tipos de prisiones: la **gvanhcalli** destinada a los presuntos responsables de delitos graves; **petlalcalli**, se reservaba a los inculpados de infracciones leves y **tulpilollan**, donde eran recludos los acusados por deudas, pero eran sólo para el pueblo.

La detención de los nobles se cumplía en su domicilio, la persecución de ciertos delitos se llevaban a cabo de oficio, aunque no mediara acusación, pues bastaba el simple rumor público para proceder a la indagación, eran los **calpulelque** los encargados de arrestar a los delincuentes.

La conquista de México, no condujo a una combinación de órdenes jurídicos, ni legislativos. El español ante la fortuna al alcance de su mano y alejado de su autoridad peninsular, deformó sus controles frustrando los instrumentos legales de protección a los nativos e impidió definitivamente la igualdad social a través de castas y jerarquías.

A la Conquista, siguió la Colonización y el Estado Español propugnó, porque la justicia fuera la base del nuevo régimen, por ello, la civilización traída de Europa no dejó de pensar en los nativos como conquistados merecedores de protección.

Según **FRAY GERÓNIMO DE MENDIETA**, en la colonia, la cárcel estaba reservada a los delincuentes sentenciados a pena de muerte; para los demás no era necesaria, ya que en ese tiempo huir y no aparecer era absolutamente imposible sustraerse a la acción de la justicia.²¹

²⁰ RODRÍGUEZ y Rodríguez, Jesús. **“ESTUDIOS SOBRE DERECHOS HUMANOS ASPECTOS NACIONALES E INTERNACIONALES”**. Ob. Cit. p. 25.

²¹ Ibidem. p. 26.

JOSÉ MIGUEL GREGORIO E IGNACIO HIDALGO

Y COSTILLA GALLAGA, formula un programa social, que se concretó, en el bando que promulgó en Guadalajara Jalisco México, el 6 de Diciembre de 1810, aboliendo la esclavitud, que era una de las primeras medidas que tenía considerada, este Bando fue proteger la libertad de los habitantes que tenían la calidad de esclavos.

Los antecedentes de la garantía de libertad, que la Constitución de 1917, consagra en su artículo 16, los encontramos en la Constitución Política de la Monarquía Española (Cádiz), del 19 de marzo de 1812, que protegía la libertad ambulatoria, en los artículos 287 y 292, que disponía el primero, ningún español podrá ser preso sin que preceda información sumaria del hecho por el que merezca según la ley ser castigado con pena corporal y así mismo, un mandamiento del Juez por escrito en el que se le notificara en el acto mismo de la prisión.²² El artículo 292 hacía referencia, al delito cometido *“in fraganti”*, que todo delincuente puede ser arrestado y todos pueden conducirlo a la presencia del Juez, presentándolo puesto en custodia.²³

El decreto constitucional para la libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán en 1814, en el que se contempló la protección a dicha garantía en los artículos 21, 22, 28, 30 y 166, que coincidían en que sólo las leyes pueden determinar los casos en que debe ser acusado, preso o detenido un ciudadano, siendo tiránicos y arbitrarios los actos ejercidos contra un Ciudadano sin las formalidades de ley.²⁴

²² ZAMORA-PIERCE, Jesús. Ob. Cit. p. 5.

²³ DE GONZÁLEZ Mariscal, Olga Islas. **“LA PRISIÓN PREVENTIVA: DOCTRINA Y CONSTITUCIÓN MEXICANA”**. Artículo en la Obra Jurídica Mexicana. Tomo IV. PGR. México 1987. p. 3307.

²⁴ Ibidem. p. 3305- 3306.

El reglamento provisional político del Imperio Mexicano, suscrito en la Ciudad de México, el 18 de Diciembre de 1822 en los artículos 11, 72, 73 y 74.

La Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, aprobada por el Congreso General Constituyente, el 4 de Octubre de 1824, en donde encontramos la protección de la libertad en el artículo 112, fracción II y 150.

Leyes Constitucionales de la República Mexicana, suscritas en la Ciudad de México, el 29 de Diciembre de 1836, reconocen como derecho del mexicano, la protección a su seguridad personal.

El Primer Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la Ciudad de México, el 25 de Agosto de 1842, en su artículo 7.

El Estatuto Orgánico Profesional de la República Mexicana, dado en Palacio Nacional de México, el 15 de Mayo de 1856, en sus artículos 40 al 44 y del 49 al 51.

En el Proyecto de Constitución Política de la República Mexicana, fechado en la Ciudad de México, el 16 de Junio de 1856 en sus artículos 5° y 27.

En la Constitución Política de la República Mexicana, sancionada por el Congreso General Constituyente, el 5 de Febrero de 1857: artículo 16.

Y en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgada el 5 de Febrero de 1917 en el artículo 16.

Es pertinente precisar cual fue el espíritu o sentir del Constituyente reunido en Querétaro en el año de 1917, respecto de la detención de una persona, que llevó a fijar las bases constitucionales para ejecutar la detención, al respecto es necesario aludir a lo manifestado por **VENUSTIANO CARRANZA** jefe del ejército constitucionalista en el proyecto de constitución que presentó y propone una innovación que revoluciona el sistema procesal penal que ha regido el país, no obstante todas sus imperfecciones y deficiencias. Las leyes vigentes en el orden federal y común han adoptado la institución del Ministerio Público, pero ha sido nominal, porque la función asignada a los representantes de aquel tiene un carácter meramente decorativo para la recta y pronta administración de justicia. Los jueces mexicanos desde la consumación de la independencia hasta la fecha, han sido iguales a los Jueces de la Época Colonial; ellos son los encargados de averiguar los delitos y buscar las pruebas, a cuyo efecto siempre se han considerado autorizados para emprender verdaderos asaltos contra los reos, para obligarlos a confesar, lo que sin duda alguna desnaturaliza la función de la judicatura. La sociedad recuerda horrorizada, los atentados cometidos por los jueces que ansiosos de renombre veían con verdadero agrado que llegase a sus manos un proceso que le permitiese desplegar un sistema completo de opresión, en muchos casos contra personas inocentes y en otros, contra la tranquilidad de las familias, no respetando en sus seguimientos las barreras, que terminantemente establece la ley.

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

El Ministerio Público con la Policía Judicial represiva a su disposición, quitará a los Presidentes Municipales y a la policía común la posibilidad que hasta hoy han tenido de aprehender a cuantas personas consideren sospechosas, sin más mérito que su criterio particular.

Con la Institución del Ministerio Público, como se propone, la libertad individual quedará asegurada, porque según el artículo 16, nadie podrá ser detenido sino por orden de la autoridad judicial, la que no podrá expedirse sino en los términos y con los requisitos que el mismo artículo exige.²⁵

Desde el punto de vista etimológico, **MINISTERIO PÚBLICO**, tiene origen latino, por lo que hace a la voz **ministerio**, del latín **ministerium** que significa cargo que ejerce uno, empleo u oficio especialmente noble y elevado. Por lo que hace a la expresión **público** esta deriva también del latín **“publicus-pupulus”**, indicando lo que es notorio, visto o sabido por todos, perteneciente a todo el pueblo se aplica también a la potestad o derecho de carácter general que afecta en la relación social como tal. Gramaticalmente significa, **“cargo que se ejerce en relación al pueblo”** y en el ámbito jurídico es una dependencia del poder ejecutivo, que tiene a su cargo la representación de la ley y de la causa del bien público, que está atribuida al Fiscal ante los tribunales de justicia.²⁶

El Ministerio Público es una Institución dependiente del Poder Ejecutivo, que actúa en representación del interés social en el ejercicio de la acción penal y la tutela social, en todos aquellos casos que le asignan las leyes.²⁷

²⁵ GONZÁLEZ Bustamante, Juan José. **“PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO”**, 8ª ed. Ed. Porrúa, México 1985, pp. 74-75.

²⁶ FRANCO Villa, José. **“EL MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL”**. Ed. Porrúa, México 1985. pp. 3-4.

²⁷ COLÍN Sánchez, Guillermo. Ob. Cit. p. 87.

Para **LUÍS CABRERA** el Ministerio Público es y debe ser por definición, una institución de buena fe y hasta de equidad, cuando sea preciso, entendida ésta como cumplimiento y realización de la justicia. El Ministerio Público definido técnicamente es una institución encargada de velar por el cumplimiento y la aplicación estricta de las leyes.²⁸

Afirma **DE PINA** que el Ministerio Público es el cuerpo de funcionarios que tienen como actividad característica, aunque no única la de promover el ejercicio de la jurisdicción, en los casos preestablecidos, personificando el interés público existente en el cumplimiento de esta función estatal.²⁹

Por su parte **ARILLA BAS**, refiere que la institución del Ministerio Público, es dependiente del Poder Ejecutivo que tiene un doble carácter, de autoridad durante la preparación del ejercicio de la Acción Penal y de parte durante la preparación del proceso, en el proceso y en el juicio.³⁰

El Ministerio Público participa en la persecución de los delitos en dos diferentes etapas: la primera, en la **Averiguación Previa**, que va desde la denuncia, acusación o querrela, hasta que ejercita la acción penal y en algunos casos después de ese momento, como cuando se hace una diligencia de cateo. La otra etapa es la del **Proceso Penal** propiamente dicho y que corresponde a la intervención del Ministerio Público dentro del juicio, desde que ejercita la acción penal hasta el dictado de la sentencia generalmente y después de ella en algunas ocasiones, para efectos de la ejecución o con la promoción de incidentes, fuera de juicio y después de concluido.³¹

²⁸ CABRERA, Luís. **“LA MISIÓN CONSTITUCIONAL DEL PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA”**. Talleres Gráficos de la Nación. México, 1982, pp. 31, 43.

²⁹ DE PINA Vara, Rafael. **“DICCIONARIO DE DERECHO”**. 15ª ed. Ed. Porrúa. México 1988. p. 353.

³⁰ ARILLA, Bass Fernando. Ob. Cit. p. 8.

³¹ DEL CASTILLO Del Valle, Alberto. **“GARANTÍAS INDIVIDUALES Y AMPARO EN MATERIA PENAL”**. Ob. Cit. p. 48.

En este sentido la Averiguación Previa según **GÓMEZ LARA** es la fase procesal desenvuelta ante las autoridades estatales que tiene como atribución la persecución de los delitos y delincuentes.³²

La Averiguación Previa es la etapa del procedimiento, referente a la preparación del ejercicio de la acción penal, en que el Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de policía judicial, practica todas las diligencias necesarias que le presenta y está en aptitud de ejercitar la acción penal, debiendo integrar para esos fines los elementos del cuerpo del delito que se le imputen al detenido y haga probable la responsabilidad de éste³³ y la consignación es al acto procedimental a través del cual el Ministerio Público ejercita la acción penal, poniendo la indagatoria y al indiciado en su caso, a disposición del Juez.³⁴

Para **HERNÁNDEZ ACERO**, la Averiguación Previa inicia cuando el Ministerio Público, tiene conocimiento de una conducta delictiva, mediante la denuncia o la querrela, termina en cuanto el propio Ministerio Público comprueba los elementos del cuerpo del delito determinado y logra saber quien o quienes cometieron un delito, para ejercitar la acción penal ante el Juez de la causa o mediante el no ejercicio de la acción penal cuándo no se reúnen los requisitos del artículo 16 Constitucional.³⁵

El Ministerio Público, en el procedimiento de averiguación previa, desarrolla dos tipos de actividades: por una parte despliega una labor investigadora y por otra ejercita la acción penal ante el Juez de la causa remitiéndole el original de esa averiguación previa. En la labor investigadora el Ministerio Público actúa como autoridad de naturaleza administrativa debido a que todas las actuaciones que se realizan son bajo sus

³² BARRAGÁN Salvatierra, Carlos. Ob. Cit. p. 285.

³³ Idem.

³⁴ COLÍN Sánchez, Guillermo. Ob. Cit. p. 46.

³⁵ Citado por BARRAGÁN Salvatierra, Carlos. Ob. Cit. p. 287.

órdenes o el mismo es quien debe realizarlas, como son la declaración del indiciado, la rendición de testimonios periciales, inspecciones, en el entendido de que las diligencias deben estar ajustadas a los principios de obligatoriedad, oficiosidad y legalidad.

La Averiguación Previa y consecuentemente la acción penal, tiene fundamento en el artículo 16 de la Carta Magna y deben cumplirse los siguientes requisitos:

- a) La comisión u omisión de un hecho reputado como delito,
- b) Que lo haya realizado una persona física,
- c) Que no se haya dado consentimiento del ofendido o su legítimo representante si el delito se sigue a petición de parte.
- d) Que lo dicho por el denunciante o querellante esté apoyado por declaración digna de fe, de crédito o por otros elementos de prueba.
- e) Pruebas que hagan presumir la responsabilidad del inculpado.

Se le conoce a la primera etapa del procedimiento penal, como Averiguación Previa, la cual tiene múltiples definiciones y solo se citarán algunas de ellas.

Para **AUGUSTO OSORIO**, la define como la etapa procedimental durante la cual el Órgano Investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado y optar por el ejercicio o la abstención de la acción penal.³⁶ En el mismo sentido se pronuncia **FRANCO VILLA**.³⁷

³⁶ OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto. "**LA AVERIGUACIÓN PREVIA**". Ed. Porrúa. México. 1981. p. 15.

³⁷ FRANCO Villa, José. "**EL MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL**". Ed. Porrúa. México 1985. p. 150.

Opina COLÍN SÁNCHEZ, que “*la preparación del ejercicio de la acción penal se realiza en la Averiguación Previa, etapa procedimental en que el Ministerio Público, en ejercicio de la facultad de policía judicial, practica todas las diligencias necesarias que le permiten estar en aptitud de ejercitar la acción penal debiendo integrar, para esos fines, el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad.*”³⁸ El Ministerio Público carece de facultades para iniciar el procedimiento penal en estudio por *pesquisa* o *ex officio* dado que requiere necesariamente de la denuncia o la querrela para actuar en la Averiguación Previa como lo prevé el artículo 16 Constitucional. Comprobar la existencia del cuerpo del delito, determinar la probable responsabilidad del indiciado, ha asegurar las cosas u objetos materia del delito o relacionados con él, para ello, puede proceder a la *detención* y *retención* de los inculpados, aún sin esperar a tener orden judicial, cuando se trate de *flagrante delito o en caso de notoria urgencia*, y así en su caso, justificar el correcto ejercicio de la acción penal y la pretensión punitiva, que tendrá que intentar invariablemente, en cuanto se reúnan los requisitos señalados por la ley.

Así GONZÁLEZ BUSTAMANTE ³⁹ refiere que la Averiguación Previa, también denominada *fase preprocesal* misma cuyo objeto es investigar el delito y recoger las pruebas indispensables para que el Ministerio Público se encuentre en condiciones de resolver si ejercita o no la acción penal. La actividad investigadora es presupuesto del ejercicio de la acción penal y su producto es el fundamento en que el Ministerio Público se apoya para solicitar la apertura del proceso. La Averiguación Previa o actividad investigadora constituida por un conjunto de facultades legales ejercidas por el Estado a través de sus órganos que tiene por objeto el expedito ejercicio del derecho, es el medio que prepara y lleva a término el ejercicio de la acción

³⁸ COLÍN Sánchez, Guillermo. Ob. Cit. 13ª ed. p. 233.

³⁹ GONZÁLEZ Bustamante, Juan José. “PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO”, Ed. Porrúa, 8ª ed, México 1985. p. 123.

penal, teniendo además la calidad de pública, en virtud de que se orienta a la satisfacción de necesidades de carácter social.

Así **DÍAZ DE LEÓN** conceptúa a la Averiguación Previa como la parte del derecho procesal penal, que estudia la esencia, el desenvolvimiento y la eficacia del conjunto de actos y situaciones jurídicas integrantes del procedimiento donde se despliega la función investigadora del evento delictivo a cargo del Ministerio Público.⁴⁰

Como procedimiento, ***“la Averiguación Previa es el conjunto de actos procesales concatenados entre sí que tiene como fin la investigación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del inculgado.”***⁴¹

Pronunciándose al respecto **ARILLA BAS**, quien refiere en forma empírica y descriptiva, la enuncia, como el periodo de preparación del ejercicio de la acción penal, que las leyes del procedimiento acostumbra denominar ***Averiguación Previa*** y tiene por objeto como su mismo nombre lo indica, reunir los requisitos exigidos por el Artículo 16 de la Constitución General de la República para el ejercicio de la Acción Penal.⁴²

Así la ***Averiguación Previa***, se compone de dos voces. ***Averiguación***, es la acción y efecto de averiguar (del latín ***ad***, a ***verificare: de verum***, verdadero y ***facere***, hacer). Indagar la verdad hasta conseguir descubrirla.⁴³ ***Previa***, se refiere a algo que es anticipado o antes de. La averiguación previa es una etapa de investigación para el esclarecimiento de los hechos presentados ante el Ministerio Público que antecede al ejercicio de

⁴⁰ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Ob. Cit. pp. 341, 342 y 355.

⁴¹ Ibidem. p. 356.

⁴² ARILLA Bas, Fernando. **“EL PROCEDIMIENTO PENAL EN MÉXICO”**. Ed. Kratos, 8ª ed. México, 1982, p. 51.

⁴³ Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas, Tomo I. 1ª reimpresión. Ed. Porrúa. México. 1985. p. 257.

la Averiguación Previa; en estricto sentido técnico jurídico procedimental penal, es una etapa en el procedimiento penal en la cual el Ministerio Público actúa como autoridad en la investigación de los delitos y la persecución de los probables delincuentes, con el objeto de esclarecer los hechos ante él presentados y en su caso ejercitar la acción penal correspondiente en contra del probable o probables responsables, con detenido o sin detenido, ante la autoridad judicial; o el no ejercicio de la acción penal o la determinación de reserva, que solo suspende la Averiguación Previa, lo que también recibe la denominación de preliminar ya que las actuaciones son realizadas en sede administrativa por el Ministerio Público.

Así la Averiguación Previa, es el procedimiento jurídico legal que se sustancia y desarrolla ante el Ministerio Público, ya Federal o Local, a fin de investigar diversos hechos que pueden constituir un delito, este procedimiento toma su vigencia desde la satisfacción del requisito de procedibilidad, y una vez que el Ministerio Público ha realizado todas las diligencias conducentes para la integración de la Averiguación Previa, está en aptitud de dictar una resolución que resuelva la situación jurídica planteada en la misma, esta resolución puede culminar con alguna de las siguientes determinaciones:

- a) Consignación o ejercicio de la acción penal.
- b) No ejercicio de la acción penal o consulta de archivo, y
- c) Reserva.

La **notitia criminis** -a través de la denuncia y la querrela- es el punto de referencia que abre la competencia del Ministerio Público en la investigación del delito y en el procedimiento de la Averiguación Previa. Los Jueces están impedidos para abrir procesos penales sin el previo ejercicio de la acción, dados los principios procesales **nemo iudex sine actore** y **ne procedat iudex ex officio**. Igualmente el Ministerio Público le está

prohibido realizar investigaciones de delitos sin flagrancia, sin caso urgente, o sin el requisito de procedibilidad indispensable para esta función persecutoria del delito a cargo del Ministerio Público.

Por seguridad jurídica y como una derivación del principio procesal ***ne procedat iudex sine actore***, en los Estados Democráticos y de Derecho, no resulta legal que el Ministerio Público o la policía judicial, actúen ***motuo proprio*** investigando delitos, sin que preceda denuncia, querrela o fuera de los casos de excepción de la flagrancia o del caso urgente establecidos en los párrafos cuarto, quinto y sexto del artículo 16 Constitucional.

Luego entonces, legalmente, la Averiguación Previa principia mediante una ***notitia criminis***, con la cual se hace del conocimiento del Ministerio Público la comisión de un hecho delictuoso o aparentemente delictuoso y termina con el ejercicio o no de la acción penal. La iniciación no queda al arbitrio del Órgano Investigador, sino que se deben colmar los requisitos de procedibilidad o de iniciación, siendo los principales la denuncia y la querrela, con lo cual actualmente en nuestro sistema jurídico penal no se admiten instituciones que estuvieron permitidas y hoy prohibidas, como la pesquisa particular, la pesquisa general, la dilación anónima y la dilación escrita, propias del procedimiento inquisitorio, la indagación sobre una población o provincia, sobre grupos o una persona determinada, con el objeto de averiguar quién o quiénes hubieran cometido algún delito, que tuvieron aplicación en tiempos oscuros de la humanidad en prevalencia la hechicería y superstición. Estos sistemas de hacer justicia fueron condenados por el legislador, por constituir medios en los que se podían refugiar inocuas venganzas y múltiples vejaciones que vulneraban el derecho de defensa del inculpado de conocer sobre la persona que lo acusaba.

Dentro de la noticia del delito se puede agregar la ***pesquisa*** como un medio de que la autoridad conozca de un probable hecho

delictuoso, de tener a un probable responsable aunque a través del tiempo las policías judicial, militar, preventiva o grupos especiales de varias corporaciones y el Ministerio Público la practica disfrazándola con otros nombres como **razias** y actualmente como **operativos** que no son otra cosa que el avocarse en forma oficiosa en busca de presuntos delincuentes.

En la actualidad las procuradurías promueven la dilación anónima ofreciendo recompensas, lo cual en muchas ocasiones provoca lamentables sucesos, como grupos de sujetos vestidos con ropa tipo comando que “asaltan” un domicilio de familiares ajenos al delito, sin orden de cateo, o bien que obligan a la gente a ser revisados cuando están en la calle o en lugares públicos, en los interiores de los automóviles, etcétera, bajo el argumento de que son medidas contra la delincuencia y que son actos constitucionales, lo cual es de dudosa legitimidad.

El término **pesquisa** surge de **perquisus**, **perquisitus**, **perquidere**, que significa buscar y el término **pesquisar**, efectuar una pesquisa significa indagar, escudriñar o averiguar.⁴⁴

Para **CABANELLAS**, el significado de pesquisa corresponde a investigación, indagación para descubrir algo o cerciorarse de su realidad y circunstancia.⁴⁵

En opinión de **ALBERTO SILVA**, la pesquisa general es definida como aquella que se “hace inquiriendo generalmente sobre todos los delitos sin individualizar crimen ni delincuente”. Y la pesquisa particular a la “averiguación de un delito y delincuente determinado.”⁴⁶

⁴⁴ BARRAGÁN Salvatierra, Carlos. Ob. Cit. p. 294-295.

⁴⁵ Citado por BARRAGÁN Salvatierra, Carlos. Ob. Cit. p. 295.

⁴⁶ Idem.

La pesquisa nace con el sistema inquisitorio y que en el Concilio de Tolsa se tomó el siguiente acuerdo “En todas las parroquias se nombrarán dos sacerdotes con dos o tres seglares, que después de juramentarse, harán continuas y rigurosas pesquisas en todas las casas, aposentos y sótanos, con el fin de cerciorarse que no haya herejes escondidos”.⁴⁷

En consideración de **JULIO ACERO**, la pesquisa general propia de la dilación del procedimiento inquisitorio, consistía, en una indagación sobre toda una población o provincia entera, no principalmente para castigar una infracción ya conocida, sino, para averiguar quiénes habían incurrido en delitos en general y particularmente, quiénes habían incurrido en determinadas prácticas o creencias consideradas como delictuosas, especialmente tratándose de supuestas hechicerías de los siglos de superstición e intolerancia de los llamados judaizantes y de los infieles herejes.⁴⁸

O bien los dispositivos, razias, redadas o pesquisas que se hacen en determinadas colonias que se consideran de alto riesgo. Es innegable que la dilación que era un principio del sistema inquisitorio continúa imperando, ya que a la fecha basta que alguien vía telefónica denuncie a alguna persona o señale su domicilio para que sin fundamento legal, irrumpen violentamente o detengan a una persona que en la mayoría de los casos resulta ser ajena al delito que se le imputa, o bien revisiones absurdas en terminales aéreas o de camiones de transporte público, en ocasiones, personas que se encuentran involucradas en la delincuencia organizada de forma anónima o de común acuerdo con la policía delatan a una persona que viene en algún vehículo extranjero pretendiendo introducir algún tipo de droga o mercancía prohibida, lo que es cierto, pero en cantidad mínima y distraen la atención

⁴⁷ GONZÁLEZ Bustamante, Juan José. Citado por Barragán Salvatierra. Ob. Cit. p. 295.

⁴⁸ Idem.

aparente de los policías y por otra vía llega otra persona que introduce un cargamento superior.⁴⁹

En cuanto a su origen etimológico, la palabra detención deriva del latín “**detentio**” que significa detener o detenerse.⁵⁰

La palabra detención tiene origen latino y deriva de **detentio-onis**. Acto por el cual la autoridad ministerial toma físicamente a una persona, considerada probablemente responsable de un delito y previo el libramiento de una orden dictada por el Juez competente.⁵¹

Gramaticalmente **detención** es la “acción y efecto de detener o detenerse”. Privación de la libertad, arresto provisional... acto por el cual una persona autorizada para ello por la ley, priva a otra de un modo provisional y por un cierto tiempo, de su libertad de locomoción en ciertos casos marcados por la misma ley, a fin de asegurar la acción de la Justicia”.⁵²

La Enciclopedia Larousse conceptualiza la detención como “la acción y efecto de detener, arrestar... privación de la libertad...”.⁵³

La **detención** es la “Privación de la libertad de una persona con objeto de ponerla a disposición de una autoridad competente”.⁵⁴

Acción y efecto de detener o detenerse.⁵⁵ Como tal debe entenderse la medida precautoria establecida en beneficio de la sociedad,

⁴⁹ Ibidem. p. 296.

⁵⁰ Enciclopedia Universal Ilustrada. Europeo Americana. Tomo XVIII, Primera Parte, Ed. Espasa. Calpe. España. 1972. p.680.

⁵¹ Nuevo Diccionario de Derecho Penal. Ob. Cit. p. 379.

⁵² Enciclopedia Universal Ilustrada. Europeo Americana. Tomo XVIII, Primera Parte, Ob. Cit. p.680.

⁵³ Gran Enciclopedia Larousse, Tomo VII, Ed. Planeta. 2ª ed. Barcelona 1991. p. 3226.

⁵⁴ DE PINA, Rafael, De Pina Vara Rafael. Ob. Cit. p. 247.

⁵⁵ Pequeño Larousse Ilustrado. Ob. Cit. p. 341.

por virtud de la cual se priva de la libertad al acusado en un proceso penal, cuando se le impute la comisión de un delito grave y por ello, existe la presunción de que intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer los fines del proceso punitivo.⁵⁶ Acción y efecto de detener o detenerse, dilación, tardanza, privación de la libertad.⁵⁷

“El concepto de detención implica la idea de interdicción o interrupción de la libertad natural o personal de un individuo, por la autoridad o sus agentes, con el propósito incidental de proveer a la seguridad del orden jurídico conculcado o que está en transe de ello”.⁵⁸

La Enciclopedia Omeba refiere que la detención “consiste en la privación de la libertad de una persona para ponerla a disposición de un Juez o autoridad competente... es una medida transitoria que restringe la libertad de una persona hasta tanto una resolución judicial o de la autoridad que determinó la detención, definan la situación jurídica causa de la misma... la detención resultaría un medio de instrucción legitimado por el propósito de que la verdad se averigüe, no se burle la justicia y la ley penal se cumpla... la detención nunca puede consistir en la privación de la libertad como pena”.⁵⁹

El Diccionario Jurídico Mexicano, define a la detención preventiva como “la medida precautoria establecida en beneficio de la sociedad, por virtud de la cual se priva de la libertad al acusado en un proceso penal cuando se le imputa la comisión de un delito grave y por ellos existe la

⁵⁶ Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Tomo II. Ob. Cit. p. 460.

⁵⁷ Diccionario Enciclopédico Bruguera Mexicana de Ediciones. Tomo 6. México 1979. p. 655.

⁵⁸ Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo VII. Ed. Francisco Seix. España 1974. pp. 359, 375.

⁵⁹ Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo VIII (DERE-DIVAL) Ed. Bibliográfica Argentina Omeba, Buenos Aires, 1971. p. 749.

presunción de que intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer los fines del proceso preventivo”.⁶⁰

También existen las definiciones de connotados juristas, pero ya específicamente al ámbito procesal penal:

A criterio de **ZAMORA PIERCE**, “el verbo detener...se refiere al acto de realización instantánea mediante el cual se priva de su libertad a una persona, sin que esta privación sea el resultado de una orden judicial”.⁶¹

Sustenta **BRISEÑO SIERRA**, que la detención “es la privación de la libertad efectuada por los agentes ejecutivos o por los particulares en el caso de la flagrancia”⁶².

PÉREZ PALMA opina que la detención son “las privaciones de libertad ejecutadas por la Policía Judicial, el Ministerio Público, las autoridades administrativas y aún por los particulares, sin que medie orden de autoridad judicial.” Un detenido, es todo individuo privado de su libertad, mientras no le sea decretado el auto de formal prisión, con el cual, se convierte en preso.⁶³

Para el autor **RIVERA SILVA**, la detención es “el Estado de privación de libertad en que se encuentre una persona cuando ha

⁶⁰ Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo D-H. Ed. Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2ª ed. México 1988. p. 1125.

⁶¹ ZAMORA-PIERCE, Jesús. “**GARANTÍAS Y PROCESO PENAL**”. Ed. Porrúa. 7ª ed. México 1994, p. 24.

⁶² BRISEÑO Sierra, Humberto. “**EL ENJUICIAMIENTO PENAL MEXICANO**”. Ed. Trillas. 2ª reimpression. México 1985. p. 72.

⁶³ PÉREZ Palma, Rafael. “**GUÍA DE DERECHO PROCESAL**”. Ed. Cárdenas. Editor y Distribuidor. 3ª ed. México 1991. pp. 179-180.

sido depositada en una cárcel o prisión pública u otra localidad que preste la seguridad necesaria para que no se evada”.⁶⁴

RODRÍGUEZ Y RODRÍGUEZ expresa, que la detención preventiva es “la medida privativa de la libertad, impuesta excepcionalmente al presunto responsable de un delito grave, en virtud de un mandamiento, antes del pronunciamiento de sentencia firme”.⁶⁵

Por su parte **CABANELLAS**, la define como “la privación judicial, gubernativa o disciplinaria de la libertad personal, como medio de contribuir a la investigación de un delito o como sanción discrecional de una falta o controversia”.⁶⁶

La concepción jurídica de la figura procedimental de la detención, se puede desprender del artículo 16, párrafo cuarto, quinto y sexto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y definirla, como la privación de la libertad personal, sin orden de aprehensión practicada por cualquier persona, en los casos de delito flagrante u ordenada por el Ministerio Público, tratándose de casos urgentes, fundando y motivando su proceder, es decir, únicamente en los casos en los que se trate de la comisión de un delito grave, exista riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la acción de la justicia y no pueda acudir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar y circunstancias, lo que es acorde con los artículos 266 a 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Atendiendo al Conjunto de Principios, para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o

⁶⁴ RIVERA Silva, Manuel. Ob. Cit. p. 137.

⁶⁵ RODRÍGUEZ y Rodríguez, Jesús. **“LA DETENCIÓN PREVENTIVA Y LOS DERECHOS HUMANOS EN DERECHO COMPARADO”** Ed. UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas, México 1981. p. 14.

⁶⁶ CABANELLAS, Guillermo. **“DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL”**. Tomo III (D-E). Ed. Heliasta. 20ª ed. Argentina 1966. pp. 222-223.

prisión, adoptada por la Asamblea General en su resolución 43/173, de 9 de Diciembre de 1988, de la Organización de las Naciones Unidas, en el apartado en cuanto al ámbito de aplicación del conjunto de principios, se asienta que tienen por objeto la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión y, en el inciso d), se define que “**detención**” se entiende la condición de las personas detenidas.

Y ya en lo específico dispone: Principio 1: Toda persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será tratada humanamente y con el respeto debido a la dignidad inherente al ser humano.

Principio 2: ...la detención... solo se llevarán a cabo en estricto cumplimiento de la ley y por funcionarios competentes o personas autorizadas para su fin.

Principio 3: No se restringirá o menoscabará ninguno de los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres so pretexto de que el presente conjunto de principios no reconoce esos derechos o los reconoce en menor grado.

Principio 4: Toda forma de detención o prisión y todas las medidas que afecten a los derechos humanos de las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, deberán de ser ordenadas por un Juez u otra autoridad o quedar sujetos a la fiscalización efectiva de un Juez u otra autoridad.

Principio 5: 1. Los presentes principios se aplicarán a todas las personas en el territorio de un Estado sin distinción alguna.

Principio 6: Ninguna persona sometida a cualquier forma de detención o prisión será sometida a tortura o a tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No podrá invocarse circunstancia alguna como justificación de la tortura o de otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes.

Principio 8: Las personas detenidas recibirán un trato apropiado a su condición de personas que no han sido condenados.

Principio 9: Las autoridades que arresten a una persona, la mantendrán detenida o investiguen el caso solo podrán ejercer las atribuciones que les confiere la ley.⁶⁷

Principio 36.

2.- Solo se procederá al arresto o detención de esa persona en espera de la instrucción y el juicio, cuando lo requiera las necesidades de la administración de justicia por motivos y según condiciones y procedimientos determinados por la ley. Estará prohibido imponer a esa persona restricciones que no estén estrictamente justificadas para los fines de la detención o para evitar que se entorpezca el proceso de instrucción o la administración de justicia, o para el mantenimiento de la seguridad y el orden en el lugar de detención.

Principio 39. Excepto en casos especiales indicados por la ley, toda persona detenida a causa de una infracción penal, tendrá derecho, a menos que un Juez u otra autoridad decida lo contrario en interés de la administración de Justicia, a la libertad en espera de Juicio, con sujeción a las condiciones que se impongan conforme a derecho. Esa autoridad mantendrá en examen la necesidad de la detención.

Cláusula general.- Ninguna de las disposiciones del presente Conjunto de principios se entenderá en el sentido de que se restrinja o derogue ninguno de los derechos definidos en el pacto internacional de derechos civiles y políticos.⁶⁸

A criterio de **COLÍN SÁNCHEZ**, quien refiere que la libertad física es un derecho natural del hombre, que se encuentra protegida por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 16, a

⁶⁷ Copyright. 1996-2002. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Ginebra, Suiza. <http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h-comp.36sp.htm>.

⁶⁸ Idem.

través de la garantía de legalidad, pero incluyéndose en el mismo precepto tres excepciones por medio de las cuales se puede privar de la libertad a las personas, siendo éstas: la orden de aprehensión, detención y flagrancia, y que las restricciones a la libertad pueden ser por razones procesales en las que las leyes que regulan el procedimiento imponen la necesidad de restringir la libertad personal para asegurar la presencia del autor del ilícito penal ante el órgano Jurisdiccional y continuar con el proceso, ya que si no fuera así, quedaría paralizado al dictarse el auto de radicación, y que ésta se puede dictar en cualquier estado del procedimiento y tiene un carácter preventivo y no sancionador, logrando la custodia del que delinque únicamente por el tiempo indispensable para su procesamiento.⁶⁹

Al respecto **SILVA SILVA**, opina que es una medida cautelar personal que tiene por objeto asegurar la presencia del probable responsable en el proceso, ya que es una especie de género de la privación provisional de la libertad y que limita la libertad del individuo durante un periodo hasta que se dicta el auto de formal prisión.⁷⁰

FRANCESCO CARRARA opina en cuanto a la restricción a la libertad personal que impone al Estado, la llamaba “*un mal necesario para la realización de la justicia*”.

En opinión de **GONZÁLEZ BUSTAMANTE** el aseguramiento del probable responsable es necesario porque no podía seguirse el proceso a sus espaldas, sin que tuviera conocimiento de las pruebas existentes en su contra, para poder estar en condiciones de defenderse.⁷¹

⁶⁹ COLÍN Sánchez, Guillermo. Ob. Cit. pp. 174-177.

⁷⁰ SILVA Silva, Jorge Alberto. “**DERECHO PROCESAL PENAL**”. Editorial Harla. México 1990. pp. 483-490 y 826.

⁷¹ GONZÁLEZ Bustamante, Juan José. Ob. Cit. pp. 109-110.

2.2. ELEMENTOS DE LA DETENCIÓN.

Aunque expresamente en nuestra Constitución vigente, no existe disposición alguna que refiera cuáles son los elementos que deben cumplirse a efecto de detener a una persona en los supuestos de flagrancia y caso urgente, éstos los podemos inferir del análisis de diversos artículos de Nuestra Carta Magna, Tratados Internacionales celebrados por nuestro país y del ordenamiento secundario.

Dentro de los primeros están entre otros, el párrafo segundo del artículo 14, en el que se consagra el llamado “**debido proceso**” o también denominado “**proceso justo**” lo que es acorde a lo previsto en el artículo 8 de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, mejor conocida como Pacto de San José de Costa Rica. También los encontramos contenidos en lo dispuesto por los párrafos I, II, IV, V y VI del artículo 16 Constitucional.

De igual manera se plasma en el artículo 18 párrafo primero, parte primera de la Constitución, pero principalmente en las fracciones I, II, IV y V del apartado A, del artículo 20 del ordenamiento constitucional citado.

Y en el Código de Procedimientos Penales para la Ciudad de México, en los artículos 262 a 269, 276 y 286 Bis.

Pudiéndose concluir que tales elementos son:

1. Que existan hechos que aparentemente sean constitutivos de algún delito.
2. Que el ilícito sea sancionado cuando menos con pena privativa de la libertad.

3. Que el sujeto activo del ilícito no esté detenido.

4. Que dicha detención se haga en flagrante delito o en caso urgente.

5. Que se haya satisfecho previamente a la detención, el requisito de procedibilidad correspondiente.

6. Que la detención la haga cualquier persona en el caso de flagrancia y en el supuesto de caso urgente, sólo la policía que esté bajo las órdenes y mandato del Ministerio Público, por escrito, fundando y motivando su determinación.

2.3. CLASES DE DETENCIÓN.

Las detenciones en flagrancia y por caso urgente constituyen excepciones al principio general, conforme al cual sólo procede la privación de la libertad de los gobernados en virtud de orden escrita de autoridad judicial, en la que se funda la causa legal del procedimiento, según consigna el párrafo primero del artículo 16 Constitucional.

La forma genérica y legal más conocida para aprehender (detener fácticamente) a una persona, es atendiendo a lo ordenado por los artículos 14, 16, 18 y 21 de nuestro Código Político Fundamental del Pacto Federal de los Estados Unidos Mexicanos, esto es, a través de la orden de aprehensión dictada por un Juez competente, y previamente a ello el cumplimiento de los requisitos que exige tanto la Constitución, como el Código Procesal Penal de la Ciudad México, esto es, que la haya solicitado el Ministerio Público, que se haya satisfecho el requisito de procedibilidad respectivo, que el delito de que se trate esté sancionado cuando menos con pena principal privativa de libertad, que se haya acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad en su comisión del consignado, que dicha determinación esté

debidamente fundada y motivada, que conste por escrito y que sea ejecutada exclusivamente por la policía judicial al bajo el mando del Ministerio Público, lo que se precisa solamente ya que dicho tópico escapa al tema de esta tesis y nos limitaremos a los casos de detención en flagrante delito y caso urgente.

En cuanto a la detención existen diferentes tipos, dependiendo de sus requisitos, la primera de ellas es la **detención por flagrancia**, la que de conformidad con el artículo 16 Constitucional, un sujeto puede ser detenido por cualquier persona siempre y cuando sea en flagrante delito, poniéndolo de inmediato ante la autoridad superior y éste, a su vez ante el Ministerio Público con la misma prontitud. La reglamentación de la flagrancia se encuentra en el art. 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

La segunda forma, es la detención en **caso urgente**, en este supuesto el Ministerio Público bajo su más estricta responsabilidad podrá librar una orden de detención a su policía en contra del inculpado, siempre y cuando se presuma que pretenda darse a la fuga y se trate de un delito grave, a fin de que de inmediato se ponga a su disposición y no exista autoridad judicial por razón de hora, lugar u otra circunstancia, tal como lo prevé el artículo 16 Constitucional en relación con el numeral 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Tratándose de delitos perseguibles de oficio, se le puede **detener** y **arrestar**, cuando exista **flagrancia** o **caso urgente**, aunque en este último caso, deberá de existir prueba suficiente del riesgo jurídico de que puede sustraerse a la acción de la justicia, siempre y cuando no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, debiendo el Ministerio Público so pena de incurrir en responsabilidad, fundar, motivar y expresar los indicios que justifiquen su procedencia, siendo que su aludida retención no podrá exceder de cuarenta y ocho horas, plazo en que

deberá ordenar su libertad o ponérsele a disposición de la autoridad judicial, plazo que podrá duplicarse en aquellos casos que la ley prevea como delincuencia organizada. En el acta de la Averiguación Previa, se hace constar por quién haya realizado la detención o ante quién aquél haya comparecido, el día, hora y lugar de la detención o de la comparecencia, así como en su caso, el nombre y cargo de quien lo haya ordenado. Cuando la detención se hubiere practicado por una autoridad no dependiente del Ministerio Público se asentará o agregará en su caso la información circunstanciada suscrita, por quien la haya realizado o haya recibido al detenido.⁷²

Los casos en que cualquier persona o el Ministerio Público puede detener a una persona, es en flagrancia en la comisión de un delito, y en aquellos casos que la autoridad ministerial considere urgente, esto es, cuando el delito de que se trate se persiga de oficio, siempre que en el lugar donde se encuentre el inculpado no exista una autoridad judicial, pues si en el mismo tiene su residencia ésta, no será dable al Ministerio Público hacer la detención de la persona, este último aspecto es importante de considerar, aunque tiene facultades constitucionales para ordenar una detención, debe de tomar en consideración, que no basta sólo la presencia de la urgencia para darse esa situación, sino que se requiere también al mismo tiempo la ausencia de un Juez Penal en el lugar donde se encuentra el presunto responsable. Solamente así podrá llevarse adelante la detención de una persona por parte del Ministerio Público y ser constitucional su actuación.⁷³

2.3.1. DETENCIÓN EN FLAGRANCIA.

El término flagrancia tiene su raíz etimológica en el latín: *flagrantia*.

⁷² DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Ob. Cit. pp. 360-362.

⁷³ DEL CASTILLO Del Valle, Alberto. Ob. Cit. p. 51.

Para **MANZINI**, la flagrancia se da cuando el autor del delito es aprehendido en el acto de cometerlo. No es una condición intrínseca del delito sino una característica externa, resultante de una relación circunstancial del delincuente con el hecho. Su presencia en el lugar del hecho y en el instante de su comisión, es lo que hace la flagrancia. No puede haber flagrancia con el solo elemento objetivo, es necesaria siempre la presencia del delincuente. La flagrancia aparece desde el derecho romano, al ser un factor de mayor punición, da origen a un procedimiento especial, lo que a la fecha ha desaparecido, ya que no se debe agravar una consecuencia como es la detención del probable autor del delito en el momento de su consumación o durante su persecución.⁷⁴

Por su parte **ESCRICHE**, la define como el delito que se ha consumado públicamente y cuyo perpetrador ha sido visto por muchos testigos al tiempo que lo comete, y el delito es descubierto en el mismo acto de su perpetración.⁷⁵

En cambio **CARRARA** clasifica las infracciones, de acuerdo al momento de su consumación en: flagrantes y no flagrantes.⁷⁶

De lo anterior, es obvio que surge una interrogante y esta es ¿Qué se debe de entender por delito flagrante para los efectos del artículo 16 Constitucional? Es aquel momento de detención del sujeto activo del hecho ilícito, esto es, el momento *ipso facto*, en que lo está perpetrando o es perseguido inmediatamente después de la comisión del delito a fin de detener a la persona que lo realizó.

⁷⁴ Citado por BARRAGÁN, Salvatierra Carlos. Ob. Cit. p. 210.

⁷⁵ Idem.

⁷⁶ Idem.

El sustento Constitucional de la flagrancia se encuentra en el párrafo cuarto del artículo 16 Constitucional, el cual expresa: "En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público."

El párrafo en comento se reproduce aunque ampliado en el artículo 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el cual rebasa el precepto Constitucional, toda vez que prevé una hipótesis que no consagra nuestra Carta Magna, y es la concerniente a la equiparación del delito flagrante, que más adelante precisaremos, para concluir que ésta es inconstitucional por no tener sustento en ello y no anticonstitucional por no ir contra su texto.

Referente a los mismos supuestos normativos para determinar la presencia del "delito flagrante", la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se ha pronunciado que delito flagrante "es el que se está cometiendo actualmente sin que el autor haya podido huir, el que se comete públicamente y cuyo perpetrador ha sido visto por muchos testigos, al tiempo mismo en que lo consumaba, por tanto considerar flagrante el delito porque se miren sus consecuencias, constituye un grave error jurídico, la orden de aprehensión que se libre por las autoridades administrativas contra el autor probable del hecho que ocasiona esas consecuencias, constituye una violación al artículo 16 Constitucional.⁷⁷ Luego entonces, la flagrancia implica la actualidad en la comisión del delito o en la persecución del delincuente en forma inmediata a la comisión del hecho delictivo.⁷⁸

⁷⁷Tesis 85. Novena Parte. Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-1985, intitulada "FLAGRANTE DELITO".

⁷⁸DEL CASTILLO Del Valle, Alberto. Ob. Cit. p. 52-53.

Se considera que el delito es flagrante, cuando es descubierto en su momento de su ejecución, o en aquél en que el autor es sorprendido cuando lo acaba de cometer.⁷⁹

En principio, solamente se puede detener a una persona en los casos de flagrancia o caso urgente y lo puede hacer cualquier persona, sólo en caso de flagrancia, hipótesis éstas que son fuera de procedimiento judicial. La detención en delito flagrante no constituye una excepción a la garantía de legalidad, como algunos lo consideran por estar prevista y autorizada por la propia Constitución. Pero si constituye una excepción al principio de seguridad jurídica, por no ordenarla la autoridad competente, que sería el Juez y dicha detención se faculta para que la pueda hacer cualquier particular o autoridad aunque no sea la que refiere el artículo 21 de nuestra Carta Magna, pues no se requerirá el mandato por escrito de un Juez, donde se cumplen los requisitos de validez que prevé la Constitución.

2.3.1.1. FLAGRANCIA.

La voz **flagrancia** deviene del latín **flagrantia** que a su vez deriva de **flagar**, que significa arder, llamear de ahí se deriva que en el derecho romano se constituyera el **flagrum** que era un instrumento de suplicio para la flagelación impuesta como pena, que producía al que la sufría algo así como quemaduras y estaba formado por dos correas que llevaban en los extremos dos bolas de plomo. A través de los diversos significados en el Medioevo se fue dando a la flagrancia, después de la extinción del Imperio Romano, principalmente en las legislaciones germánicas, el derecho visigótico, la misma aparece en nuestro derecho para denotar algo tan evidente como el fuego, como lo es el sorprender a alguien en el preciso momento de cometer el

⁷⁹ DE PINA, Rafael, De Pina Vara Rafael. Ob. Cit. p. 292.

delito y es por ello que podemos decir que quien comete delito y es sorprendido en el acto de realizarlo.⁸⁰

La flagrancia no es definida por la norma constitucional, ni sería indicado que lo hiciera dice **GARCÍA RAMÍREZ**, porque la Constitución no es el lugar para dar connotaciones terminológicas. Los Códigos de Procedimientos Penales, en cambio estiman que existe flagrancia cuando:

I) El inculpado es detenido en el momento de estar cometiendo el delito (flagrancia propiamente dicha),

II) Inmediatamente después de ejecutar el delito, el inculpado es perseguido materialmente y detenido (cuasi-flagrancia),

III) El inculpado es señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiese participado con él en la comisión del delito, o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito, o bien aparezca con huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito, siempre y cuando se trate de delito grave así calificado por la ley; no haya transcurrido un plazo de setenta y dos horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos; se haya iniciado la Averiguación Previa respectiva y no se hubiera interrumpido la persecución del delito (flagrancia equiparada).⁸¹

El Ministerio Público en estos supuestos, iniciará la Averiguación Previa y bajo su responsabilidad podrá, decretar la retención del indiciado si están satisfechos los requisitos de procedibilidad y el delito merece pena privativa de libertad o bien, ordenará la libertad del detenido cuando la sanción sea no privativa de libertad o alternativa.⁸²

⁸⁰ Nuevo Diccionario de Derecho Penal. Ob. Cit. p. 449.

⁸¹ HERNÁNDEZ Pliego, Julio. Ob. Cit. p. 123 y 124.

⁸² Ibidem. p. 129.

La flagrancia es aquella situación que se produce de sorprender a alguien cometiendo un delito en el lugar de los hechos. Su naturaleza jurídica no pertenece al derecho penal, no corresponde a un elemento o una comisión insita del ilícito penal, sino de una circunstancia de tiempo, modo y lugar de carácter constitucional y de política criminal resultante de la relación que se da entre el delincuente y su acto reprochable, esta situación origina como consecuencia inmediata que quien sorprende al delincuente *in flagranti*, esté legalmente autorizado para detenerlo, sin que por ello a su vez incurra en algún delito.

La justificación de que toda persona esté facultada jurídicamente para detener a quien sea sorprendido en flagrante delito, o sea aquél que es visto precisamente en el lugar del hecho y en el restante de su comisión, deriva primero, de hacer compartir a los gobernados la responsabilidad social de impedir que en esos momentos se sigan vulnerando los derechos del injustamente agredido, además propiciar la seguridad pública al impedir la impunidad de que se sigan cometiendo los delitos.

La condición principal para que opere la autorización para detener a una persona en flagrancia es que en efecto se trate realmente de un delito el que se está cometiendo, no de una falta, pero además de los catálogos como perseguibles de oficio, pues de otra manera sería injustificada e ilegal la detención.

En la antigüedad, la flagrancia a partir de sus primeras manifestaciones en el derecho romano, se entendía a partir del vocablo latino *flagrum* que significa llamear, arder, quemarse, implicando ello, que el observar o presenciar la comisión de un delito debía de ser tan evidente e inconfundible como ver que algo se quemaba, o sea que no debería de haber duda de que efectivamente se trataba de un delito, para que se determinara la detención de aquél que la efectuara.

Este procedimiento fue variando durante la Edad Media y principalmente en el procedimiento acusatorio, a partir del Liberalismo de la Revolución Francesa, donde se fue estableciendo que la flagrancia implicaba ya no sólo sorprender a alguien cometiendo el delito en el momento mismo de su perpetración, sino que se fue ampliando el criterio, para señalar después que también habría flagrancia cuando inmediatamente después de cometido el delito, se diera a la fuga el delincuente y entonces la flagrancia abarcó el *interin* que se da entre la comisión del delito y la fuga en sí misma considerada.

Hoy la flagrancia puede darse también con independencia de la fuga, así pudieran haber transcurrido varias horas y aún días de haberse cometido el delito, si se le encontraron al inculpado objetos relacionados con los hechos punibles o fuera reconocido por la víctima, siempre y cuando se trate de un delito grave así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de setenta y dos horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se haya iniciado la Averiguación Previa respectiva y no se hubiera interrumpido la persecución del delito. Art. 267 párrafo segundo del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.⁸³

Comenta DÍAZ DE LEÓN,⁸⁴ que se requiere de una mayor regulación procesal, para dar garantías al gobernado, para dar seguridad jurídica y de paso propiciar respeto al principio de legalidad a los actos de la autoridad, para evitar arbitrariedades, abusos y desviaciones de poder, lo cual es un tema que se relaciona con la flagrancia y con los derechos humanos en el derecho penal, pues con frecuencia quien detiene en efecto, no siempre es el Ministerio Público, sino otra autoridad, como la policía preventiva, y entonces sucede que ésta no le entrega el detenido al Ministerio Público de inmediato, sino después de algún tiempo, sin desconocer que en ocasiones lo entregan a

⁸³ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Ob. Cit. pp. 282- 284.

⁸⁴ Ibidem. p. 384.

otras autoridades distintas como puede ser la policía judicial, la cual a su vez también retiene sin control de tiempo al individuo, y ya después lo conducen al Ministerio Público que es ante quien se computan las citadas cuarenta y ocho horas autorizadas por el párrafo séptimo del artículo 16 Constitucional para la retención resultando así ser un plazo indefinido y mayor al que constitucionalmente se menciona.

Existe la posibilidad de que incluso algún particular detenga a alguien en el momento exacto de estar cometiendo el delito, es la figura conocida como flagrancia.⁸⁵

⁸⁵ Nuevo Diccionario de Derecho Penal. Ob. Cit. p. 359.

2.3.1.2. PRESUNCIÓN DE FLAGRANCIA.

Presunción proviene del latín *praesuntio, -onis*. Es una proposición normativa acerca de la verdad de un hecho, que no admite prueba en contrario⁸⁶

Esta no se encuentra prevista en nuestro texto constitucional, ya que si bien el artículo 16 en su párrafo cuarto en que se alude al delito flagrante, no se define que es éste y mucho menos en su caso sus modalidades, sino que la norma secundaria y en específico el artículo 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, señala cuando se da una detención en delito flagrante pero va más allá, ya que en su párrafo primero y como ya se ha dejado precisado, prevé la auténtica flagrancia, al establecer que es cuando la persona es detenida en el momento de estarlo cometiendo, pero también se contempla una segunda hipótesis que obviamente no es un supuesto de auténtica flagrancia, sino que es una presunción de ella que la doctrina denomina *cuasi flagrancia* o *presunción de flagrancia*, ya que ésta se presenta cuando el autor del delito es perseguido material e inmediatamente después de ejecutado el delito y es detenido, es obvio que en estricto sentido, esto no se puede considerar como flagrancia, por lo que la ley instrumental que debe de definir y enmarcar el concepto constitucional de flagrancia, va más allá del contexto constitucional, pues ésta solamente habla de flagrancia, por lo tanto, se debe de entender que ésta es única y no como lo precisa la norma procesal que contempla dos supuestos en el párrafo primero del precepto constitucional citado, lo que desvirtúa y rebasa la norma, pretende regular y acotar, razón por la cual gran parte de la doctrina ha sustentado que dicha norma resulta inconstitucional, pero la jurisprudencia dictada al respecto no coincide con tal criterio.

⁸⁶ Ibidem. p. 805.

2.3.1.3. FLAGRANCIA EQUIPARADA.

Tampoco la prevé por las razones que han dejado expresadas nuestra norma fundamental en el artículo y párrafo citados, pero que sí se consagra en el artículo 267 párrafo segundo del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, del que se desprende que ésta se presenta cuando se colmen los siguientes requisitos:

1.- Cuando la persona es señalada como probable responsable por la víctima, por un testigo, por un partícipe en el delito.

2.- Que aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito.

3.- Que se trate de delito grave calificado así por la ley.

4.- Que no hayan transcurrido 72 horas desde el momento de la comisión del delito.

5.- Que se hubiere iniciado la averiguación previa respectiva. Entendiéndose que también debe estar satisfecho el respectivo requisito de procedibilidad.

Pero también un sector de la doctrina ataca dicho párrafo como inconstitucional sosteniendo que solamente debe subsistir la llamada auténtica flagrancia a la que nos hemos referido.

2.3.2. CASO URGENTE.

El fundamento constitucional del caso urgente, lo encontramos en el párrafo cuarto del artículo 16 de nuestra Carta Magna y su regulación procedimental en el Código Procesal Penal del Fuero Común para el Distrito Federal, en el artículo 268, la detención del individuo en caso urgente, es una de las formas permitidas por la Constitución y la ley procesal, para privar

a una persona física de su libertad, pero teniendo como presupuesta la comisión de un delito.

Ahora es menester precisar, que se entiende por caso urgente para privar de la libertad de una persona por autoridades distintas a la judicial.

Al respecto, tanto nuestra Constitución, como las leyes procesales penales, son omisas puesto que sólo refieren cuando procede, pero no lo definen, por lo que dan amplia libertad a la autoridad administrativa para determinar en que supuestos se está en dichos casos. Así los Agentes del Ministerio Público tanto federales como locales, valoran cada caso en concreto y discrecionalmente ejercen esta facultad que es una causa de restricción de garantías individuales, o sea, de aquellas garantías que dan competencia exclusiva a los Jueces para ordenar la privación de la libertad de una persona.⁸⁷

El caso urgente es una figura constitucional y procesal penal, constitutiva de un estado de excepción a las garantías de los artículos 14 y 16 Constitucional que disponen, el primero, que nadie podrá ser privado de la libertad sin mediar juicio ante autoridad judicial previamente establecida y el segundo, que no podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y autoriza al Ministerio Público para detener a un indiciado durante la Averiguación Previa, cuando se trate de delito grave, así calificado por la ley y ante el riesgo 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. En el llamado **caso urgente** el Ministerio Público puede ordenar por escrito fundando y motivando la detención de una persona.

La voz CASO significa "Suceso o acontecimiento."⁸⁸

⁸⁷ DEL CASTILLO Del Valle, Alberto. "GARANTÍAS INDIVIDUALES Y AMPARO EN MATERIA PENAL". Ob. Cit. p. 53.

⁸⁸ DE PINA, Rafael. De Pina Vara Rafael. Ob. Cit. p. 148.

De acuerdo a la lengua española, la palabra **caso** significa **“acontecimiento o circunstancia”**, y la palabra **urgencia** es **“la calidad de urgente, que corre prisa, que no puede ser retrasado, necesidad o falta apremiante o imperiosa de lo que es menester para algo”**, por lo que un caso urgente es aquel acontecimiento que se presenta y del que existe la necesidad imperiosa de que sea atendido sin retraso alguno.⁸⁹

Los requisitos para detener a una persona en caso urgente son:

a) Que la orden de detención del Ministerio Público se dé por escrito en una Averiguación Previa, donde el cuerpo del delito se relacione y atribuya al *indiciado* como probable autor o partícipe en los hechos relativos, fundando y motivando su resolución.

b) Que el indiciado haya intervenido en la comisión de los delitos señalados como graves de acuerdo al correspondiente Código Procesal Penal de que se trate.

c) Que exista riesgo fundado, suficiente e idóneamente probado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia.

d) Que por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia no pueda ocurrir ante la autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión.⁹⁰

⁸⁹ Gran Enciclopedia Larousse, Tomo VII, Ob. Cit. p. 87.

⁹⁰ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Ob. Cit. p. 385.

La detención del indiciado en caso urgente, es un acto de molestia personal que afecta el derecho de la libertad física del sujeto, el Ministerio Público tiene la obligación de fundar y motivar su proceder por escrito, y deberá tratarse realmente de un caso urgente, es decir, que exista la comisión de un delito grave, riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la acción de la justicia y que el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, para que libre la correspondiente orden de aprehensión.

Un caso urgente, se presenta cuando exista el riesgo de que el indiciado se fugue, es decir que evada la acción de la justicia penal federal o local, del Estado Mexicano. **ZAMORA PIERCE** refiere que el Constituyente permanente entiende que hay caso urgente, cuando existe un riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, considera que lo fundado es la opinión que tiene el Ministerio Público de que ese riesgo existe y de que su opinión se apoye en motivos y opiniones eficientes.⁹¹

La posición de **SILVA SILVA**, es que la detención posee un elemento de difícil interpretación, siendo éste, el poder definir “caso urgente”, agregando, que lo urgente es característico de toda medida cautelar y que convendría definir la urgencia dentro de una sospecha de fuga fundada en actos tangibles que lo revelen.⁹²

La opinión de **BRISEÑO SIERRA**, es que deberá sentarse como regla para considerar la idea de urgencia “que no hay tiempo para recabar del Juez respectivo el mandamiento que corresponde por la inminencia de la fuga del reo y la imposibilidad de asegurarlo de otra manera”.⁹³

⁹¹ ZAMORA-PIERCE, Jesús. Ob. Cit. p. 87.

⁹² SILVA Silva, Jorge Alberto. Ob. Cit. p. 84.

⁹³ BRISEÑO Sierra, Humberto. Ob. Cit. p. 92.

La palabra **grave** es definida por la lengua española como **serio, formal, peligroso**.⁹⁴

Se señala como primer requisito del caso urgente en la ley suprema y en la ley secundaria, que el indiciado haya intervenido en la comisión de algún delito, cuyo término medio aritmético exceda de cinco años de prisión, entendiéndose por término medio aritmético, como el cociente que se obtiene de sumar la pena mínima y máxima del delito de que se trate y dividirlo entre dos, considerando en ello las circunstancias modificativas de la penalidad del respectivo delito, tal como lo dispone el artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y no por cualquier delito perseguible de oficio o de querrela.

De acuerdo a **GARCÍA RAMÍREZ**, los delitos graves son aquellos que “afectan de manera importante los valores fundamentales de la sociedad”, debe entenderse un bien jurídico cuyo menoscabo o destrucción hacen imposible o deterioran profundamente la convivencia humana, ya que la afectación debe ser de importancia, pues puede ocurrir que el valor resguardado sea fundamental, pero la afectación resulta limitada o secundaria. Todos los bienes considerados en los delitos graves, relevantes, al tratarse de familias o especies delictuosas, no siempre quedan todas abarcadas por la gravedad, incluyéndose únicamente los que ocasionan mayor lesión o peligro.⁹⁵

En opinión de **FERNANDO BARRITA**, son graves los delitos dolosos que lesionan (en la consumación) bienes jurídicos de alto valor, en la actualidad no son graves únicamente los delitos que lesionan,

⁹⁴ Gran Enciclopedia Larousse, Tomo VII, Ob. Cit. p. 87.

⁹⁵ **GARCÍA Ramírez, Sergio. “CUADERNOS CONSTITUCIONALES MEXICO-CENTROAMÉRICA. COMENTARIOS SOBRE LAS REFORMAS DE 1993 AL PROCEDIMIENTO PENAL FEDERAL”**, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México 1994. p. 23.

también es considerado como grave el peligro del bien jurídicamente tutelado (tentativa).⁹⁶

Por cuanto hace al elemento de que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, esto es, cuando un sujeto comete una conducta delictiva sancionada por las leyes penales, en la generalidad su primera reacción es escapar del lugar en el que se cometió la conducta delictiva, con la finalidad de evadir la acción de la justicia, por lo que siempre existe el riesgo de que la persona que ha cometido un delito trate de evitar ser sometido a un procedimiento penal y como resultado de ello la aplicación de una sanción, pero el legislador se preocupó y determinó cuando existe dicho riesgo y así en el artículo 268 en el párrafo segundo del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, da su definición legal, al referir que existe riesgo fundado, en atención a las circunstancias personales del inculpado, a sus antecedentes penales, a sus posibilidades de ocultarse, a ser sorprendido al tratar de abandonar al ámbito territorial de jurisdicción de la autoridad que estuviere conociendo del hecho, o en general a cualquier indicio que haga presumir fundadamente que puede sustraerse de la acción de la justicia.⁹⁷

El párrafo es impreciso, pues cita situaciones ambiguas como ¿cuáles son las circunstancias personales del inculpado que hacen presumir que puede sustraerse a la acción de la justicia?. Estas circunstancias son, que se trate de una persona que no tiene un domicilio fijo, sea un sujeto que no tiene una actividad que lo arraigue en la Ciudad de México o que tenga el principal asiento de sus negocios en otra entidad federativa, o en el extranjero, que existan antecedentes de haberse fugado o evadido la acción de la justicia o de haber auxiliado a un tercero en su fuga, pero también porque

⁹⁶ BARRITA López, Fernando A. **“PRISIÓN PREVENTIVA Y CIENCIAS PENALES”**. 2ª ed. Ed. Porrúa. México, p. 99.

⁹⁷ COMPILACIÓN PENAL FEDERAL Y DEL D.F. 2007. Ob. Cit. p. 98.

dicha persona no tenga familia o bienes en esta entidad federativa o no sea originario de la misma.

Los antecedentes penales son de importancia, los cuales constan en la hoja de antecedentes nominales que debe de solicitar y obtener el Ministerio Público, a través del sistema de identificación tradicional de la Dirección General de Servicios Periciales de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, y estar en posibilidades de conocer realmente y no apreciaciones subjetivas, si el indiciado ha hecho del delito su forma de vida, y de ser positivo, apreciar la peligrosidad del mismo.

En cuanto a la posibilidad de que se oculte, puede presentarse el supuesto de que si el delito se cometió conjuntamente y uno de los participantes se dio a la fuga o existiendo declaración de éste al proporcionar sus generales respecto de su domicilio resulta que de investigaciones se desprende que no existe o existiendo no viva en ese lugar.

Cuando una persona es sorprendida después de la comisión del delito tratando de abandonar el ámbito de jurisdicción territorial de la autoridad que está conociendo del hecho, es evidente su intención de evadir la acción de la justicia.

Otro indicio que pudiera considerar el Ministerio Público para presumir que la persona intenta sustraerse a la acción de la justicia, es el hecho de que el indiciado trate de eliminar las pruebas o vestigios que pudieran incriminarlo, realizando para ello, actos tendientes a lograr su fin.

Comenta **EMILIO RABASA** y **GLORIA CABALLERO**

que “lo fundado no es el riesgo que siempre existe, sino la apreciación que a este respecto hace la autoridad”.⁹⁸

El hecho de no limitar la actuación al Ministerio Público para obtener la detención de los individuos en la presencia de un caso urgente, no solucionará el problema de la inseguridad que existe actualmente, aunque ayudará a abatir la impunidad, con la detención de quien haya cometido un ilícito penal, sean procesados sin el riesgo de que puedan evadir la acción de la justicia con su fuga.

El requisito referente a que el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar u otra circunstancia, presenta problemas para su interpretación y hace casi imposible que se pueda detener a un indiciado por un caso urgente, en virtud de que el único fin para que el Ministerio Público tenga que ocurrir ante la autoridad judicial es para solicitarle la correspondiente orden de aprehensión y para ello la Averiguación Previa deberá estar totalmente integrada para ejercitar la acción penal. Hay que tener presente que un caso urgente puede presentarse a cualquier hora del día, aún estando la autoridad judicial en su horario cotidiano de labores, pero la Averiguación Previa tiene que estar totalmente integrada para consignarla sin detenido y si a esto le sumamos que debe pasar a la oficina de consignaciones penales de la Procuraduría para que se elabore el pliego de consignación y después a la Dirección de Turno de Consignaciones Penales del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federa, para que éste le asigne mediante turno el juzgado que deba conocer el cual a su vez deberá remitirlo, y por tratarse de un delito grave tiene que radicarlo inmediatamente y dentro de los seis días siguientes resolver si ordena o niega la aprehensión solicitada, lo que encuentra sustento en el párrafo último del artículo 286 Bis del

⁹⁸ RABASA, Emilio O. y Caballero, Gloria. **“MEXICANO: ESTA ES TU CONSTITUCIÓN”**. Ed. Miguel Ángel Porrúa. México 1994. p. 26.

Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, si realizamos estos trámites normales para obtener la orden de aprehensión el probable responsable se escaparía y quedaría insatisfecha la necesidad de perseguir al delincuente, por lo que no es posible cumplir con el requisito mencionado, por encontrarse en horario laborable la autoridad judicial, el Ministerio Público no podría ordenar la detención de una persona cuando exista riesgo de que éste se pueda fugar además de que en una ciudad como la nuestra, por las características urbanas de espacio y población tan complejos, que resulta fácil para el delincuente evadir la acción de la justicia. En el momento en que se legisló, este requisito era aplicable, pero las condiciones sociales, políticas y económicas del Distrito Federal, han cambiado.

El hecho de que por razón del lugar el Ministerio Público no pueda ocurrir ante la autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión, condición y que se podría presentar en las rancherías o poblaciones muy alejadas de los lugares en los que exista autoridad judicial, en el Distrito Federal, no se presentaría este supuesto, ya que no hay que recorrer grandes distancias para llegar hasta donde se encuentra la autoridad judicial, pero hay que tener presente que la gran explosión demográfica y los problemas frecuentes de tránsito pudieran constituir un obstáculo para llegar a tiempo a los domicilios en que se encuentran ubicados los juzgados. Lo que puede hacer valer el Ministerio Público para no acudir ante la autoridad judicial, ordenar la detención de un indiciado, es lo que realmente puede cualificar la existencia de un caso urgente, siendo éste, el hecho de que se recibe la noticia, de que existe riesgo de fuga y que por ello el Ministerio Público tiene que actuar inmediatamente para evitarlo, ordenando su detención con el fin de asegurarlo y evitar que se sustraiga a la acción de la justicia, sin que deba tenerse como requisito previo la debida integración de la Averiguación Previa, en cambio sí deberán existir pruebas suficientes que acrediten la comisión de un delito grave y que hagan probable responsable en la comisión del ilícito penal a la persona que se ha de detener.

Este requisito limita y casi imposibilita la actuación del Ministerio Público para ordenar una detención en caso urgente, en razón de la hora y lugar; la circunstancia es la que realmente puede presentarse en el Distrito Federal, y por lo que el Ministerio Público puede ordenar a la Policía Judicial la detención de un indiciado sin que exista de por medio una orden de aprehensión, aunque no se especifican las circunstancias, el Ministerio Público puede hacer valer como ésta el medio de que la Averiguación Previa aún no se encuentra totalmente integrada y existe el riesgo de que el probable responsable se sustraiga a la acción de la justicia.

Hubiera sido mejor omitirlo, recordando el texto anterior a la reforma de 1993, en que se expresaba “no haya en el lugar ninguna autoridad judicial.”, lo que mal aplicado puede dar por la borda con las reformas al Código Penal y Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, publicada el 13 de Mayo de 1996 en el Diario Oficial de la Federación. Porque en esta hipótesis la Averiguación Previa debe de estar concluida y el Ministerio Público debe tener los elementos necesarios para ejercitar la acción penal. Pero creemos que con mayor frecuencia el Ministerio Público, se verá llamado a impedir una fuga cuando aún no ha integrado la Averiguación Previa. En esta hipótesis el Ministerio Público estará en la imposibilidad de ocurrir ante la autoridad judicial, no por razón de la hora, ni por razón del lugar, sino por razón de la circunstancia, de que nada tiene que hacer ante el juez, puesto que no cuenta con los elementos suficientes para ejercer la acción penal.⁹⁹

En realidad la urgencia se sustenta en la falta de integración de la Averiguación Previa, mucho más que en la falta de un juzgador a la mano, aquello constituirá esa “cualquier otra circunstancia que legitima la captura urgente.”¹⁰⁰ En el caso urgente, deben de existir datos suficientes de la responsabilidad probable penal de la persona a detener. Sería

⁹⁹ ZAMORA-PIERCE, Jesús. Ob. Cit. p. 87-88.

¹⁰⁰ GARCÍA Ramírez, Sergio. Ob. Cit. p. 97.

conveniente reflexionar sobre la posibilidad y necesidad de incorporar reformas a la Constitución que permitan al Ministerio Público disponer por sí la captura de un sujeto, cuando se compruebe debidamente su participación en determinado ilícito, captura por breve tiempo, legalmente determinado, rodeadas de garantías y sujeta a confirmación por parte de la autoridad judicial. Así el Ministerio Público procedería sólo en supuestos que permitieran presumir, razonablemente, que la demora deriva de un procedimiento normal de consignación y contención de la orden de captura, haría probable la sustracción del indiciado a la acción de la justicia.¹⁰¹

Si no se contempla el requisito para la existencia de un caso urgente, el hecho de no ocurrir ante la autoridad judicial por la hora y el lugar, no debe traducirse en dar toda la libertad al Ministerio Público para detener a cuanta persona desee, haciendo valer esta atribución y como consecuencia la práctica de detenciones ilegales llevándonos esto a antes de la vigencia de la Constitución de 1917, cuando los jueces practicaban constantemente este tipo de detenciones y que por ello fue necesario quitarle la función de investigador de los delitos, dándosela a la Institución del Ministerio Público y con ello también el ordenar la aprehensión únicamente cuando lo solicite el Ministerio Público. Si bien es cierto que no es requisito indispensable que esté debidamente integrada la Averiguación Previa, sí es necesario que en la indagatoria existan elementos suficientes que acrediten el cuerpo del delito y hagan probable la responsabilidad penal de la persona a detener, mismos que se encuentran implícitos en los dos primeros requisitos citados en la ley del caso urgente, es decir, la existencia de un delito grave y riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la acción de la justicia, pues detener a una persona sin que en la Averiguación Previa se acredite la existencia de un delito grave y sin que se desprenda de la misma que la persona que se pretende asegurar es la probable responsable de la comisión del ilícito penal, sería un acto que iría en

¹⁰¹ GARCÍA Ramírez, Sergio. **“JUSTICIA PENAL”**. 10ª ed. Ed. Porrúa. México 1982. p. 125.

contra del derecho natural del hombre de desplazarse libremente, es decir de su libertad ambulatoria o personal.

Si el Ministerio Público detuviera a un indiciado en presencia de un caso urgente, sin acudir ante la autoridad judicial, aunque ésta se encontrara en su horario de labores, no estaría invadiendo la esfera de atribuciones de esta autoridad, ni tampoco violando las garantías individuales del indiciado, ya que el artículo 16 Constitucional establece que la autoridad judicial se encargará de librar órdenes de aprehensión y el Ministerio Público de ordenar las detenciones ante un caso urgente, al actualizarse éste, el Ministerio Público ordena la detención del indiciado siempre que fundadamente exista un verdadero peligro de dejar burlada la acción de la justicia, por la demora de recabar de la autoridad judicial la orden correspondiente, asimismo, existan indicios de la probable responsabilidad de éste en la comisión de un delito, por lo que se le detiene para terminar la investigación, asegurando a la persona para evitar su fuga y una vez integrada, es decir acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, ejercitar la acción penal ante el Juez.

En cuanto al requisito del mandamiento escrito, fundado y motivado es pertinente precisar que en las relaciones entre los gobernantes y gobernados, es común la presencia de actos de los primeros que tienden a afectar la esfera jurídica de los gobernados, presentándose la necesidad de garantizar la seguridad jurídica de éstos en contra de los actos de la autoridad, que tiendan a afectar su esfera jurídica. Una medida adoptada para proteger a las personas en contra de los actos arbitrarios de la autoridad es la que se consagra en el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en este precepto se ordenan las formalidades que deben revestir todo acto de autoridad para que tenga validez y licitud.

Así **IGNACIO BURGOA** expone, el artículo 16 de nuestra Constitución es uno de los preceptos que imparten mayor protección a

cualquier gobernado, sobre todo a través de la garantía de legalidad que consagra, la cual, dada su extensión y efectividad jurídica, pone a la persona a salvo de todo acto de afectación a su esfera de derecho, que no sólo sea arbitrario, es decir que no esté basado en norma legal alguna, sino contrario a cualquier precepto, es a través de la garantía de legalidad, que se pretende que todo acto de molestia por parte de la autoridad sea legal, es decir, que se encuentre fundamentado y motivado en una ley. La fundamentación legal consiste en que los actos que originan la molestia de que habla el artículo 16 Constitucional, deben basarse en una disposición normativa general, que prevea la situación concreta para la cual, sea procedente realizar el acto de autoridad y que exista una ley que lo autorice, ya que las autoridades sólo pueden hacer lo que la ley les permita.¹⁰²

Fundar, significa de acuerdo a **OLGA ISLAS**, mencionar expresamente la específica norma jurídica que describe el hecho ejecutado por la persona que va a ser aprehendido o que debe de comparecer.¹⁰³

En la detención de un indiciado en caso urgente el Ministerio Público al emitir la orden, tiene la obligación de fundamentar su actuación, es decir, debe de citar las leyes y los preceptos de ella en los que apoya su acto de molestia, debiendo considerar los artículos 14, 16 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; los artículos 266, 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal; el artículo 3, fracción IV, de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, y el artículo 18, fracción IV de su reglamento, además de los preceptos consagrados en el Código Penal vigente para el Distrito Federal, de

¹⁰² BURGOA, Ignacio. **“LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES”**. 24ª ed. Ed. Porrúa. México, 1992. pp. 589, 602.

¹⁰³ ISLAS, Olga y Ramírez, Elpidio. **“EL SISTEMA PROCESAL PENAL EN LA CONSTITUCIÓN”**. Ed. Porrúa, México 1979.p. 57.

acuerdo al delito grave de que se trate y en que aparezca el indiciado como probable responsable.

La motivación es la otra parte que integra la garantía de legalidad, la cual es de igual importancia que la fundamentación.

La motivación es la causa legal del procedimiento, lo que implica que existiendo una norma jurídica aplica a situaciones concretas; el acto de autoridad de molestia, será aquél a que alude la fundamentación legal. Esto es, el concepto de motivación empleado en el artículo 16 Constitucional indica que las circunstancias y modalidades del caso particular encuadran dentro del marco general correspondiente establecido por la ley e implica, la necesaria adecuación que debe hacer la autoridad entre la norma general fundamentatoria del acto de molestia y el caso específico en el que éste va a operar o sentir sus efectos.¹⁰⁴

Expresa **LOZANO** que es indispensable el requisito constitucional de que el mandamiento emitido por la autoridad deba estar fundamentado y motivado, sin el cual tiene un carácter arbitrario y el interesado podrá resistirlo legalmente.¹⁰⁵

Motivar es invocar el hecho particular y concreto ejecutado por la persona que va a ser aprehendida o que debe comparecer y que se adecua exactamente al hecho que en forma general y abstracta describa la norma penal.¹⁰⁶

¹⁰⁴ BURGOA, Ignacio. **“LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES”**. 24ª ed. Ed. Porrúa. México, 1992. p. 108.

¹⁰⁵ LOZANO, José María. **“ESTUDIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL PATRIO (EN LO RELATIVO A LOS DERECHOS DEL HOMBRE)”**. 4ª ed. Ed. Porrúa. México 1987. p. 129.

¹⁰⁶ ISLAS, Olga y Ramírez, Elpidio. Ob. Cit. p. 109.

Para **PÉREZ PALMA** motivar equivale por una parte a expresar los hechos que le dan origen o que la motiven; y por otra a razonar, para establecer el vínculo lógico que exista entre el hecho y el derecho aplicable. La motivación es una narración sucinta del desarrollo de la conducta delictiva, adecuándola a los elementos del tipo penal, en la que se precisan las personas que intervinieron, tiempo, lugar y forma de la comisión del ilícito penal, mismos que deberán ser congruentes con el contenido de la indagatoria, en la que se reúnan las declaraciones, documentos y dictámenes periciales. Al emitir la orden de detención, el Ministerio Público, citará las leyes y preceptos aplicables al caso concreto, deberá establecer los motivos por los cuales el sujeto será privado de su libertad, es decir, en la Averiguación Previa deben existir elementos suficientes para acreditar que la persona es la probable responsable de la comisión de un delito grave, que exista riesgo fundado de que se sustraiga a la acción de la justicia y por tanto no se pueda acudir ante la autoridad judicial por no estar aún integrada la Averiguación Previa, para solicitarle a ésta, la orden de aprehensión. El Ministerio Público al motivar la orden de detención, debe hacer la adecuación entre la norma jurídica y el caso concreto, manifestando los hechos y circunstancias que se encuentren dentro de la Averiguación Previa y que dieran origen al acto de molestia, con el objeto de que el indiciado conozca el motivo de su detención y pueda defenderse. Como la libertad personal, es un derecho fundamental, la medida cautelar que se concreta deberá aplicarse mediante una resolución motivada, ya que es consecuencia directa de la valoración que hace el Ministerio Público, de las diligencias que aparecen en la indagatoria, de la existencia del delito y la probable responsabilidad. Es menester que el Ministerio Público fundamente y motive la detención en un mandamiento escrito, el cual deberá darse a conocer a la persona en el momento de su detención, con el objeto de que este se haga sabedor del motivo de su detención y de la autoridad que la emite, así como para determinar lo que ha de practicar el agente de la Policía Judicial.¹⁰⁷

¹⁰⁷ PÉREZ Palma, Rafael. Ob. Cit. pp. 87-88.

**IGNACIO BURGOA¹⁰⁸, JOSÉ MARÍA LOZANO¹⁰⁹,
JORGE MANCILLA OVANDO¹¹⁰ y HUMBERTO BRISEÑO SIERRA¹¹¹,**
coinciden en que para que se satisfaga la garantía formal de mandamiento escrito no basta que éste se emita para realizar algún acto de molestia en alguno de los bienes jurídicos que menciona el artículo 16 Constitucional, sino que es menester que el particular afectado se le comunique o se le de a conocer, esta comunicación o conocimiento puede ser anterior o simultáneos a la ejecución del acto de molestia y solo tiene como finalidad que el gobernado se entere de la fundamentación y motivación legales del hecho autoritario que lo afecte, así como de la autoridad de quien provenga.

La orden de detención como todo mandamiento de autoridad, consta por escrito realizando una exposición de los hechos, análisis de las pruebas actuadas, la determinación de la ley aplicable, es decir, fundamentada y motivada, asimismo deberá aplicarse la identidad personal del indiciado, especificando nombre y apellidos de quien deba detenerse, sobrenombre o mote en caso de conocerse, señas particulares, igualmente es indispensable que el mandamiento contenga el nombre y firma del Ministerio Público que ordena, fecha y lugar de expedición y cargo de quien la ejecutará. Estos requisitos son complementarios, para que el Ministerio Público esté en posibilidad de ordenar la detención del indiciado en caso urgente, la falta de alguno de éstos, impide que se integre un caso urgente. Previo a esta orden de detención (delitos de oficio), deberá constar en la indagatoria, el acuerdo de detención respectivo. El indiciado una vez detenido, podrá ser retenido por un plazo máximo de 48 ó 96 horas, tratándose de delincuencia organizada, acordando el Ministerio Público la retención de éste, cuando de las diligencias posteriores a su detención se acredite la identidad del detenido, como el sujeto que se ordenó detener.

¹⁰⁸ BURGOA Orihuela, Ignacio. **“LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES”**, 22ª ed. Ob. Cit. p. 108.

¹⁰⁹ LOZANO, José María. Ob. Cit. p. 93.

¹¹⁰ MANCILLA Ovando, Jorge Alberto. Ob. Cit. p. 109.

¹¹¹ BRISEÑO Sierra, Humberto. Ob. Cit. p. 95.

No hay que olvidar que las detenciones que ordena el Ministerio Público, una vez que éste ejercita la acción penal, serán calificadas por el Juez, quien decidirá si la actuación del Ministerio Público se apega a la Constitución y la ley, si es así, ratificará la detención, en caso contrario, ordenará su libertad, tal como lo disponen los artículos 268 Bis párrafo tercero y 286 Bis párrafo tercero, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.¹¹²

La ley otorga la atribución para ejecutar la orden de detención en caso urgente a la policía en general, no sólo a la denominada Policía Judicial, lo que encuentra fundamento en los artículos 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 268 párrafo tercero del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en los artículos 3° fracción II, 23 y 24 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal y el en artículo 24 fracción V del reglamento de la Ley Orgánica citada, obligando a la Policía Judicial que se encarga de ejecutar la detención de poner al detenido inmediatamente ante el Ministerio Público que dictó la orden, para que termine de integrar la averiguación previa, en el entendido que la policía, sólo con la orden escrita dictada por el Ministerio Público puede privar de la libertad a una persona. Los agentes de la policía que practiquen la detención del indiciado deberán ponerlo inmediatamente a disposición del Ministerio Público debiendo entregar a éste un escrito de puesta a disposición en el que se precise la forma en que se detuvo a la persona y los objetos que tenía en su poder al momento de la detención.

Un elemento que debe reunirse para dictar la orden de detención, es que ésta sea ordenada por el Ministerio Público durante la etapa de la Averiguación Previa.¹¹³

¹¹² Compilación Penal Federal y del D.F. Ob. Cit. pp.99,102.

¹¹³ ZAMORA-PIERCE, Jesús. Ob. Cit. p. 87.

A criterio de **PÉREZ PALMA**, las detenciones que realiza el Ministerio Público o la policía judicial son necesarias, indispensables para el mantenimiento del orden social, ya que son un mal necesario porque entraña una medida de seguridad sin la cual la vida en común resultaría imposible.¹¹⁴

La posición de **RODRÍGUEZ y RODRÍGUEZ**, quien afirma que la detención preventiva tiene como única justificación de ser una medida cautelar indispensable para lograr los fines del proceso penal, los objetivos que se persiguen con la detención son diversos, generales y fines específicos.¹¹⁵

Por lo tanto, el principal objetivo de la detención en caso urgente, es el aseguramiento del indiciado, para evitar su fuga u ocultamiento y con ello, la presencia de éste durante el desarrollo del proceso y en caso de una sentencia condenatoria poder realmente aplicarla, y crear seguridad, abatiendo la delincuencia y la impunidad del autor del delito.

La voz **indicio**, deriva del latín **indicare**, que significa conocer o manifestar. Hecho conocido que sirve de base para que opere el mecanismo intelectual de la prueba denominada presuncional. A partir de este hecho, puede lograrse la identificación del hecho que se tenía como desconocido hasta ese momento procesal.¹¹⁶ También se afirma que proviene del latín **indicium** que significa señal o signo aparente y probable de que exista una cosa. En el campo procesal los indicios son los signos, señales, rastros o huellas que sirven para presumir que un hecho o acto pudo suceder o que ha sucedido, en otras palabras toda acción o circunstancia relacionada con el hecho que se investiga y que permite inferir su existencia y modalidades, es un

¹¹⁴ PÉREZ Palma, Rafael. **“FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL PROCEDIMIENTO PENAL”**. Ed. Cárdenas. Editor y Distribuidor. México 1980. p. 182.

¹¹⁵ RODRÍGUEZ, Rodríguez, Jesús. **“ESTUDIOS SOBRE DERECHOS HUMANOS ASPECTOS NACIONALES E INTERNACIONALES”**. Ob. Cit. p. 88.

¹¹⁶ Diccionario Jurídico Harla. Vol. IV. Ob. Cit. p. 104.

indicio, así todo hecho que guarde relación con otro puede ser llamado indicio. Desde el punto de vista criminalístico, se entiende por indicio todo objeto, instrumento, huella, marca, rastro, señal o vestigio que se usa y se produce en un hecho posiblemente delictuoso, cuyo estudio permitirá establecer si existió o no así como precisar la identidad del perpetrador y/o la víctima y la relación de estos con el hecho.¹¹⁷

Para **DE PINA y DE PINA VARA**, *indicio*, es la “Prueba indirecta deducida de una circunstancia o circunstancias, -es decir, de cualquier accidente de tiempo, lugar, modo, etcétera-, que en relación con un hecho o acto determinado permite racionalmente fundar su existencia”.¹¹⁸

Pues bien, se puede definir al indicio, como la circunstancia, hecho o acto que sirve de antecedente o base para presumir la existencia de otro hecho. A la persona vinculada con un *indicio*, será el **indiciado**.

La palabra *indiciado* deriva del latín *indicium*. Persona respecto de la cual, existen indicios para creer que es responsable de un delito. Se le denomina así en la etapa de la Averiguación Previa.¹¹⁹

Habrá caso urgente y el Ministerio Público podrá ordenar por escrito la detención, bajo su responsabilidad, fundando y expresando los indicios que acrediten:

a) Que el indiciado haya intervenido en la comisión de un delito catalogado como grave.

¹¹⁷ Nuevo Diccionario de Derecho Penal. Ob. Cit. p. 540.

¹¹⁸ DE PINA, Rafael, De Pina Vara Rafael. Ob. Cit. p. 318.

¹¹⁹ Nuevo Diccionario de Derecho Penal. Ob. Cit. p. 540.

El artículo 268 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, dispone que para todos los efectos legales, son graves los delitos sancionados con pena de prisión cuyo término medio aritmético exceda de cinco años. Respecto de estos delitos, no se otorgará el beneficio de la libertad provisional bajo caución, prevista en la fracción I, del apartado A, del artículo 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El término medio aritmético es el cociente que se obtiene de sumar la pena mínima y la máxima del delito que se trate y dividirlo entre dos.¹²⁰

El legislador, expresa como argumento, para calificar a los citados delitos como graves, el que afecten valores fundamentales de la sociedad, lo cual por lo menos resulta incompleto y contradictorio porque hace pensar que los otros delitos no afectan aquellos valores.

b) Otro requisito para justificar la detención por caso urgente es que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y

c) Que por la hora, lugar o cualquier otra circunstancia no pueda ocurrir el Ministerio Público a la Autoridad Judicial, para solicitar la Orden de Aprehensión.¹²¹

La propia constitución en el artículo 16 establece, el denominado **caso urgente**, como excepción a quien emite la detención, de una persona solo por disposición del Ministerio Público, sin que medien las formalidades esenciales del procedimiento, ni la orden judicial de captura. El caso urgente es aquella medida precautoria, derivada el riesgo fundado de que el indiciado pueda darse a la fuga, evadiendo la acción de la justicia,

¹²⁰ Compilación Penal Federal y del D.F. Ob. Cit. p. 98 y 99.

¹²¹ HERNÁNDEZ Pliego, Julio A.. Ob. Cit. p. 129.

sustrayéndose a la investigación en la Averiguación Previa que permite al Ministerio Público decretar su detención por acto propio, o sea, sin habersele dado la correspondiente orden de aprehensión por órgano jurisdiccional, la esencia jurídica de dicha medida no pertenece al campo del derecho penal, sino al derecho procesal penal, pues no corresponde a una condición implícita en el delito, sino a circunstancias personales de tiempo, modo y lugar, relacionadas con el indiciado, que motivan como excepción al principio constitucional de no ser privado de su libertad, sin que se hubiera librado orden de aprehensión en su contra por un juez penal, su condición para ser investigado por el Ministerio Público. La autorización al representante social, para detener sin orden de aprehensión girada por órgano jurisdiccional, se encuentra prevista en el párrafo quinto del artículo 16 de Nuestra Carta Magna, este párrafo no faculta al Ministerio Público para dictar la llamada **retención del indiciado**, sino sólo la **detención**, lo cual provoca una incongruencia con lo que establece el párrafo séptimo del mismo artículo, que sin mayor explicación establece que ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, lo que implica que carezca de soporte constitucional, por no autorizarlo el párrafo quinto, la citada facultad de **retener** al indiciado por parte del Ministerio Público.¹²²

Otra excepción permitida es la conocida como **notoria urgencia** que consiste, en lo siguiente, cuando el agente del Ministerio Público, en casos urgentes, tratándose de delito grave o ante el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, siempre que no pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia, podrá ordenar la detención de aquél bajo su responsabilidad, fundando y expresando los indicios que motiven su actuación.¹²³

¹²² DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Ob. Cit. pp. 384-385.

¹²³ Nuevo Diccionario de Derecho Penal. Ob. Cit. p. 359.

2.4. REQUISITOS.

La detención como una forma de privar de la libertad física al sujeto y como una forma de afectar un derecho natural del hombre, es indispensable que se especifiquen los requisitos necesarios para su alteración, por lo que en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el artículo 16 párrafo quinto consagra una garantía de seguridad jurídica, referida a que la orden de detención deberá ser ordenada sólo por el Ministerio Público, cuando se esté en presencia de un caso urgente, por medio de la cual, se privará de la libertad de ambulación a las personas que se encuentren dentro de tal supuesto legal, previéndose en este mismo precepto, la detención en flagrante delito y a través de la orden de aprehensión.

Entre los requisitos genéricos para detener a una persona y creo que el primero, es que se hubiera satisfecho, cualquiera de los requisitos de procedibilidad, según correspondiera, siendo los genéricos, la denuncia y la querrela.

2.4.1. EN FLAGRANTE DELITO.

Como se ha expresado, existe diferencia entre lo que es flagrancia, desde el punto de vista constitucional, ya que se dispone en el párrafo cuarto del artículo 16 de nuestra Carta Magna, el cual sólo alude a la flagrancia lisa y llana, que algunos autores denominan flagrancia auténtica, término que compartimos. En cambio, el artículo 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, en su párrafo primero y segundo, prevé no sólo la auténtica o propia flagrancia, o directa o material como otros la denominan, sino también otras formas de la misma o especies, como son la cuasiflagrancia o presunción de flagrancia y la llamada flagrancia

equiparada o impropia como también se le conoce, lo que motiva precisar cada una de ellas.

Por cuanto a la detención de la persona en auténtica flagrancia son:

1. Que se esté ejecutando u omitiendo hechos aparentemente constitutivos de un delito, sin que se exija que éste sea consumado, basta con que sea en grado de tentativa, obviamente en aquellos delitos que admiten la misma.

2. Que el sujeto responsable del hecho, esté físicamente en el lugar y sea detenido.

3. Que el delito sea del conocimiento del público presente al cometerse.

4. Que sea detenido en el lugar y en los momentos de cometerlo, o sea que la detención sea *ipso facto* al delito.

5. Que la detención la haga cualquier persona, y no solamente el ofendido o la víctima del mismo y en cualquier forma, siempre que no sea ilícita.

6. Que el delito tenga cuando menos como sanción principal, la pena de prisión. Considerando que tal requisito es muy difícil de cumplir, puesto que se requiere aunque no expresamente, que la persona tenga conocimientos técnicos en materia de derecho penal, para saber que el delito respectivo se sanciona con pena privativa de la libertad, y creo que para salvar ello, basta que su conocimiento le permita saber que dichos hechos son constitutivos de algún delito y se sancionan con pena de prisión, pues de lo contrario, dicho requisito sería de imposible realización.

7. No se requiere que el ofendido o víctima del delito manifieste en el momento de la detención, personalmente, que se detenga a su agresor, pues creo que bastaría que el tercero que haga la detención, así lo considere y que legalmente proceda, cumpliendo con ello, con su responsabilidad social y evitar la impunidad.

8. No se requiere que se haya satisfecho, previamente el requisito de procedibilidad respectivo, sino que éste se presenta posterior a la detención ante la autoridad competente.

Los requisitos que se deben de satisfacer para el caso de detención en cuasi flagrancia o presunción de flagrancia, deben ser:

1. Que se haya cometido un delito.
2. Que éste sea del conocimiento público.
3. Que se conozca la identidad de la persona que lo cometió.

4. Que el autor del hecho punible, después de ejecutado el delito, abandone el lugar de comisión pretendiendo darse a la fuga.

5. Que sea perseguido material e inmediatamente el autor del hecho delictivo, por el ofendido o víctima o por cualquier otra persona que haya presenciado la comisión del delito.

6. Que sin cesar la persecución material, se detenga al probable responsable.

7. No importa el tiempo que dure la persecución, siempre y cuando no cese la misma.

8. No importa la forma de detención, siempre que no resulte ilegal.

9. La persecución y detención la puede hacer cualquier persona, no sólo el ofendido o víctima del delito.

10. No se exige que se haya satisfecho el requisito de procedibilidad correspondiente antes de la detención.

Finalmente la llamada detención en flagrancia equiparada, que es la más recurrente, se requiere:

1. Que el ofendido o víctima o cualquier testigo presencial de los hechos (no cualquier testigo en general), o participe en el delito, señale al probable responsable de éste.

2. Que se encuentre en poder del detenido (probable responsable) al momento de su detención el objeto, instrumento o producto del delito.

3. Que existan indicios o hechos que hagan presumir fundadamente que el sujeto señalado, sea el probable responsable del delito.

4. Que se trate de un delito grave calificado así por la ley, este requisito es difícil de cumplir en la realidad, puesto que como se ha asentado, se requeriría que quien hiciera la detención, tuviera conocimientos jurídico-penales.

5. Que no hubiera transcurrido más de 72 horas desde el momento de comisión del delito al momento de detención. El problema práctico y legal, que representa este requisito, es quien va hacer dicho cómputo.

6. Aquí sí se requiere que previamente se hubiere satisfecho el requisito de procedibilidad procedente y por ende, se hubiere iniciado la averiguación previa respectiva.

7. Que la persecución material del probable responsable, no se hubiere interrumpido antes de la detención.

2.4.2. EN CASO URGENTE.

Podemos considerar que se está en una detención en Caso Urgente de acuerdo al párrafo quinto del artículo 16 de nuestra Carta Magna, que reproduce el artículo 268 del ordenamiento procesal penal para el Distrito Federal, cuando se colmen, los requisitos siguientes:

1.- Que existan indicios que hagan probable la comisión del delito.

2.- Que se trate de delito grave así calificado por la Ley.

3.- Que existan indicios que hagan probable la participación del indiciado en su comisión.

4.- Que exista riesgo fundado que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la Justicia.

5.- No pueda acudir el Ministerio Público ante la Autoridad Judicial competente por razón de la hora, lugar o circunstancias, para solicitar la orden de aprehensión respectiva.

6.- Que lo ordene el Ministerio Público que tiene a su cargo la investigación.

7.- Que lo haga por escrito, fundando y motivando su determinación.

8.- Que exprese los indicios que acreditan los anteriores requisitos.

9.- Que la detención la haga el Ministerio Público si está ante su presencia y en los demás casos la debe hacer la Policía a su cargo.

2.5. COINCIDENCIAS Y DIFERENCIAS ENTRE DETENCIÓN, ASEGURAMIENTO, ARRAIGO, CATEO, ARRESTO, APREHENSIÓN Y REAPREHENSIÓN.

Pareciera ser que esas instituciones procesales son lo mismo o equivalentes, pero no es así, ya que su naturaleza y finalidad es distinta, aunque coinciden en ser instrumentos que fáctica y jurídicamente, permiten la determinación de una persona.

DETENCIÓN.

La **detención** es un estado de privación de libertad en que se encuentra una persona cuando ha sido depositada en una cárcel o prisión pública u otra localidad que preste la seguridad necesaria para que no se evada.¹²⁴

La detención es un concepto constitucional y procesal y se refiere a un acto instantáneo realizado por la autoridad competente en contra de un individuo al cual, por ese momento único se le captura y se le priva de su libertad ambulatoria situación que le impide volver a su *status* físico y de decisión anterior al momento de la detención. Sin embargo, si esta detención se prolonga más allá del momento mencionado, ello de inmediato se traduce en la retención, la cual ya es cautiverio que impone la autoridad por la fuerza a la persona, o sea, se le priva de la citada libertad ambulatoria y se le imposibilita realizar las actividades que les sean comunes o que quisiera efectuar, en suma se le sustrae de su normal habitat.

El Constituyente permanente olvidó autorizar expresamente al Ministerio Público, para retener por menos de cuarenta y ocho horas, pues inadecuadamente solo le prohibió retener por más de ese plazo, la retención no se encuentra expresamente autorizada en forma positiva al Ministerio Público, por el artículo 16 Constitucional, solo se alude a la detención tratándose de flagrancia o caso urgente, en el párrafo sexto se establece la obligación al Juez de calificar la constitucionalidad sólo de la detención por parte del Ministerio Público, durante la Averiguación Previa, pero no expresa textualmente a la retención, por lo que en este sentido al Juez no le está autorizado calificar lo relativo a la retención.¹²⁵

¹²⁴ Diccionario Jurídico Harla. Ob. Cit. p. 20.

¹²⁵ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Ob. Cit. p. 388.

El Ministerio Público desde el primer momento en que el indiciado fuese presentado, dentro de la Averiguación Previa, debe de actuar a la manera de una declaración preparatoria, en términos de las fracciones II, III y IX del apartado A, artículo 20 Constitucional, además cuando el detenido fuese un indígena o extranjero, que no habla o no entiende suficientemente el castellano se le designará un traductor que le hará saber los derechos como lo ordena el artículo 183 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, artículo 8º numeral 2 de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Si se tratará de un extranjero, la detención se comunicará de inmediato a la representación diplomática o consular y además se mantendrán separados a los hombres y a las mujeres en los lugares de detención o reclusión.¹²⁶

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

La interrogante que surge, es qué se considera como delincuencia organizada, ya que la Constitución. no la describe, y tampoco el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, la definen, pero sí se refieren a ella en el artículo 268 bis del Código Procesal de la materia para el Distrito Federal y en el artículo 254 se expresa, que habrá delincuencia organizada cuando tres o más personas se organicen o acuerden organizarse de forma permanente o reiterada para cometer alguno o algunos de los delitos que señala en sus catorce fracciones, siendo ataques a la paz pública, corrupción de menores e incapaces, extorsión, falsificación de documentos públicos, homicidio, lenocinio, operaciones con recursos de procedencia ilícita,

¹²⁶ Ibidem. p. 524.

pornografía infantil, privación de la libertad personal, retención y sustracción de menores incapaces, robo, secuestro, tráfico de menores y violación.

ASEGURAMIENTO.

La palabra **aseguramiento**, etimológicamente deriva del latín **assecurare**. Es una medida cautelar que decreta el Juez o el Ministerio Público, para impedir que se oculten o pierdan los objetos relacionados con el delito y que sean necesarios o tengan relevancia para el proceso. El aseguramiento se efectúa mediante el secuestro y depósito que se hace de los objetos bajo la responsabilidad de la autoridad que lo dicte.¹²⁷

Así, gramaticalmente significa acción y efecto de asegurar.¹²⁸ En este contexto, es incorrecto utilizar dicho vocablo, respecto de personas, ya que sólo es aplicable correctamente con referencia a objetos.

ARRAIGO.

En cambio la voz **arraigo** deriva del catalán **ad:a y radicar: radicar**. En nuestro sistema procesal penal el arraigo es una medida cautelar, que durante la averiguación previa, se impone con vigilancia de la autoridad al indiciado, para los efectos de que ésta cumpla con los requerimientos del Ministerio Público en razón de la investigación de un hecho delictivo.¹²⁹

El vocablo **arraigo** es un sustantivo formado del verbo **arraigar (se)** procedente del latín vulgar **adradicare**, referido a echar

¹²⁷ Nuevo Diccionario de Derecho Penal. Ob. Cit. p. 123.

¹²⁸ DE PINA, Rafael, De Pina Vara Rafael. Ob. Cit. p. 109.

¹²⁹ Nuevo Diccionario de Derecho Penal. Ob. Cit. p. 119.

raíces. Procedimentalmente *latu sensu*, es considerado como un acto prejudicial cuando se realiza con anterioridad a un juicio, cuando hubiere temor de que se ausente u oculte, la persona contra quien debe entablarse demanda, como providencia precautoria, el arraigo, podrá decretarse cuando hubiere temor de que se ausente u oculte la persona contra quien debe establecerse o se haya establecido una demanda, encaminada a asegurar el cumplimiento de una sentencia definitiva, que dicta el Juzgador a petición de la parte interesada. También puede presentarse la posibilidad de arraigo cuando se haya establecido una demanda, debiéndose sustanciar un incidente por cuerda separada y conocer de ella el Juez, que al ser presentada, tenga ya conocimiento del negocio. La finalidad es impedir que el arraigado abandone el lugar del Juicio, sin dejar un mandamiento o Representante que pueda contestar la demanda, según corresponda al proceso y responda de la sentencia que se dicte.

El arraigo se extiende al deudor, tutores, albaceas, socios y administradores de bienes ajenos. La consecuencia legal para el arraigado que quebranta el arraigo sin dejar apoderado instruido, es ser declarado rebelde sin necesidad de que medie petición de la parte contraria.¹³⁰

No se trata como pena cuando se decreta por los Tribunales o Autoridades gubernativas para instruir un proceso.¹³¹

Es la medida precautoria que tiene por objeto asegurar la disponibilidad del indiciado durante la Averiguación Previa o durante el proceso penal. En la Averiguación Previa puede darse como beneficio en delitos cometidos por tránsito de vehículos o bien en delitos con penalidad mínima, pero actualmente se utiliza en delitos considerados como graves cuando el Ministerio Público durante el término que le concede la Constitución

¹³⁰ Diccionario Jurídico Harla. Vol. IV. Ob. Cit. p. 31.

¹³¹ SERRA, Rojas Andrés. DICCIONARIO DE CIENCIA POLÍTICA. A-LL. FACULTAD DE DERECHO/ UNAM. Fondo de Cultura Económica. México 1998. p. 81.

para determinar la situación jurídica del detenido, en la Averiguación Previa, todavía no la ha integrado y por ende tampoco ha integrado el cuerpo del delito o la probable responsabilidad del indiciado, por lo que solicita al Juez de la competencia, el arraigo del detenido pero con vigilancia, con el objeto de que en su oportunidad, se libere la orden de aprehensión y el sujeto se encuentre ubicado a fin de cumplimentar la orden dictada por el Juez. Cuando el Ministerio Público en una Averiguación Previa estima necesario el arraigo del indiciado, debe de tomar en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales de aquél, se recurrirá al órgano jurisdiccional, fundando y motivando su petición, para que éste escuche al indiciado y resuelva al respecto; si lo decreta, debe determinar si es con vigilancia de la autoridad, que ejercerá el Ministerio Público y sus auxiliares. El arraigo se prolonga por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la Averiguación Previa de que se trate, pero no excederá de 30 días prorrogables por otros 30 días más a solicitud del Ministerio Público. Pero el Juez para resolver debe escuchar al Ministerio Público y al arraigado sobre la subsistencia o el levantamiento del arraigo. Según lo dispone el artículo 270 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Sólo falta mencionar que dicha figura no estaba contemplada en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que se trataba de una institución exclusivamente procesal penal, pero a partir de la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación del 18 de Junio de 2008, solamente se prevé según el párrafo séptimo para los casos de delitos de delincuencia organizada por cuarenta días, plazo que podrá prorrogarse por otro tanto igual, esto es que no podrá exceder de ochenta días y es de competencia estrictamente Federal.

CATEO

El fundamento legal del cateo lo encontramos en el párrafo décimo del artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que prevé: En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir, se expresará el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluir un acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia.

En la Constitución se regulan las denominadas órdenes de cateo por mandato judicial, quién es el único que las puede expedir, lo cual es bastante claro y solamente huelga considerar que se debe de precisar el término en que debe de llevarse a cabo, el cual debe ser breve dada la naturaleza de la medida, ya que se pretende asegurar al activo del delito o asegurar algún objeto para la integración de alguna averiguación previa pero además se debe fundar y motivar por el Ministerio Público por ser autoridad, la razón de su pedimento, para que el Juez lo considere y esté en posibilidades de acordar de conformidad o no su pedimento.

En caso que el juzgador conceda la orden de cateo, en la misma pieza de autos, debe de determinar quien deberá de practicar la diligencia, si va a ser el Ministerio Público y su personal, o el Juez con el personal correspondiente judicial, también debe determinar plazo perentorio para que sea practicado, levantándose en su caso el acta circunstanciada respectiva del resultado del mismo y con ella en un plazo que fija el Juez al Ministerio Público, deberá notificarle el resultado de dicha diligencia, anexándole copia de la misma y en caso de que vencido el plazo para efectuarlo, éste no se realice, quedará sin efectos dicha autorización.

ARRESTO

Etimológicamente, **arresto** deviene del latín **arrestare**, de **ad** y **restare: quedar**. Es la privación de la libertad de corta duración, decretada por una autoridad judicial o administrativa, siendo cuando se dicta por autoridad judicial, una corrección disciplinaria establecida en la ley y que se impone al que comete una falta en el proceso.¹³²

La acción de arrestar deriva del latín vulgar **arrestar**, entendida como **detener**. El denominado **arresto judicial**, se refiere a una detención provisional por tiempo breve realizado en contra de una persona que inobserva una orden de autoridad judicial. Es un medio de apremio establecido en la ley para hacer cumplir sus determinaciones los jueces y se realiza en lugar distinto a aquel en el cual se cumplen penas de privación de libertad.¹³³

Su fundamento legal, está en el artículo 31 fracción IV (hasta treinta y seis horas como máximo) del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, cuando se impone como medida disciplinaria y en el artículo 33 fracción III del citado cuerpo normativo procesal cuando tiene el carácter de medida de apremio.

Para de **DE PINA y DE PINA VARA**, es la detención provisional del presunto reo. Corta privación de libertad, que puede ser impuesta por la autoridad judicial o administrativa.¹³⁴

De conformidad con el conjunto de principios para la protección de todas las personas sometidas a cualquier forma de detención o prisión, en los que se prevé, inciso a) Arresto.- Por “arresto” se entiende el auto de aprehender a una persona con motivo de la supuesta comisión de un delito o

¹³² Nuevo Diccionario de Derecho Penal. Ob. Cit. p. 121.

¹³³ Diccionario Jurídico Harla. Vol. IV. Ob. Cit. p. 31.

¹³⁴ DE PINA, Rafael, De Pina Vara Rafael. Ob. Cit. p. 107.

por acto de autoridad; b) Por “persona detenida” se entiende, toda persona privada de la libertad personal salvo cuando ello haya resultado de una condena por razón de un delito.¹³⁵

Principio 2. El arresto, la detención... o la prisión, sólo se llevarán a cabo en estricto cumplimiento de la ley y por funcionarios competentes o personas autorizadas para ese fin.¹³⁶

Principio 10. Toda persona arrestada será informada en el momento de su arresto de la razón por la que se procede a él, y notificada sin demora de la acusación formulada contra ella.¹³⁷

Como podrá observarse, dicho vocablo tiene una cualidad diferente al que le asignamos en nuestro orden jurídico interno.

APREHENSIÓN

La palabra ***aprehensión***. Proviene del latín ***apprehensión, onis***. En el proceso penal es una medida cautelar que consiste en la captura del indiciado y únicamente puede ser decretada por el Juez, y tiene por finalidad asegurar el objeto y desarrollo del proceso así como hacer factible la imposición de la pena privativa de libertad en los delitos que la prevén, para el caso que se dictara una sentencia condenatoria. Por lo mismo, la aprehensión sólo se da en los procesos donde se autoriza la prisión

¹³⁵ Copyright. 1996-2002. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Ginebra, Suiza. <http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h-comp.36sp.htm>.

¹³⁶ Idem.

¹³⁷ Idem.

preventiva, es decir, en aquellas instancias que tratan de delitos que contemplan una sanción privativa de libertad.¹³⁸

Pero también significa la “Acción o efecto de aprehender, o sea, de prender a una persona.”¹³⁹

El origen etimológico de esta voz, deriva del latín **apprehensio** que viene a la vez de la palabra **aprehendere**, que está compuesta de **ad, a**, y **aprehendere**, que significa asir, tomar, prender, por lo que su significado genérico es el acto material de apoderarse de la cosa o persona, esto nos denota que se pueden aprehender las cosas y las personas. Por lo que se refiere a las personas en el campo procesal penal, la figura jurídica de la aprehensión se confunden con la detención, tanto en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, figuras que no significan lo mismo, por lo que se debe de indicar su denotación correcta de cada una.

La aprehensión es un acto material de apoderarse de una persona privándola de su libertad; es la acción de aprehender a una persona por mandato judicial o por disposición de la ley en los casos de flagrante delito o urgencia de éste, decimos que para aprehender a un individuo se requiere atender los requisitos que se señalan en el artículo 16 Constitucional y 132 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.¹⁴⁰

REAHAPREHENSIÓN

¹³⁸ Nuevo Diccionario de Derecho Penal. Ob. Cit. p. 112.

¹³⁹ DE PINA, Rafael, De Pina Vara Rafael. Ob. Cit. p. 97.

¹⁴⁰ Diccionario Jurídico Harla. Vol. IV. Ob. Cit. p. 26.

El significado más amplio y común que tiene la palabra reaprehensión y es el común, es volver a aprehender, pero esta no tiene sustento en nuestra Carta Magna, ya que en ella no se alude a la misma, pero sí está normada en el artículo 569 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal y se presenta cuando se revoca la libertad provisional bajo caución.

CAPÍTULO 3. CALIFICACIÓN DE LA DETENCIÓN POR JUDEX.

La voz Juez deriva del latín *ludex, icis*, que significa Juez y propiamente “*el que indica o dice el derecho*”. Proviene de un arcaico *iou-bek-s* compuesto de *iou-, ius, “derecho”* y “*dais*”, que es una raíz indo-europea que significa “*mostrar*” o “*decir*”.

El término “Se aplica esta denominación al funcionario público que participa en la administración de la justicia con la potestad de aplicar el derecho por la vía del proceso”.¹

Es la persona que ocupa el vértice superior del triángulo procesal (Juez-Actor-Reo) y que tiene por función primordial, la justa composición del litigio, es decir, la función que cumple cualquier Juez superior o interior al realizar la tarea jurisprudencial.²

Se sustenta también que proviene del latín *ludex, -isis*. Y es el funcionario del poder judicial, en quien se delega el ejercicio de la potestad jurisdiccional del Estado, el encargado de la función pública de administrar justicia, quien mediante proceso y con *imperium* resuelve a través de las sentencias que adquieren la calidad de cosa juzgada, los conflictos sometidos a su decisión. Es el principal promotor de la justicia, por lo cual se le debe de reconocer su alta dignidad.³

Al respecto, en el Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, se ordena en el inciso f) que será “un Juez u otra autoridad” se entiende una autoridad judicial u otra autoridad establecida por la ley cuya

¹ DE PINA, Rafael, De Pina vara Rafael. Ob. Cit. p. 336.

² Diccionario Jurídico Harla. Vol. IV. Ob. Cit. p. 113.

³ Nuevo Diccionario de Derecho Penal. Ob. Cit. p. 575.

condición y mandato ofrezcan las mayores garantías posibles de competencia, imparcialidad e independencia.⁴

3.1. CONSIGNACIÓN.

Etimológicamente, el vocablo **consignación** proviene del latín **consignatio –onis; consignare** que significa sellar o firmar.

En nuestro sistema jurídico esta palabra tiene dos connotaciones: la primera de ellas en el derecho privado y la segunda en el derecho penal.

En el ámbito civil, si el acreedor se rehusare a recibir la prestación debida o dar el documento justificativo de pago o si es persona incierta o incapaz de recibir, o bien, cuando los derecho del acreedor sean dudosos, podrá el deudor liberarse de una carga o liberarse de un embargo haciendo consignación de la cosa, siguiendo el procedimiento establecido al efecto por la ley procesal respectiva.

En el ámbito del Derecho Penal la consignación viene a constituir, la última fase de la llamada Averiguación Previa, en la cual el agente del Ministerio Público, una vez que ha podido comprobar los extremos del llamado cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del indiciado, consigna el expediente y en algunos casos también al indiciado, al Juez Penal en turno, que corresponda para que se dé inicio al proceso penal correspondiente.⁵

⁴ Copyright. 1996-2002. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Ginebra, Suiza. <http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h-comp.36sp.htm>.

⁵ Diccionario Jurídico Harla. Vol. IV. Ob. Cit. p. 64.

Esto es, en el sistema procesal mexicano, la consignación es el acto por el cual, de manera escrita, el Ministerio Público ejercita la acción penal y expresa la pretensión punitiva ante el órgano jurisdiccional. La acción penal se dirige hacia el Juez como exigencia para que cumpla con su deber jurisdiccional de abrir el proceso, en cambio la pretensión punitiva se dirige contra el inculcado con petición al Juez de que le imponga una sanción penal, de resultar condenado, como responsable del delito imputado en la sentencia definitiva; la pretensión punitiva, surge de la relación de derecho criminal que se da entre el hipotético infractor de la norma penal y el Estado, como titular del *ius puniendi*.

La acción penal es abstracta e independiente del probable responsable del delito y sólo se dirige al juzgador, para solicitar la apertura del proceso y el correspondiente enjuiciamiento del inculcado, pero en sí misma es distinta de la pretensión punitiva, si ésta no es exacta, no existe o es ilegal, el Ministerio Público no promoverá la consignación.⁶

Por cuanto a la consignación, **FRANCO VILLA** sustenta que la consignación de la Averiguación Previa es la determinación del Ministerio Público a través de la cual ejercita la acción penal ante los tribunales, teniendo como presupuesto la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, para que se aplique la ley al caso concreto y resuelva si hay fundamento o no para seguir un proceso en su contra.⁷

La consignación es el acto procesal a través del cual el Ministerio Público ejercita la acción penal poniendo a disposición del Juez las diligencias y al individuo, o en su caso, únicamente las diligencias.⁸

⁶ Nuevo Diccionario de Derecho Penal. Ob. Cit. p. 262.

⁷ FRANCO Villa, José. **“EL MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL”** Ed. Porrúa, México 1985. pp. 238-239.

⁸ COLÍN Sánchez, Guillermo. **“DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES”**. 13ª ed. Ed. Porrúa. México 1992. p. 291.

La consignación es la última de las actuaciones que realiza el Ministerio Público, como titular de la Averiguación Previa y que consiste en remitir las constancias al órgano jurisdiccional que se encuentra en turno, para que éste se avoque al conocimiento de la misma, puede considerarse la determinación que cierra lo actuado en la Averiguación Previa.⁹

Luego entonces, **consignar** es llevar a cabo una consignación.¹⁰

Así la consignación es uno de los actos más trascendentales y por supuesto se ubica en la fase preparatoria de la acción penal que se da cuando el Ministerio Público considera que se han cumplido con los requisitos exigidos con el artículo 16 Constitucional. Para que proceda la consignación se requiere que en la Averiguación Previa se hayan practicado todas y cada una de las diligencias necesarias para integrar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del individuo, que se agote la indagatoria, de manera que existan los suficientes elementos probatorios que sitúan al Ministerio Público en aptitud de ejercer la acción penal con base en la comprobación del delito.

La voz acción, deriva del latín **actio, movimiento, actividad, acusación**. Si bien dicho vocablo posee varias acepciones jurídicas, la más importante que le otorga su sentido propio, es la que se refiere a su carácter procesal. Dicha acción procesal, puede concebirse como el poder jurídico de provocar la actividad de juzgamiento, de un órgano que decide los litigios de intereses jurídicos.¹¹

⁹ HERNÁNDEZ López, Aarón. **“EL PROCESO PENAL FEDERAL”**, 4ª ed. Ed. Porrúa. México 1996, p. 344.

¹⁰ DE PINA, Rafael, De Pina Vara Rafael. Ob. Cit. p. 184.

¹¹ Diccionario Jurídico Harla. Vol. IV. Ob. Cit. p. 3.

Para otros, deviene del latín **actio-onis**, de **agüere hacer**. La acción es un derecho a la jurisdicción. Derecho público subjetivo del gobernado por el cual puede exigir del obligado-Estado, la prestación del servicio judicial, poder jurídico que tiene todo sujeto de derecho, de acudir al órgano jurisdiccional para reclamarle que resuelva la pretensión planteada a través de juicio y sentencia. Medio por el cual se hace llegar la pretensión ante el Tribunal. Llave del proceso.¹²

El ejercicio de la acción penal, es una actividad del Ministerio Público tendiente a cumplir con su función y a excitar al órgano jurisdiccional, y el primer acto de esta autoridad es la consignación tanto así que no existe tal ejercicio cuando no ha habido consignación. La consignación da origen al nacimiento del periodo de preparación del proceso, con ello al procedimiento judicial que corresponde exclusivamente a los tribunales para resolver si hay fundamento o no para seguir un proceso en contra del inculcado.

El **pliego de consignación** en términos generales en nuestra percepción debe contener los siguientes datos:

- 1.- Lugar y fecha de la consignación.
- 2.- Autoridad a quien va dirigida.
- 3.- Número del acta de Averiguación Previa.
4. Agencia del Ministerio Público o Mesa de trámite que formula la consignación.
- 5.- Indicación del contenido en fojas que integran la indagatoria.
- 6.- Mención de que procede el ejercicio de la acción penal.
- 7.- Expresar si la consignación es con o sin detenido.
- 8.- Nombre de los probables responsables.
- 9.- Delito o delitos por los que se consignan.

¹² Nuevo Diccionario de Derecho Penal. Ob. Cit. p. 34.

- 10.- Nombre del agraviado.
- 11.- Artículo o artículos donde se prevé el delito y se acredita el cuerpo del delito, su sanción en el Código Penal para el Distrito Federal.
- 12.- Síntesis de los hechos materia de la Averiguación.
- 13.- Exposición detallada de todas las pruebas, datos, medios o indicios que sirven de base para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, específicamente al caso concreto.
- 14.- Mención de los artículos de la Constitución y del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, aplicables para la comprobación del cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado.
- 15.- Si la consignación se efectúa con detenido, precisar el lugar en donde queda éste a disposición del Juez.
- 16.- Si la consignación es sin detenido, se solicitará orden de aprehensión o de comparecencia o de presentación según el caso.
- 17.- Firma del responsable de la consignación y del Oficial Secretario que da Fe.
- 18.- La solicitud en su caso condenar a la reparación del daño, tanto material, moral y perjuicios.
- 19.- Si la consignación es con detenido la solicitud de ratificación de la misma, por ser constitucional, ya sea en flagrancia o en caso urgente.
- 20.- En algunos casos el pedimento de la ratificación de las medidas cautelares determinadas por la representación social en la Averiguación Previa.

La palabra ***pliego de consignación*** se refiere a un resumen que hace el órgano investigador de la Averiguación Previa, mismo que va elaborado en formatos impresos, el cual se agrega al principio o por separado de las constancias que integran la Averiguación Previa, dicho

documento es elaborado únicamente con fines prácticos más no jurídicos, pues tal pliego de consignación debería ir al final del procedimiento de la etapa de Averiguación Previa.¹³

El fundamento Constitucional de la consignación se encuentra en los artículos 16 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en el artículo 286 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

El origen etimológico de **acción penal**, es que la palabra **acción** proviene de **agere** que en su acepción gramatical significa toda actividad o movimiento que se encamina a determinado fin.

En las instituciones romanas la **acción era un derecho a perseguir en juicio aquello que se nos debe.**

La “**ACCIÓN PENAL**, es el poder jurídico de excitar y promover el ejercicio de la jurisdicción penal, para el conocimiento de una determinada relación de derecho penal y obtener su definición mediante la sentencia.”¹⁴

Así la acción penal es el presupuesto procedimental legal penal para actualizar la pretensión punitiva estatal.

Se dice, que la acción penal se ejercita por el Ministerio Público, en contra de un inculpado, voz que significa, que es la persona sobre la que pesa una inculpación;¹⁵ misma que significa que se atribuye a persona determinada la comisión de un acto delictivo. Acusación. “¹⁶

¹³ HERNÁNDEZ, López Aarón. Ob. Cit. p. 338.

¹⁴ FLORIÁN, Eugenio. Citado por DE PINA, Rafael, De Pina Vara Rafael. Ob. Cit. p. 28.

¹⁵ DE PINA, Rafael, De Pina Vara Rafael. Ob. Cit. p. 317

¹⁶ Idem.

ROCCO, CARNELUTTI y MARTIROLO afirman que es un *derecho*.

MANRESA, lo considera como un medio; **CHIOVENDA** la define como *el poder jurídico de realizar la condición para la actuación de la voluntad de la ley*. Para **FLORIAN** la *acción penal es el poder jurídico de excitar y promover la decisión del Órgano Jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal*. La acción penal domina y da carácter a todo el proceso, lo inicia y lo hace avanzar hasta su meta. Expresa **RIVERA SILVA**, la acción penal nace con el delito y la acción procesal penal se inicia cuando principian las actividades ante el órgano jurisdiccional con la finalidad de que se declare el derecho en el caso concreto, extinguiéndose cuando cesan esas actividades, entonces, la acción procesal penal principia con la consignación y termina con el acto realizado por el Ministerio Público que precede a la sentencia firme. De esta manera es exacto que la acción penal nace con el delito e inexacto que la acción procesal nazca con él.¹⁷

El periodo de preparación de la acción penal, principia en el momento de la comisión de un hecho delictuoso o que aparentemente reviste tal característica y termina con la consignación. Luego entonces, la acción penal nace con la consignación, en la fase persecutoria se desarrolla y en la acusatoria halla su plena precisión, siendo éste el momento definitivo de la mencionada acción.

También se define a la acción penal como derecho concreto de persecución, va a dar lugar al procedimiento penal de naturaleza administrativa, llamado Averiguación Previa, y por el contrario, la acción

¹⁷ Citado por BARRAGÁN, Salvatierra Carlos. Ob. Cit. p. 48.

procedimental penal ministerial,¹⁸ ejercitada es para que el Juez conozca y resuelva una situación concreta de derecho penal que se le plantea, dando lugar a la incoación del procedimiento judicial de orden penal, toda vez que el expediente de Averiguación Previa que le remite el Ministerio Público le dicta un auto de radicación, llamado también de inicio o cabeza de proceso.

Se afirma dentro de la doctrina, aunque son contados los autores, que el Ministerio Público, en su consignación, lo que ejercita es la acción procesal penal, ya que esto da origen al proceso y al rendir sus conclusiones acusatorias es cuando se ejercita la acción penal.¹⁹

La acción es el poder jurídico de hacer efectiva la condición para la actualización de la voluntad de la ley, según **CHIOVENDA**.²⁰

Expresa **BELING**, que el derecho de la acción penal es la facultad de provocar la actividad de la jurisdicción penal, mediante la declaración de un órgano público (Ministerio Público) o privado, según esta facultad sea conferida a dichos órganos privados exclusivamente (delito de acción privada) o en concurso con el órgano público (Ministerio Público) o privado, con el Órgano Público (acción pública) es decir mediante una oferta o proposición de aplicar la voluntad de la ley aplicable al caso.²¹

También se pronuncia **FRANCO SODI**, y precisa que la acción es un derecho, pero como su ejercicio tiende a la realización del derecho de penar, resulta al mismo tiempo un deber, por lo que parece más acertado como un poder jurídico. Ahora bien, el uso de ese poder, pone invariablemente en movimiento al Juez, quien no puede actuar si la acción

¹⁸ Es la denominación que le hemos asignado diferenciándola de la mayoría de la doctrina la cual hace referencia a “acción penal” y otros mucho menos indistintamente “acción procesal penal” y “acción procedimental penal”.

¹⁹ BARRAGÁN, Salvatierra Carlos. Ob. Cit. p. 48.

²⁰ Idem.

²¹ Idem.

penal no se ejercita ante él y, por último, permite al mismo Juez aplicar en forma definitiva la ley al caso concreto de que se trata.²²

La comisión de un delito, según **GONZÁLEZ BUSTAMANTE**, da origen al nacimiento de la exigencia punitiva y de ésta surge la acción penal, que es el deber del Estado de perseguir a los responsables por medio de sus órganos, con sujeción a las formalidades procesales.²³

El derecho jurisdiccional del Estado hacia el ciudadano no se presenta solamente como un derecho, sino también como una obligación jurídica, definiendo a la acción penal como un derecho público subjetivo del ciudadano frente al Estado a la presentación de una actividad jurisdiccional perteneciente a los derechos cívicos, ello en la opinión de **HUGO ROCCO**.²⁴

Es **GÓMEZ LARA**, quien externa que la acción significa el derecho, la potestad, facultad o actividad mediante la cual el sujeto de derecho provoca la actividad jurisdiccional.²⁵

De lo anterior, se puede concluir que en el derecho mexicano el Ministerio Público como titular de la acción penal (es discutible actualmente el término de que ejerce un monopolio sobre la misma si se hace un estudio con respecto a los delitos que se persiguen a petición de parte y en especial conforme a las últimas reformas al artículo 21 Constitucional donde se establece que contra el no ejercicio de la acción penal o desistimiento procede su impugnación por vía jurisdiccional, aunque a la fecha no se establece ese medio de impugnación o recurso), tiene el derecho, potestad, facultad o

²² Idem.

²³ Idem.

²⁴ Idem.

²⁵ GÓMEZ Lara, Cipriano. Citado por BARRAGÁN, Salvatierra Carlos. Ob. Cit. p. 48.

actividad que se convierte en obligación de ejercitar la acción penal siempre y cuando se reúnan los requisitos del artículo 16 Constitucional, esto es que se de el tipo delictivo y su probable responsabilidad penal.²⁶ Recordemos el criterio sustentado en la primera sentencia de amparo oficialmente reconocida por nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, dictada el 13 de agosto de 1849, en la Ciudad de San Luís Potosí, en la que se asienta como principio medular que no obstante que no se hubiera creado por el Estado a través de sus órganos competentes la ley reglamentaria del artículo 25 del Acta de Reforma, ello no impedía que el Juez de Distrito, no pudiera resolver integrando el procedimiento respectivo, y en ese sentido actuó, criterio que ha sido reiterado y aplicado por los Tribunales de Amparo, para resolver las demandas de Amparo que fueron presentadas para impugnar las determinaciones del ejercicio de la acción penal por parte de la representación social, queriéndose precisar que actualmente ya existe disposición expresa en el artículo 21 fracción IV de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en relación al 114 fracción VII de la Ley de Amparo, que recoge el criterio antes mencionado.²⁷

La acción penal tiene una función persecutoria, abarca el conjunto de actividades que realiza el Ministerio Público en la búsqueda de pruebas o indicios para comprobar la existencia de los delitos, quienes los cometieron y estar en condiciones de pedir la intervención del órgano jurisdiccional para que cumpla en su función de aplicar las penas y las medidas de seguridad. Con la función persecutoria el Ministerio Público ejerce una doble función: la investigación de los delitos, y en su caso el ejercicio de la acción penal, a esta doble labor se le denomina Averiguación Previa. También se le llama periodo de preparación de la acción penal, la cual se inicia con la denuncia o la querrela y que concluye cuando el Ministerio Público está en aptitud de ejercitar la acción penal, el monopolio de la acción penal, de

²⁶ BARRAGÁN, Salvatierra Carlos. Ob. Cit. pp. 48, 50.

²⁷ Homenaje de la Suprema Corte de Justicia de la Nación al Código de 1857. p. 149.

conformidad, con el artículo 21 Constitucional, queda en manos del Ministerio Público pero debe considerarse que éste no es el dueño de la acción penal, solo el órgano del Estado encargado de la persecución de los delitos por medio de su ejercicio, de lo anterior, se puede señalar que tiene derecho de ejercitar la acción penal, pero también es para él un deber realizarlo. La consignación o ejercicio de la acción penal se lleva a cabo cuando el agente del Ministerio Público comprueba la existencia de una persona que ha cometido algún delito y por lo mismo comprueba el cuerpo del delito y la probable o presunta responsabilidad, por lo que procede a ejercitar la acción penal, consigna al probable sujeto ante el juez penal y competente.²⁸

Es necesario precisar que en el proceso penal, quien ejercita la acción penal es su único titular y lo es el Ministerio Público, por eso ocupa el lugar del sujeto activo del proceso.

En cambio, el inculpado, es la persona en contra de quien se endereza la acción penal por el Ministerio Público, es lógicamente, el sujeto pasivo del proceso penal.

Luego entonces, el ***inculpado*** es la persona física imputable, en contra de quien se dirige la intención punitiva del Estado, hecha valer por el Ministerio Público, a través del ejercicio de la acción penal.²⁹

El acto de consignación o ejercicio de la acción penal puede darse en dos formas, sin detenido y con detenido

La Averiguación Previa con detenido, tendrá una duración como máximo de cuarenta y ocho horas **salvo en caso de que se trate de delincuencia organizada, así establecida por la ley, pues en tal**

²⁸ BARRAGÁN, Salvatierra Carlos. Ob. Cit. p. 50, 55, 56, 67.

²⁹ HERNÁNDEZ Pliego, Julio A.. Ob. Cit. p. 79.

supuesto, podrá prolongarse la detención y por ende la investigación por otras cuarenta y ocho horas más.

El artículo 254 del Código Penal para el Distrito Federal, fija legalmente el concepto de delincuencia organizada, expresando que es "...Cuando tres o más personas que se organicen o acuerden organizarse de forma permanente o reiterada para cometer alguno o algunos de los delitos siguientes..." haciendo una relación de los mismos. Si en ese plazo no se integra la Averiguación Previa, el Ministerio Público deberá ordenar la libertad del detenido, proseguir la Averiguación Previa, sin detenido y al parecer sin limitación por cuanto al tiempo, ya que no existe dispositivo legal al respecto, o bien, solicitar el arraigo del indiciado.

El Ministerio Público, puede ejercitar la acción penal sin detenido, que constituye el tipo de consignación más frecuente y es cuando, una vez practicadas todas las diligencias deberá de hacer una valoración del material probatorio que recabó en dicho procedimiento penal y con base en lo dispuesto por el artículo 16 Constitucional, determinar si están satisfechos los requisitos que la doctrina denomina como los ***presupuestos generales de la acción penal***, único caso en el que estará legitimado para consignar ante el Juez, en ejercicio de dicha acción.

Esos presupuestos son:

- 1) La existencia de una denuncia o querrela;
- 2) Que dicha denuncia o querrela, se refieran a hechos que la ley señala como delitos,
- 3) Que esos delitos tengan señalada en la ley, por lo menos pena privativa de libertad;
- 4) Que existan datos que acrediten el cuerpo del delito; y

5) Que existan datos que hagan probable la responsabilidad del indiciado.³⁰

Una cuestión muy debatida y problemática que se planteó, no sólo en la doctrina sino también en la Jurisprudencia, por no haber norma expresa, hasta antes de la creación del párrafo séptimo del artículo 16 Constitucional, es lo concerniente a la temporalidad para consignar al Juez, la Averiguación Previa con detenido, lo que ha quedado resuelto, ya que dicho párrafo ordena que ***ningún indiciado será retenido por el Ministerio Público, por más de cuarenta y ocho horas, plazo en el que deberá ordenarse su libertad o ponerse a disposición del Juez, salvo que se trate de delincuencia organizada, en cuyo supuesto dicho término se duplica.***

Como ya ha quedado expresado, el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en su artículo 270 Bis, reglamenta el arraigo de esta manera: “Cuando con motivo de una averiguación previa, el Ministerio Público estime necesario el arraigo del indiciado, tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales de aquél, recurrirá al órgano jurisdiccional, fundando y motivando su petición, para que éste, oyendo al indiciado, resuelva el arraigo con vigilancia de la autoridad, que ejercerá el Ministerio Público y sus auxiliares. El arraigo se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, pero no excederá de treinta días, prorrogables por otros treinta, a solicitud del Ministerio Público. El Juez resolverá escuchando al Ministerio Público y al arraigado, sobre la subsistencia o el levantamiento del arraigo.”³¹

No se discute ya el derecho de castigar que tiene el Estado. Esa facultad que constituye una función propia, se manifiesta cuando

³⁰ HERNÁNDEZ Pliego, Julio A. Ob. Cit. p. 118.

³¹ Compilación Penal Federal y del D.F. Ob. Cit. p.100.

establece ciertas conductas como delictuosas y señalan las penas que corresponden a quien las cometen. Es el llamado *jus puniendo* o derecho penal subjetivo.

Una vez que el Estado ha determinado las conductas que constituyen delito y las penas o medidas de seguridad aplicables a quienes los cometan, corresponde determinar a qué órgano se encomienda su persecución, cuando éstas son realizadas en el mundo fáctico.

En términos del artículo 21 Constitucional, la investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público y a la Policía bajo su autoridad y mando inmediato. El Ministerio Público cumple con la función de perseguir los delitos, a través del ejercicio de la acción penal, como una facultad que se le otorga constitucionalmente, pero también como una obligación establecida a su cargo, esto es, no constituye sólo un derecho potestativo ingresado a una esfera jurídica, sino también un deber jurídico el que tiene, por eso la acción penal es un poder-deber encomendado al Ministerio Público con cuya substanciación realiza la función persecutoria del delito. Esta facultad y obligación se ejercita ante el órgano jurisdiccional para que en vista de las facultades que el propio artículo 21 Constitucional le otorga a éste, aplicando la ley, resuelva el conflicto de intereses que surge entre la sociedad, a la que representa el Ministerio Público y el inculpado en la comisión del delito.

“Conceptuamos a la acción penal, como el poder deber que el Estado encomienda constitucionalmente al Ministerio Público, y que se manifiesta cuando éste excita al Órgano de la Jurisdicción, para que en un caso concreto, resuelva el conflicto de intereses que se le plantea, mediante la aplicación de la ley, ello con la finalidad de lograr la permanencia del orden social”.³²

³² HERNÁNDEZ Pliego, Julio A. Ob. Cit. p. 137.

Doctrinariamente se atribuyen varias características a la acción penal.³³

a) Es **Pública**, pero no en el sentido de que corresponda su ejercicio a cualquier persona, no como acción popular, sino que se persigue un fin público, que consiste en la aplicación de la pena al delincuente en defensa de los intereses sociales, lo que constituye una cuestión que interesa **erga omnes**. De igual forma, es pública por razón del órgano que la ejercita y que pertenece al poder público, en contraposición a las acciones privadas, cuyo ejercicio no corresponde al Estado, sino a los particulares

b) Es **Indivisible** en tanto que abarca a todos los participantes de un delito, no hay una acción penal para cada uno de ellos.

c) Es **autónoma** en la medida de que no depende del derecho abstracto de castigar que corresponde al Estado, ni del concreto que asiste al Juez.

d) Es **única** porque envuelve a todos los delitos que se hubieren cometido con una conducta delictiva, no existe una acción para cada delito.

e) Es **intrascendente** porque no se va más allá de la persona del inculpado.

Actualmente se afirma, que el Ministerio Público no es el dueño de la acción penal, solamente es un órgano del Estado al que éste encarga la persecución de los delitos por medio del ejercicio de la acción penal. No puede actuar de manera caprichosa y arbitraria, sino debe ceñir su actuación a la ley. A propósito del ejercicio de la acción penal, dos son los principios que la rigen: **legalidad y oportunidad**.

³³ Ibidem. p. 139 y 149.

El primero, rige en los países en que se dan procesos de desarrollo democrático; satisfechos los presupuestos generales de la acción, el Ministerio Público se encuentra legalmente **obligado** a ejercitarla ante el Juez (artículo 286 Bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal).

Este principio coloca los derechos del individuo por encima de los intereses del Estado, y la omisión del órgano acusador en consignar, hace surgir la posibilidad para el gobernado de interponer los recursos que concede la ley, con el fin de obligarlo a cumplir con su deber.

El criterio de la **oportunidad**, no permite constreñir al órgano titular de la acción, a que la ejercite, aún cuando se hubieran reunido los requisitos legales para ello, sino que queda siempre a su **arbitrio** la decisión. Esta inquisición, erige el criterio dispositivo, en principio rector del ejercicio de la acción penal, generalmente adoptado, por lo regímenes de gobierno dictatoriales o despóticos, en los que están por encima de las garantías individuales, los intereses del Estado.

Si esto es así, el órgano legitimado para ejercitar la acción penal, es el Ministerio Público, sin embargo no constituye un poder o prerrogativa que puede ejercer a su libre arbitrio, toda vez, que ésta nace y se desarrolla con el propósito de castigar a quienes han delinquido en agravio de la sociedad, de donde se sigue la obligatoriedad del ejercicio de la acción penal, siempre que se reúnan los requisitos necesarios para su procedencia, previstos en el artículo 16 Constitucional, relativos a presupuestos generales de la acción, ya que de lo contrario se ofenderían intereses jurídicos de la sociedad y por ende del sujeto pasivo del delito que ha resentido directa o indirectamente la conducta delictiva, especialmente en lo relativo a la reparación del daño. Una vez que de las diligencias practicadas por el Ministerio Público y sus auxiliares se desprende que se encuentran integrados los elementos del cuerpo del delito

y la probable responsabilidad del indiciado, el Ministerio Público deberá ejercitar la acción penal, elaborando su acuerdo de consignación y por separado su pliego consignatario, en donde precisará en contra de quien ejercita la acción penal, el delito, donde está previsto y sancionado éste, los hechos, las pruebas con que acredita el cuerpo del delito y la probable responsabilidad en su comisión del indiciado, si ejercita la acción penal con o sin detenido y sus peticiones concretas respectivamente de ratificación de la detención o se gire orden de Aprehensión, Comparecencia o Presentación, lo referente a la Reparación del Daño, etcétera. La consignación la podrá hacer con detenido cuando se trate de delito flagrante o caso urgente y si no es así, será sin detenido, pero en ambos casos deberán estar debidamente acreditados los requisitos exigidos por los artículos 14, 16 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Es irrefutable que en la actualidad en nuestro país, en el ámbito jurídico, la legalidad como principio rector del ejercicio de la acción penal, en un régimen de derecho y democrático, ha sustituido a la oportunidad que rige en los gobiernos con proceso de desarrollo político dictatorial o tiránico.

En la doctrina procesal penal mexicana, el criterio mayoritario, es que el proceso penal no se inicia con la preinstrucción, sino al concluir ésta, con el dictado del auto de formal prisión o el de sujeción a proceso, ya que antes las actividades que se realizan no están encaminadas directamente, como sí lo están las del proceso a proveer sobre las consecuencias que la ley fija (sanciones o no sanciones), para la preservación del orden social. También se sostiene que habida cuenta que el artículo 19 Constitucional señala que: "Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión", lo que implica que antes de la formal prisión o sujeción a proceso no hay proceso.

En opinión de **RIVERA SILVA**, el legislador mexicano quiso que el proceso se iniciara al haber la certeza de la comisión de un delito y datos que permitieran hacer probable la responsabilidad de alguien, o sea con el auto de formal prisión. No es otro el sentido de los artículos constitucionales que se refieren a éste punto cuyo espíritu ha tenido que ser forzado no por razones de carácter jurídico, sino práctico.³⁴

Comenta **HERNÁNDEZ PLIEGO**, que el artículo 19 Constitucional, parece tener un sentido distinto al que **RIVERA SILVA** le asigna, ya que establece que "...todo proceso seguirá forzosamente por...", ello quiere decir que ya existía el proceso antes de la formal prisión, pues solamente puede seguirse lo que ya se ha iniciado con antelación.³⁵

Otra posición es la que asume, **GARCÍA RAMÍREZ**, al afirmar, que de no aceptarse el auto de inicio como arranque del proceso "...quedaría sin explicación la naturaleza de los actos extraordinarios importantes que ocurren a partir del auto de radicación: este mismo auto, mas diversas diligencias entre ellas las actuaciones del Ministerio Público y del juzgador cuando no se radica oportunamente o no se provee acerca del pedimento de orden de aprehensión o de comparecencia, la orden de captura, los actos que aparecen durante su ejecución, la declaración preparatoria, los careos y otras probanzas en su caso, la solicitud y resolución más los actos conexos, en torno a la libertad provisional, etc."³⁶

El auto de radicación o de inicio, es la primera resolución que dicta el Juez dentro ya del procedimiento penal de preinstrucción y después de que el Ministerio Público ejercita ante su potestad la acción penal. A partir de ese momento, todos los actos, incluyendo dicho auto de inicio, serán presididos por la autoridad judicial.

³⁴ Citado por HERNÁNDEZ, Pliego Julio A. Ob. Cit. p. 141 y 152.

³⁵ HERNÁNDEZ, Pliego. Julio A. Ob. Cit. p. 153.

³⁶ Idem. p. 153.

Opinión discordante es la de **HERNÁNDEZ PLIEGO**, al manifestar que el auto de inicio, también mal llamado auto de cabeza de proceso, como si la sentencia fuera la cola del mismo, no tiene una forma sacramental que habrá de dictar el juez, inmediatamente después de recibida la consignación.

Los efectos del auto de radicación, entre otros son: inicia el procedimiento penal de preinstrucción; fija la jurisdicción del Juez que se traduce en el poder deber, de que ante él se sigue el proceso; vincula también a las partes con el Juez, para que de manera obligatoria, realicen ante él, los actos característicos de acusación y defensa y a partir de dicho auto, el Ministerio Público perderá su carácter de autoridad para convertirse sólo en una parte procesal. Otros efectos se producirán, según que la Averiguación se haya hecho con o sin detenido.³⁷

La consignación es un derecho a la jurisdicción, teniendo diversas acepciones el vocablo **acción**, y se le ha confundido como **sinónimo de derecho**; también con la **pretensión**, siendo éste el sentido más usual del vocablo en la doctrina y en legislación.³⁸

Dice **ALEJANDRO PEKELIS**, sobre la multiplicidad de conceptos de la acción procesal, explica, se clasifican las acciones, ya según el sujeto activo, y se habla de acción pública, privada, oficiosa, ocular; ya según su objeto o contenido y se habla de acción personal o real, petitoria o posesoria, mobiliaria o inmobiliaria; ya según la actividad estatal que en las mismas posean el movimiento y se habla de acción de cognición, de ejecución, de conservación, de acción constitutiva, de acción de declaración, de mera certeza y de acción de condena; ya según las formas que asume su ejercicio se habla de acción sumaria, formal, etcétera. La acción para ser penalmente

³⁷ Ibidem, p. 154.

³⁸ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Ob. Cit. p. 58.

relevante, es la que se dirige a la lesión del bien jurídico, así como la que se llevó a cabo sin esa dirección, pero sin el cuidado debido, de esta manera, en penal la acción ***sirve a determinar el número de elementos que establecen la relevancia de un comportamiento humano para el derecho penal.***³⁹

Las tesis acerca de la naturaleza de la acción son:

La escuela clásica. Con base en el procedimiento extraordinario del derecho romano, decíase que ***la acción*** y el ***derecho material*** eran una misma cosa; que la acción era el mismo derecho que se ponía en movimiento como consecuencia de su violación, que es el mismo derecho pero en ejercicio. Esta escuela formada por civilistas concedían a la acción en idéntica manera a como se hacía en el antiguo derecho romano, en el que a cada *derecho* correspondía una *acción* para hacerlo valer en juicio, esto es, consideraba que *acción* y *derecho* eran lo mismo, sin aceptar la existencia de un derecho sin acción, ni una acción sin derecho, que le sirviera de fundamento y a cuya tutela se encausara su ejercicio.⁴⁰

Sobre esta escuela **SAVIGNY** refiere que los derechos en sí mismos, como condiciones necesarias para la vida social de los seres libres, en orden o el estado normal de derecho, orden creado y mantenido para la libertad, resulta de la conformidad de los actos con sus reglas respectivas. Más por lo mismo como la libertad constituye la esencia, debemos admitir la posibilidad de actos libres contrarios a este orden, es decir, violaciones del derecho que turban su estado normal. Esta posibilidad de violación del derecho exige una serie de instituciones nuevas, las cuales pueden comprenderse bajo la designación general de garantías contra esta violación y son las siguientes:

³⁹ Citado por DÍAZ DE LEÓN, Ob. Cit. p. 58. PEKELIS, Alejandro, "**LA ACCIÓN**", En revista de Derecho Procesal Edí Art. Buenos Aires, Año VI. 1949, 1ª parte, p. 116.

⁴⁰ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Ob. Cit. p. 67.

1ª. La jurisdicción como parte integrante del derecho público.

2ª. La pena como contenido del derecho criminal.

3ª. Las formas destinadas al reestablecimiento del estado normal del derecho, formas que constituyen el contenido del derecho de procedimientos. Se reconoce que toda acción implica necesariamente dos condiciones: un derecho y la violación de ese derecho. Si el derecho no existe, la violación no es posible y si no hay violación, el derecho no puede revestir la forma especial de una acción.⁴¹

LA TEORÍA DE LA ACCIÓN COMO DERECHO AUTÓNOMO DE WINDSCHEID, MUTHER.

Al respecto **DÍAZ DE LEÓN** refiere que fue éste, con quien se inicio la génesis del moderno concepto de la acción. Niega que esta fuera la misma cosa que el derecho; la pretensión del actor, no es lo mismo que la acción, pero se transforma en ésta, cuando se le ejercita en juicio. La acción era la pretensión hecha valer en juicio, sostuvo que la *actio romana* era la pretensión del actor y el *klage* el derecho de accionar para hacer valer dicha acción, y que ambas formaban a su vez, lo que el denomino “*anspruch*” o *pretensión jurídica y pretensión en juicio*.⁴² Aún aquí, la supuesta autonomía de la acción, seguía teniendo como presupuesto la existencia de un derecho material y su violación.

⁴¹ Citado por DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Ob. Cit. pp. 68- 69. SAVIGNY, M.F.C. “**SISTEMA DE DERECHO ROMANO ACTUAL**”. Ed. Centro Editorial de Góngora, Madrid, España. Tomo IV. p. 7.

⁴² Citado por DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Ob. Cit. p. 70. WINDSCHEID, Bernardo. **LAS PRETENSIONES JURÍDICAS (ANSPRÜCH)**. Revista de Derecho Procesal, Ed. Edear, Buenos Aires, Año XI. Número 3. Tercer Trimestre de 1953, 1ª parte. p. 51.

LA TEORÍA DE LA ACCIÓN CONCRETA DE WACH.

El derecho de acción es autónomo, dirigido contra el Estado y frente al demandado. Es contra el Estado, porque a éste corresponde tutelar el derecho y frente al demandado porque sólo éste tiene el deber de soportar los efectos de tutela jurídica del Estado. Con este enfoque, la idea de un derecho sustantivo y su violación, como presupuesto necesario de la acción, quedó atrás; con esta teoría se significó, que lo importante es la relación de derecho público, entre el actor y el Estado, con independencia del interés particular que antes le servía de fundamento, ya que **la acción no es el derecho pero no hay acción sin derecho** luego, corresponde ejercitarla a quien tiene derecho, y compete únicamente a los que tiene razón, por ello, es que a esa teoría se le denomina teoría de la acción concreta o del derecho concreto de obrar. Afirma que “el proceso es un medio para conceder la tutela jurídica justa, o, visto subjetivamente: para satisfacer el interés legítimo en la tutela jurídica”.⁴³

Para **CALAMANDREI**, siguiendo a **WACH**, refiere que con esta teoría, la acción se coloca francamente en el campo del derecho público, como expresión de una relación que corre no ya entre particular y particular, sino entre ciudadanos y Estado, pero no por ello el interés particular cesa de ser, también en este caso, primario y dominante, hasta se podría decir que esta teoría de Wach haya llegado a dar la formulación técnica más perfecta y más enérgica de la concepción esencialmente liberal, según la cual el proceso civil no es otra cosa que un instrumento de actuación de los derechos subjetivos privados.⁴⁴

⁴³ Citado por DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Ob. Cit. p. 73. WACH, Adolf. **“MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL”**, Ed. Egea, Buenos Aires, 1977. Tomo I. p. 45.

⁴⁴ Citado por DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Ob. Cit. p. 74. CALAMANDREI, Piero. **“ESTUDIOS SOBRE EL PROCESO CIVIL”**, Ed. Bibliográfica, Argentina, Buenos Aires, 1961. p.144.

LA TEORÍA DE LA ACCIÓN ABSTRACTA.

Frente a la doctrina de la acción concreta, de **DEGENKOLB**, enunció su teoría por la que se reconoce el derecho de accionar incluso a quien no tiene ni un derecho privado subjetivo, ni una necesidad de que éste o suposición jurídica sean tutelados.⁴⁵

TEORÍA DE LA ACCIÓN COMO DERECHO POTESTATIVO.

Elaborada por CHIOVENDA, quien refiere a la acción como un **derecho potestativo**, como un derecho cuya existencia y actividad depende, exclusivamente, de la voluntad de su titular y sin que su ejercicio sea vinculatorio a una correlativa sujeción de la persona en contra de quien se ejerce, o sea, es el “poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la ley por Órgano Jurisdiccional”.⁴⁶

TEORÍA DE LA ACCIÓN COMO DERECHO PÚBLICO SUBJETIVO (GOLDSCHMIDT).

Este autor elaboró su doctrina de la acción como un derecho público subjetivo, dirigido contra el Estado para obtener la tutela jurídica del mismo mediante sentencia favorable, y siguiendo a **WINDSCHEID** diferencia la acción procesal dirigida contra el Estado, de la pretensión del derecho privado que se actúa contra el individuo obligado.⁴⁷

⁴⁵ Citado por DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Ob. Cit. p. 74. WACH, Adolf. “**MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL**”, Ed. Egea, Buenos Aires, 1977. Tomo I. p. 46.

⁴⁶ CHIOVENDA, Giuseppe. “**INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL**”, Ed. Cárdenas. México 1989. p 26.

⁴⁷ GOLDSCHMIDT, James. “**DERECHO PROCESAL CIVIL**”. Ed. Labor. Madrid. 1936. p. 96.

LA ACCIÓN COMO ACTUACIÓN PROCESAL.

CARNELUTI, alude a que el interés en litigio, que constituye el contenido del derecho subjetivo material, no es sino el interés en la composición en vía represiva o preventiva, de la *litis*, que es el común a las dos partes y a todos los demás ciudadanos (interés colectivo), por lo tanto, la acción de las partes no es un derecho subjetivo privado, sino un derecho subjetivo público, y más exactamente la acción es uno de los derechos públicos subjetivos que se denomina derecho cívico.⁴⁸ **COUTURE**⁴⁹ afirma que ***“la acción es un derecho a la jurisdicción”***.

LA ACCIÓN COMO DERECHO PÚBLICO SUBJETIVO.

Refiere **HUGO ALSINA** que, es un derecho público subjetivo mediante el cual, se demanda la intervención del órgano jurisdiccional para la protección de una pretensión jurídica, lo que es consecuencia de la prohibición de hacerse justicia por mano propia y haber asumido el Estado la función jurisdiccional, y así acción y jurisdicción son conceptos que corresponden, siendo la acción el derecho a la jurisdicción,⁵⁰ en el mismo sentido se pronuncia **JAIME GUASP**.⁵¹

⁴⁸ CARNELUTI, Francisco. **“INSTITUCIONES DEL PROCESO CIVIL”**. Ed. Egea. Buenos Aires, 1973. Volumen I, Número 206. p. 315.

⁴⁹ COUTURE, J. Eduardo. **“FUNDAMENTOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL”**. Ed. de Palma. Buenos Aires. 1966. p. 67.

⁵⁰ Citado por DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Ob. Cit. p. 93. ALSINA, Hugo. **“TRATADO TEÓRICO PRÁCTICO DE DERECHO CIVIL Y COMERCIAL”** Ed. Ediar, Buenos Aires, 1957. Tomo II. p. 444.

⁵¹ Citado por DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Ob. Cit. p. 93. GUASP, Jaime. **“DERECHO PROCESAL CIVIL”**. Ed. Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1961. p. 219.

TEORÍA NORMATIVA DE LA ACCIÓN.

Esta es sustentada por DÍAZ DE LEÓN, quien opina que existe confusión de quienes han tenido como buenas la teorías del Derecho Procesal Civil, proviniendo del error de haber identificado la acción y el proceso sus aspectos normativos, con los factores o formas de su acontecer experimental como lo es la acción. Tales aspectos es decir, los normativos y los fácticos aunque están íntimamente vinculados, son bien distintos entre sí, es de observarse que entre ellos hay una diferencia absoluta, como la que existe entre dos universos conceptuales; el general y abstracto de una parte y el particular y concreto de la otra. Formado un universo de conceptos generales y abstractos, no invalido incluir en él conceptos particulares y concretos, inversamente el universo conceptual particular y concreto, no debe contener conceptos de índole general y abstracto, lógicamente de aquí se sigue que dado un concepto que desde un punto de vista sea general y abstracto y desde otro ángulo sea particular y concreto, no es correcto establecer la identidad de ambos por pertenecer a universos conceptuales diferentes, se trata en realidad, de dos conceptos distintos, con métodos científicos de investigación y estudio también distinto. La acción como concepto e instituto creado normativamente o medio de pedir jurisdicción, lo que por constituir un capítulo de la teoría general del proceso debe cumplir con las propiedades asignadas a la ciencia, la abstracción, universalidad y permanencia, aplicable por lo tanto, inmutablemente en su ser, con cualquier tipo de proceso y otra, muy distinta, las formas de accionar, dependiendo de los diversos tipos de procedimientos, como aspectos fácticos o modos de realizarse, lo que las hace casuísticas, mutables y por lo mismo son particulares, temporales y concretas. La finalidad es obtener una unitaria concepción sobre la acción a lo que denomina **Teoría Normativa de la Acción**, partiendo de la esencia general de la norma jurídica que la instituye.⁵²

⁵² DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Ob. Cit. p. 122 y 124.

Desde el momento histórico, en que son desposeídos los gobernados de la facultad de hacerse justicia por su propia mano, el Estado, en sustitución, hubo de crear otros sistemas que permitieran la solución de los conflictos, en tal sentido, la obstrucción al particular en la venganza privada hubo de sostener por parte del soberano, hasta por la fuerza. Ante la inseguridad que representaba esa aparente libertad de hacerse justicia por ellos mismos, no dudaron en sacrificarla, concediendo al Estado la impartición de justicia para vivir con más tranquilidad, fue así como el gobernante y gobernados se convencieron de los beneficios que obtendrían de apegarse a las nuevas modalidades en la impartición de justicia, concretamente el orden jurídico invistió al ciudadano del derecho de acción y a la autoridad pública del deber de jurisdicción, para llegar a esto, el Estado distrajo parte de su poder y soberanía para destinarlo, específicamente a la tarea de hacer pública justicia. Pues lo conveniente era establecer un sistema para que los mismos interesados le solicitaran, para ese fin su mediación, se les dotó en consecuencia de la acción de un poder de requerir jurisdicción y apareció el ***nemo iudex sine actore***. Si la autoridad pública canceló al particular el derecho a la defensa privada, en sustitución, hubo de otorgarle otro el de la “***acción***”, estableciéndose así una norma jurídica que la regulara, como sujeto pasivo de esta norma se involucró al Estado, por medio del Juez, como obligado a prestar el deber de jurisdicción. La acción, pues se encuentra contenida y nace de una norma jurídica que la estatuye y le da vida de derecho público subjetivo. El titular del derecho público subjetivo de la acción, lo es el individuo, el gobernado, la persona física o moral reconocida por el orden jurídico. El obligado en la norma a cumplir con el deber ser preceptuado es el propio Estado, dado que la obligación, por referirse a la función pública de administrar justicia no puede ejecutarse, sino por la susodicha autoridad.⁵³

Privados los individuos de la facultad de hacerse justicia por su mano, el orden jurídico los ha investido del ***deber de denunciar***

⁵³ Ibidem. p. 127, 128 y 131.

y del derecho de querrela, ante el Ministerio Público, y a éste de la facultad de acción penal y al Estado del deber de la jurisdicción.

El ejercicio de la acción penal de parte del Ministerio Público, no corresponde a su derecho o a un poder de éste, corresponde a una función establecida en la ley, que consecuentemente, desempeña como deber, de una atribución determinada constitucionalmente en forma de imperativo para dicho órgano estatal. El Representante Social en este sentido no actúa en interés propio, ni en pro de alcanzar el derecho a castigar del Estado, sino que representa al ofendido y a la sociedad, por lo mismo no obra como titular o beneficiario del derecho subjetivo de acción, que originariamente y como garantía individual pertenece al gobernado (artículo 17 Constitucional) por tanto, en estricto derecho procesal no es dable sostener, que el Ministerio Público accione como poder en sí, sino más bien como función y deber emanado de la Constitución (artículos 21 y 102), e igualmente como obligación ante la sociedad interesada en que se persiga el delito.

En la interpretación del párrafo primero del artículo 21 Constitucional se deduce la función consignataria del Representante Social, consistente en ejercitar la acción penal y pretender preventivamente mediante el acto llamado **consignación**.

El Juez al recibir dicha consignación con detenido, procederá a determinar si la detención fue apegada a la Constitución y de no ser así, señala que “**decreta la libertad con las reservas de ley**” o bien en su caso ratificará la detención, este señalamiento debe hacerse en el auto de radicación, si la detención de una persona excede los plazos señalados en el artículo 16 de la Constitución, se presumirá que estuvo incomunicado, así como que las declaraciones que hubiera emitido el indiciado no tendrán validez.⁵⁴

⁵⁴ Ibidem. p. 405, 406 y 410.

Existen diversos sistemas de accionar penalmente, para penalmente castigar, los requisitos de la pretensión punitiva, tribunales, proceso y sentencia, han quedado como reglas exigidas esencialmente válidas en la impartición de justicia, las maneras de accionar, para llevar la pretensión punitiva al Juzgador, para algunos países que son la mayoría, mantienen el sistema de accionar en lo penal por medio del Ministerio Público, en menor escala como sucede en Inglaterra permiten al mismo particular intentarla y hay Estados donde cabe la acción popular cual sucede en España.

El sistema mixto permite también al Ministerio Público el ejercicio de la acción penal, pudiendo el gobernado actuar a su lado como coadyuvante.

El ejercicio de la acción penal en México se encuentra regulada por el principio de la monopolización de su ejercicio por parte del Estado, a través de su órgano oficial denominado Ministerio Público, parte de los principios constitucionales de que **“nadie puede hacerse justicia de propia mano”**, de que toda persona tiene el **“derecho de acción”** de que el Estado tiene la obligación de cumplir con el deber de otorgar jurisdicción, de resolver los litigios que se le plantean mediante procesos y sentencias que adquieren la calidad de cosa juzgada, estableciendo así la mecánica acusatoria penal en general, como desde sus inicios lo estableciera el artículo 17 de la Constitución Mexicana. Es así como deben de interpretarse los párrafos primero del artículo 21 y segundo del artículo 102 apartado a de la misma Constitución, de donde emana ese deber de intimidación en las cuestiones criminales. No obstante de que los artículos constitucionales citados hacen referencia a perseguir el delito y no expresamente al **“ejercicio de la acción penal”** la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en jurisprudencia definida se ha encargado de ir aclarando en parte los aludidos conceptos, explicando que el

Ministerio Público Federal o del Fuero Común es a quien incumbe dicho ejercicio.⁵⁵

La acción penal, para su correcto ejercicio, requiere de ciertos requisitos, que permiten ser resumidos básicamente en: la denuncia, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculcado agregándose el de la querrela para aquellas causas que solo son perseguibles a instancia del agraviado, de lo referido se infiere, que **en nuestro Estado existe monopolio del Ministerio Público para el ejercicio de la acción penal**. Por tanto, la acción penal ejercitada es el único medio legal que permite y justifica la apertura del proceso, dado que sin la consignación la instancia no se puede iniciar, ciertamente lo que consigna el Ministerio Público son hechos penalmente relevantes, cuyo encuadramiento en el tipo penal relativo puede variar de conformidad con las pruebas que así lo indiquen, lo antes dicho permite la adecuada interpretación del derecho de defensa que consagra nuestra Constitución Política en su artículo 19.⁵⁶

La institución del Ministerio Público como órgano estatal competente para investigar los hechos penalmente relevantes, para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, encargado de cumplir con el deber de ejercitar la acción penal, pudiendo definirse como una institución pública que por un lado sirve al Estado en su lucha contra el delito, a quien por política criminal se encomienda el ejercicio de la acción penal y por el otro representa a la sociedad procurando justicia en la averiguación del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del inculcado como garantía de seguridad jurídica para proceder penalmente en contra de un indiciado.

⁵⁵ Ibidem. p. 413, 421, 428 y 429.

⁵⁶ Ibidem. p. 432, 438 y 444.

El Ministerio Público durante la Averiguación Previa, actúa como **autoridad** donde es competente para practicar las diligencias necesarias para el debido acreditamiento del cuerpo del delito y de la probable responsabilidad del inculpado para en su caso ejercitar la acción penal en contra del indiciado en la comisión de un delito.⁵⁷

La función consignatoria del Ministerio Público, se efectúa al ejercitar la acción penal y pretender preventivamente ante el órgano jurisdiccional. La acción penal que se dirige al Juez para que éste incoe el correspondiente procedimiento (se trata de una facultad de excitar al tribunal para que abra la instancia donde se dilucide sobre la plena responsabilidad del inculpado o en su caso de su inocencia), no es legal, ni correcto jurídicamente aludir sólo al ejercicio de la acción penal, lo correcto procesalmente hablando es referirse a la consignación que es comprensiva tanto de las precitadas acción y pretensión.

La consignación es a través del proceso una forma de control político, para evitar la venganza privada al sustituir el reclamo particular de la afectación en sus bienes jurídicos por acto propio del representante social, o sea, mediante la tutela, mediante acto de la autoridad por vía de la consignación.

Realizada la consignación e iniciado el proceso penal, a partir del auto de radicación, el Ministerio Público inicia su función de parte o sea, interviene como parte en el mismo, esto es, actúa despojado de su carácter de autoridad que poseía durante la Averiguación Previa.

Más que la titularidad de la acción penal, el Ministerio Público sólo tiene el deber de ejercitarla, cuando en una Averiguación Previa,

⁵⁷ Ibidem. p. 450 y 455.

se hubiese demostrado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del inculpado⁵⁸

El Ministerio Público tiene carácter de órgano estatal permanente para hacer valer la pretensión penal nacida del delito y su vida está íntimamente ligada a la acción penal.

La acción penal es definida por **EUGENIO FLORIÁN**, como el poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de derecho penal.⁵⁹

Es importante la opinión de **EDUARDO MASSARI**, quien diferencia la acción penal y la pretensión punitiva; la pretensión punitiva es el derecho del Estado al castigo del reo, previo el juicio de responsabilidad, en que se constate el fundamento de la acusación y se declare la consiguiente obligación del imputado a soportar la pena. En cambio la acción penal es la invocación al Juez a fin que declare que la acusación está fundada y aplique en consecuencia la pena.⁶⁰

De un delito no nace la acción penal, sino la pretensión punitiva, o sea, el derecho del Estado para castigar al que ha violado una norma, fácilmente se llega a comprender cómo la pretensión punitiva pertenece en forma exclusiva al Estado. La acción penal tiene como titular al Ministerio Público, pero no ingresando a su patrimonio, sino como un poder deber, es decir, como facultad y como obligación.⁶¹

⁵⁸ Ibidem. p. 531, 532, 535 y 541.

⁵⁹ Citado por CASTRO, Juventino V. **“EL MINISTERIO PÚBLICO EN MÉXICO”**. Funciones y disfunciones. Ed. Porrúa. 9ª ed. México 1996. p. 35.

⁶⁰ Ibidem. p. 36.

⁶¹ CASTRO, Juventino V. Ob. Cit. p. 37.

Los principios fundamentales de la acción penal son diversos,⁶² siendo de los más importantes, el de la Publicidad y se dice que la acción penal es **pública** puesto que se dirige a hacer valer el derecho público del Estado a la aplicación de la pena a quien ha cometido un delito y la sociedad esté interesada fundamentalmente en la aplicación de la pena destinada a protegerla.

La acción penal es **indivisible** en cuanto alcanza a todos los que han participado en la comisión de un delito.

El principio de la **oficialidad** u **oficiosidad** de la acción penal, consiste en que el ejercicio de la acción penal debe darse siempre a un órgano especial del Estado llamado Ministerio Público y no a cualquier ciudadano ni a la parte lesionada. También es llamado principio de la **autoritariedad**, ya que el procedimiento penal debe promoverse por obra de una autoridad pública, como lo es el Ministerio Público.

El principio de la **legalidad** de la acción, es aquél que afirma la obligación que tiene el Ministerio Público de ejercer la acción penal cuando se han llenado los extremos del derecho material y procesal. A este principio se le contraponen el de la **oportunidad** o **discrecionalidad**, según el cual el Ministerio Público ejercita la acción penal después de una valoración discrecional de la autoridad o conveniencia de tal ejercicio y cuando le parezca no oportuno el ejercitar la acción, puede abstenerse.

El principio de la **invocabilidad, irrectractabilidad** o **indisponibilidad**, denominaciones usadas por diversos autores, consiste, en que una vez que el Ministerio Público ha ejercitado la acción ante el órgano jurisdiccional, no puede desistirse de dicha acción, puesto que tiene la obligación dicho órgano estatal de continuarla hasta que haya una decisión

⁶² GARRAUD. Citado por CASTRO, Juventino V. Ob. Cit. pp. 84, 85, 88, 89, 93 y 98.

jurisdiccional que ponga fin al proceso.⁶³ En el mismo sentido se pronuncia **EDUARDO PALLARES**.⁶⁴

En México la doctrina mayoritaria y la legislación procesal penal federal (artículo 1º)⁶⁵, converge en que el procedimiento penal se encuentra dividido en cuatro periodos, (precisando que en la legislación procesal penal para el Distrito Federal, no existe dispositivo normativo que refiera que el procedimiento penal esté dividido en periodos y cuáles serían éstos), siendo:

- 1.- Periodo de preparación de la acción penal,
- 2.- Periodo de preparación del proceso,
- 3.- Periodo del proceso, y
- 4.- Periodo de ejecución.

Por razones del tópico de la materia, solamente me referiré a los dos primeros:

El primero, se inicia con la Averiguación Previa y termina con la consignación, esto es, nace con el acto en el que la autoridad investigadora tiene conocimiento de un hecho estimado como delictuoso y termina con el acto en que el Ministerio Público, solicita la intervención del órgano encargado de aplicar la ley, su finalidad es reunir los datos legalmente necesarios para que el Ministerio Público pueda resolver si ejercita o no la acción penal.

Por lo que respecta al periodo de preparación del proceso, principia con el auto de radicación y termina con el auto de término

⁶³ CASTRO, Juventino V. Ob. Cit. pp. 85, 88, 89, 93 y 98.

⁶⁴ PALLARES, Eduardo. **“PRONTUARIO DE PROCEDIMIENTOS PENALES”**. 8ª ed. Ed. Porrúa. México 1982. pp. 7-8.

⁶⁵ Compilación Penal Federal y del D.F. Ob. Cit. p. 221.

constitucional. Se inicia con la primera actividad que ejecuta el órgano jurisdiccional una vez que tiene conocimiento de la consignación y termina con la resolución que decreta la libertad del consignado o la formal prisión o sujeción a proceso que sirve de base al proceso, su finalidad es recibir los datos que van a servir de base al proceso o sea, comprobar la comisión de un delito y la probable responsabilidad del indiciado. Es en este periodo, donde el Juez Penal, inmediatamente después de recibir la consignación con detenido previa su radicación, que debe de pronunciarse respecto de la detención del consignado calificándola de constitucional o no, con las respectivas consecuencias, y que es materia de esta tesis por cuanto hace al nombramiento o no en dicha ratificación de un defensor ya sea por el consignado o por el Juez, en caso de que aquél no haga la designación correspondiente.

Al respecto es aplicable por identidad jurídica la siguiente Tesis Jurisprudencial:

RUBRO: ACCIÓN PENAL, EJERCICIO DE LA.

TEXTO: Basta con la consignación que del reo haga el Ministerio Público, para que se entienda que este funcionario ha ejercitado la acción penal, pues justamente es la consignación lo que caracteriza el ejercicio de dicha acción, a reserva de que, después y ya como parte dentro de la controversia penal, el Ministerio Público promueva y pida todo lo que a su Representación corresponda.

Quinta Época. Tomo XXVII. Pág. 202, MARTÍNEZ INOCENTE.

3.1.1. SIN DETENIDO.

Ya se había precisado que el Representante Social, puede concluir la Averiguación Previa y determinar si así procede y en el caso que el indiciado no estuviera retenido, la consignación del mismo o el no

ejercicio de la acción procedimental penal ministerial. En opinión de **HERNÁNDEZ PLIEGO**, si se ejercita la acción penal sin detenido, por imperativo del artículo 286 Bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, el Juez ordenará o negará la orden de aprehensión, reaprehensión, comparecencia o cateo, solicitada por el Ministerio Público, dentro de los diez días contados a partir de la fecha de radicación. Sin embargo, si se consignó por delito grave, así calificado por la ley, resolverá sobre la aprehensión y cateo solicitados, dentro de los seis días siguientes contados a partir de la radicación.⁶⁶

El precepto referido dispone que ejercitada la acción penal por el Ministerio Público, el Juez en el supuesto de consignación sin detenido, debe decretar dentro de los tres días siguientes a la consignación la radicación de la Averiguación Previa, y por cuanto a resolver respecto de la orden de aprehensión o comparecencia, si se tratara de consignación por delito grave o delincuencia organizada, tiene seis días y en caso de delito no grave tiene diez días ambos hábiles contados a partir del día siguiente de su radicación⁶⁷, como lo dispone el artículo 286 Bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

3.1.2. CON DETENIDO.

La consignación con detenido solamente procederá en dos casos: cuando el indiciado esté privado de la libertad ante el Ministerio Público, por tratarse de un caso de “**flagrancia**” o bien cuando se esté frente a un “**caso urgente**”.⁶⁸

La consignación con detenido la realiza el Ministerio Público cuando satisfechos los requisitos del artículo 16 Constitucional que

⁶⁶ HERNÁNDEZ, Pliego. Julio A. Ob. Cit. p. 155.

⁶⁷ Compilación Penal Federal y del D.F. Ob. Cit. p. 102.

⁶⁸ HERNÁNDEZ, Pliego. Julio A. Ob. Cit. p. 118.

hemos mencionado, en cuyo caso se está en presencia de flagrante delito (incluyendo las hipótesis de cuasiflagrancia, al igual que a la que denominaremos flagrancia por equiparación); o bien tratándose de caso urgente.⁶⁹

En la consignación con detenido, el Juez deberá dictar de inmediato, auto de radicación y el inculpado queda a su disposición para todos los efectos constitucionales y legales, fundamentalmente, para el cómputo del plazo constitucional, desde el momento mismo en que el Ministerio Público lo interne en el reclusorio o centro de salud que corresponda, dejando constancia de que quedó el detenido a disposición de la autoridad judicial y entregará copia de ella al encargado del reclusorio o centro de salud, quien asentará el día y hora de recepción, como lo dispone el artículo 134 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.⁷⁰

En el párrafo sexto del artículo 16 Constitucional, se asienta que al recibir la consignación con detenido, el Juez se pronuncie respecto de si ratifica la detención del consignado, hecha por el Ministerio Público, si ésta fue realizada en flagrancia o caso urgente, conforme a la Constitución y si se apega a ésta, la ratifique, ya que en caso contrario debe decretarse la libertad del detenido con las reservas de ley, lo que prevén los artículos 268-Bis, párrafo in fine y 286-Bis, del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.⁷¹

Luego entonces, en este tipo de consignaciones, el tribunal radicará de inmediato el asunto, y con el detenido a sus disposición, ello desde el momento en que la Policía Judicial por mandato del Ministerio Público lo interne en el reclusorio o centro de salud, dictará resolución determinando si la detención del consignado en la Averiguación Previa, estuvo apegada a la

⁶⁹ Ibidem. p. 121.

⁷⁰ Compilación Penal Federal y del D.F. Ob. Cit. pp. 249, 250 y 88.

⁷¹ Ibidem. pp. 99 y 102.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, si es así la ratificará, en caso contrario, decretará de libertad del detenido con las reservas de ley. Ocurriendo con frecuencia que el inculpado o su defensor se inconforman con el auto del Juez que ratifica la detención del Ministerio Público e interpone en su contra el Juicio de Amparo indirecto. En estos casos, al igual que cuando se combata en Amparo Indirecto una Orden de Aprehensión, por violación del artículo 16 Constitucional, si llegara a decretarse el auto de formal prisión contra el inculpado, de conformidad con el artículo 73 fracción X de la Ley de Amparo, cambiaría su situación jurídica, estimándose consumados irreparablemente las violaciones constitucionales reclamadas y por tanto tendría que sobreseerse los juicios de amparo promovidos.⁷²

Luego entonces, es Constitucional la consignación con detenido, cuando se trata de flagrancia en el delito o de delitos que se persiguen de oficio, sin que haya una autoridad judicial en el lugar y se trata de casos urgentes, sin que se haya resuelto en forma concreta y firme.⁷³

3.2. CONCEPTO DE CALIFICACIÓN DE LA DETENCIÓN.

Es necesario, como requisito sine qua non, definir que debemos entender por calificación de la detención del indiciado.

Por cuanto a la detención, desde un enfoque constitucional y legal, como se ha expresado, es el aseguramiento material del probable responsable del delito, ya sea en flagrancia, cuasiflagrancia, flagrancia equiparada o en caso urgente.

⁷² HERNÁNDEZ, Pliego. Julio A. Ob. Cit. p. 168.

⁷³ DEL CASTILLO Del Valle, Alberto. **“GARANTÍAS INDIVIDUALES Y AMPARO EN MATERIA PENAL”**. Ob. Cit. p. 53.

Así la palabra calificación en una acepción general, deviene de **calificar**, del latín **qualis**, que significa la apreciación y estimación que se hace de los hechos o actos.⁷⁴

En materia procesal penal, calificar por el juez la detención del consignado que le exige la Constitución y la ley procesal, pero éstas no expresan, en qué consiste y sería hasta, que el órgano ministerial ejercite la acción procedimental penal, a través del pliego consignatorio al que anexa la Averiguación Previa y pone a la disposición del Juez Penal de primer grado al detenido interno en un reclusorio u hospital, el juzgador después de recibirla, la radica e inmediatamente, pasa al estudio de la misma y su Constitucionalidad, y se pronuncia, o sea, califica la actuación del Ministerio Público respecto de la detención, esto es examina si la detención ministerial del indiciado-consignado, se apega a la normatividad constitucional y legal para detener a una persona en los supuestos que la misma prevé para hacerlo, como excepciones a la regla general, y si fue así, debe de calificar la detención apegada a derecho y ratificarla, continuando el procedimiento, recabándole en su caso su declaración preparatoria; en caso contrario, declarar que no se satisfacen los requisitos tanto constitucionales o legales para ratificarla y ordenará de inmediato la libertad del detenido-consignado con las reservas de ley, quedando la causa para los efectos que señala el artículo 36 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

Es obvio que la debe hacer el Juez Penal, el cual tiene la calidad de autoridad, entendiéndose por ésta para el efecto de las garantías individuales en materia penal, todo aquel sujeto que pueda imponer un acto a cualquier persona o gobernado, en forma unilateral y siendo factible hacer uso de la fuerza pública, por permitirlo la Ley, para dar cumplimiento al

⁷⁴ Nuevo Diccionario de Derecho Penal. Ob. Cit. p. 182.

referido acto. Así tenemos que la autoridad es un ente que da nacimiento a los actos jurídicos en forma unilateral y exige que se cumpla con ese acto so pena de hacer uso de la fuerza pública para que quede materializado ese acto de autoridad.⁷⁵

El párrafo sexto del artículo 16 Constitucional, cuyo texto literal es: "En casos de urgencia y flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley."⁷⁶

El párrafo antes citado obliga al Juez penal, que inmediatamente que reciba la consignación con detenido, proceda al estudio de las constancias que integran la Averiguación Previa, a efecto de determinar, si ratifica o no la detención, considerando el marco Constitucional y legal que prevé en qué casos solamente puede ser detenida una persona fuera del procedimiento judicial, en caso de no ajustarse a dicho marco no deberá ratificar la detención y necesariamente ordenar la libertad del indiciado con las reservas de ley.

Nuestros Tribunales Federales, han sustentado reiterada y en diversas Tesis el siguiente criterio:

RUBRO: DETENCIÓN, RATIFICACIÓN DE LA. EL AUTO QUE LA DECRETA DEBE SER COMBATIDO A TRAVÉS DEL AMPARO INDIRECTO DE CONFORMIDAD CON LO DISPUESTO POR LOS ARTÍCULOS 73 FRACCIÓN X ÚLTIMO PÁRRAFO Y 114 FRACCIÓN IV DE LA LEY DE AMPARO.

TEXTO: El auto que califica la detención de un acusado, en los casos de urgencia o flagrancia a que se refiere la reforma del artículo 16 de la

⁷⁵ Ibidem. p. 22.

⁷⁶ 3 Leyes para el Distrito Federal, que debe conocer el Ciudadano. Ob. Cit. p.7.

Constitución Federal de la República publicada en el Diario Oficial de la Federación de 3 de Septiembre de 1993, debe ser combatido a través del Amparo Indirecto de conformidad con lo dispuesto por el artículo 73 fracción X último párrafo y 114, fracción IV de la Ley de Amparo, ya que se trata de una violación que por afectar un derecho sustantivo como es la libertad, produce una ejecución de imposible reparación, lo cual constituye la definitividad requerida para la promoción del amparo en vía bi-instancial.

Novena Época: Tomo III. Pág. 408. Segundo Tribunal Colegiado del Octavo Circuito, Tomo VIII, Segunda 9p. Amparo Directo 667/95, JUAN DÍAZ ARABIA. 31 de Enero de 1996.

3.3. QUIÉN LA DEBE HACER.

Se sustenta en forma unánime tanto por el legislador en la ley, así como en la Jurisprudencia y la doctrina que el único que puede calificar la detención ministerial del detenido consignado es el ***Iudex Penoale*** de primer grado, quien es el único que tiene jurisdicción y competencia para ello, por mandato constitucional y procesal.

La idea de jurisdicción hace pensar en la unión amalgama de cinco elementos: ***notio, vocatio, coertio, iudicium y executio.***⁷⁷

Notio, gracias a éste el Juez puede conocer de un litigio.

Vocatio, es la obligación de las partes de comparecer ante el Órgano Jurisdiccional.

⁷⁷ BARRAGÁN Salvatierra, Carlos. Ob. Cit. p. 100.

Coertio, el juzgador prevé en forma coactiva al cumplimiento de sus mandatos.

Juditium, es la facultad para que el órgano jurisdiccional dicte una sentencia.

Executio, consiste en el apoyo de la fuerza pública para lograr la ejecución de una resolución.

Existen diversos conceptos de jurisdicción en el derecho procesal, se entiende a la **jurisdicción** como **actividad, facultad o potestad**.

Como **actividad**, según **ROCCO**, consiste en la actividad que el Estado provee a la tutela del derecho subjetivo, es decir, la reintegración del derecho amenazado o violado.⁷⁸

Para **JIMÉNEZ ASENJO** señala que es la **facultad** del poder otorgado o delegado por la ley a los tribunales de justicia para declarar el derecho objetivo en aquellos casos particulares o subjetivos que lo requieran (más sintética y expresivamente, se le ha definido como la potestad de que están investidos jueces y tribunales para administrar justicia al juzgar y hacer ejecutar lo juzgado).⁷⁹

La jurisdicción como **potestad**, de acuerdo con **FENECH**, es la potestad soberana de decidir en un acto concreto sobre la actuación de una pretensión punitiva y la de resarcimiento, en su caso, de acuerdo con la expresión genérica y abstracta, de las normas jurídicas, y en caso afirmativo, ejecutar la pena concreta que infrinja al condenado en la

⁷⁸ Citado por BARRAGÁN Salvatierra, Carlos. Ob. Cit. p. 100.

⁷⁹ BARRAGÁN Salvatierra, Carlos. Ob. Cit. p. 100.

sentencia, función que se garantiza mediante la reserva de su ejercicio exclusivo a los órganos jurisdiccionales del Estado, instituidos con sus garantías de independencia e imparcialidad (tribunales penales) a la observancia de determinadas normas que regulan la conducta de aquellos y los demás sujetos cuyos actos son necesarios y convenientes para el cumplimiento de la instrucción (proceso penal).⁸⁰

Para **JOSÉ HERNÁNDEZ ACERO** quien señala que es el derecho del Juez para declarar y aplicar la ley en los casos concretos, y que esa aplicación tiene efectos ejecutivos por haberlo hecho un órgano estatal. El Juez tiene facultad de declarar el derecho y aplicar la ley en los casos concretos, esta declaración tiene efectos ejecutivos por haberla hecho un órgano a quien el Estado reviste de poder para ello. Para tener la jurisdicción, es menester explicarla desde los siguientes puntos de vista: ***de la esencia de la actividad jurisdiccional, el fin que se persigue con la jurisdicción y el Órgano que realiza una jurisdicción.***

Por cuanto a la ***esencia de la actividad jurisdiccional***, encontramos la necesidad que tiene el Juez de contestar si una conducta es típica, si penetró a un tipo penal al llenar sus elementos y para esto requiere de una triple actividad: el Juez va a ***conocer de los hechos*** por medio del expediente de averiguación previa que le remite el Ministerio Público al ejercitar la acción procesal penal, con ello surge la segunda actividad consistente en ***clasificar la conducta*** y así estar en condiciones de que se dé la tercera actividad, que es la de ***resolver***.

La ***finalidad*** que se persigue con la jurisdicción, esencialmente es aplicar la ley al caso concreto para individualizar la pena.

⁸⁰ Idem.

En cuanto al **órgano** que realiza la jurisdicción. El Juez deberá de disponer de un derecho y con ello un deber. El derecho lo tiene mediante la designación, protesta y discernimiento del cargo y el deber surge con la misma asignación y aceptación del cargo, debido a que el Juez está llamado a juzgar.⁸¹

Existe una distinción desde el enfoque doctrinario, en opinión de **CARRE DE MALBERG**, serán actos jurisdiccionales los que están encaminados a la judicatura y administrativos los atribuidos a funciones de orden gubernativo.⁸²

La jurisdicción para **MANZINI** en su manifestación más característica es la decisión del Juez y se distingue de la administración activa, en que en los actos administrativos prevalece el elemento de la voluntad, mientras que los jurisdiccionales prevalece el elemento del juicio.⁸³

En opinión de **GABINO FRAGA**, señala que la función administrativa no supone la preexistencia de un conflicto y en consecuencia su intervención no implica como fin la restauración del orden público quebrantado, indica que a través de la función administrativa es posible prevenir los conflictos mediante un organismo instituido legalmente para ello, llamado policía, aspecto distinto si se trata de conflicto en sí, porque cuando éste se manifiesta será necesaria la intervención de una autoridad con carácter y facultades distintas, es decir, el Juez quien realiza la función jurídica.⁸⁴

Para **COLÍN SÁNCHEZ**, jurisdicción y administración son funciones íntimamente ligadas, tanto la administración como la jurisdicción se encaminan a la aplicación del derecho, independientemente de que la forma

⁸¹ Citado por BARRAGÁN Salvatierra, Carlos. Ob. Cit. p. 102.

⁸² BARRAGÁN Salvatierra, Carlos. Ob. Cit. p. 103.

⁸³ Citado por BARRAGÁN Salvatierra, Carlos. Ob. Cit. p. 103.

⁸⁴ Idem.

de realizarlo sea distinta. Para que la jurisdicción llegue a realizarse se requerirá que un sujeto se ubique dentro de la hipótesis de la norma penal sustantiva y previa la satisfacción de los requisitos legales se ejercite la acción penal correspondiente, situación que no ocurre tratándose de la administración, ya que ésta es la aplicación del derecho sólo encontrará justificación en la satisfacción de los intereses generales que tutela.⁸⁵

Para este autor, el Estado en ejercicio de la soberanía, cumple con una de sus atribuciones y lleva a cabo la función jurisdiccional para así preservar la convivencia social. La función jurisdiccional la delega el Estado al Juez, siendo éste el órgano de que se vale para llevarla a cabo, es un sujeto de primordial importancia en la relación procesal, ya que es el representante “*monocrático o colegial*” que actúa como órgano jurisdiccional del Estado encargado de ejercer dicha función en un determinado proceso penal. Es aquel sujeto investido legalmente por el Estado para declarar el derecho en cada caso concreto, es decir, a través de la jurisdicción, será como se manifiesta la actividad judicial, el Juez además tiene imperio.⁸⁶

En cuanto a la función jurisdiccional **RIVERA SILVA**, señala que la actividad jurisdiccional en términos generales, consiste en declarar el derecho en los casos concretos. En la etimología de la palabra *jurisdicción* este término proviene de las palabras *ius* y *dicere*, que significa, declarar el Derecho. Más la simple declaración del derecho no uniforma la actividad jurisdiccional, sólo se puede hablar de la actividad cuando la declaración del derecho, en los casos concretos, tiene fuerza ejecutiva, cuando esa declaración es hecha por alguien a quien el Estado ha investido con poder para hacerla.⁸⁷

⁸⁵ Ibidem. p. 100.

⁸⁶ Ibidem. p. 99.

⁸⁷ Ibidem. p. 99.

Todos los Jueces tienen igual facultad de decir del derecho, independientemente de su rango o importancia y del tipo de conflictos que le corresponda resolver el límite de la función jurisdiccional, es el campo en que el Juez desempeña su jurisdicción y propicia orden en la Administración de Justicia, las personas que aspiran a encarnar el órgano, deberían reunir un mínimo de requisitos y cualidades que señala la doctrina: 1.- Capacidad subjetiva, que a su vez se subdivide en capacidad subjetiva en abstracto y capacidad subjetiva en concreto y 2.- Capacidad objetiva, también denominada competencia.

La **subjetiva** se divide en:

A) **Capacidad subjetiva en abstracto:** Son los requisitos que debe reunir el sujeto, para ejercer el cargo de Juez y que se establecen en la Ley de la materia. (arts. 16 y 17 LOTSJDF)

B) **Capacidad subjetiva en concreto.-** Se refiere a que el Órgano Jurisdiccional no esté impedido por la Ley para poder Juzgar un asunto. por existir alguna causa que pueda afectar la imparcialidad de su juicio.

La capacidad objetiva, si la jurisdicción consiste en declarar un derecho, este atributo tiene limitaciones, porque un Juez no puede conocer de todo tipo de delitos ni en todo lugar donde se haya cometido, debido a la división política que rige en el país y además de algunas excepciones en torno a los sujetos autores del ilícito penal, obviamente se impone la necesidad de establecer algunas limitaciones a las facultades jurisdiccionales, lo que entraña la capacidad objetiva del Juez, es decir, la **competencia**.

Para **GARCÍA RAMÍREZ**, todo Juez posee jurisdicción, más no todo Juez es competente para ejercerla en forma indiscriminada en la solución de cualquier competencia. Es la competencia la que deslinda los campos jurisdiccionales y define y delimita la potestad de

conocimiento de cada juzgador particular. También se le conoce como capacidad procesal objetiva del Juzgador, aspecto por el que se relaciona con el objeto del proceso, es válido decir, capacidad del juez o tribunal para conocer de un proceso, habida cuenta del objeto de éste.⁸⁸

Sustenta **HUGO ALSINA**, los Jueces deberán ejercer su jurisdicción en la medida de su competencia y ésta fija los límites dentro de los cuales el Juez puede ejercer su facultad, de ahí que pueda resumirse la competencia, como la aptitud del Juez, para ejercer su jurisdicción en un lugar determinado.⁸⁹

Para **FLORIAN** y **FRANCO SODI**, quienes señalan, en contraposición a la capacidad subjetiva, “*la capacidad objetiva del Juez*”; de manera que si la primera se refiere a los requisitos legales y a la idoneidad del Juez, para conocer del proceso, la segunda se daría en razón de una cuestión práctica, debido a que si el Juez tiene capacidad para aplicar la ley, aquella no podrá hacerse extensiva a todos los casos, porque el cumplimiento de sus funciones resultaría imposible, ya no en términos de tiempo, sino también por lo que toca al conocimiento de las materias, y que no sería posible que abarcara a una sola persona, por esto, las leyes delimitan las facultades de los órganos jurisdiccionales. Esto hace concluir que jurisdicción y competencia son conceptos que no deben confundirse, debido a que puede tenerse jurisdicción más no competencia, la primera implica la facultad para determinada función y la segunda para decir el derecho al caso concreto.⁹⁰

Afirma **RIVERA SILVA** que por capacidad objetiva debe entenderse la extensión de la jurisdicción, es decir, el volumen de la facultad de declarar el derecho. En términos más sencillos, la competencia. En este sentido, capacidad objetiva y competencia son términos equivalentes,

⁸⁸ Ibidem. p. 121.

⁸⁹ Idem.

⁹⁰ Idem.

abarcadores de los mismos conceptos. La competencia es simple y llanamente el límite de jurisdicción.⁹¹

Así la competencia es el inter de la jurisdicción (todos los jueces tienen jurisdicción, pero no todos son competentes para conocer y resolver determinados asuntos), lo cual significa que la facultad del Juez de resolver mediante la aplicación de la ley, los conflictos sometidos a su conocimiento, está restringida por la competencia por:

- 1.- El Territorio;
- 2.- La Materia;
- 3.- La Persona;
- 4.- La Cuantía;
- 5.- El Turno;
- 6.- La Seguridad de la Prisión; y
- 7.- Conexidad.⁹²

Por su importancia, y dado el tópico de tema, exclusivamente ceñiré los comentarios a las cuatro primeras y a la última de las mismas.

En relación al **territorio**, es competente el Juez del lugar donde se cometió el delito, pero cuando existen varios jueces de la misma categoría en ese lugar, es competente el que haya prevenido, asimismo, cuando se trate de delitos continuos.

Opina en referencia **DE PINA**, que “la jurisdicción por razón de territorio, es la única que se puede prorrogar”, es así como únicamente en el Fuero Federal, se pueden atraer para Averiguación Previa y

⁹¹ Idem.

⁹² HERNÁNDEZ, Pliego. Julio A. Ob. Cit. p. 36.

Proceso, los delitos del orden común, lo que es benéfico, ya que ayuda a que se lleve a cabo un solo proceso, lo que repercute en beneficio del procesado.⁹³

De acuerdo a la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, ejercen jurisdicción y competencia en materia penal en el Distrito Federal, y también en el Centro Penitenciario de Islas Marías, funcionando en Pleno y en Salas, por cuanto al número de Salas y su Materia, este será determinado por el Consejo de la Judicatura, conforme a las necesidades y presupuesto (artículos 27 y 28) y en cuanto a su competencia la determina el artículo 44 de dicho ordenamiento.⁹⁴

El artículo 48 de la Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal, prevé como órganos judiciales en materia penal de primera instancia: a los Jueces de lo Penal y los Jueces de Paz Penal, (fracción II) y el Juzgado Mixto ubicado en las Islas Marías (fracción V).

Estos son nombrados por el Consejo de la Judicatura de dicho Tribunal y por cuanto a los Jueces de Paz Penal, su competencia es de acuerdo a las Delegaciones que fije la Ley Orgánica, en las que podrán haber uno o más juzgados según la carga de trabajo, pudiendo un juzgado abarcar una o varias Delegaciones (artículos 67 a 72).

Los juzgados de paz penal, sólo conocerán de los delitos que tengan una o más sanciones no privativas de la libertad, cuando sean las únicas aplicables o sanciones privativas de la libertad de hasta cuatro años, y para el caso de que fueran varios los delitos, para efectos de su competencia se estará al delito cuya pena máxima no exceda de dicho **cuantum**, con independencia que al momento de sentenciar y de acuerdo a la

⁹³ Citado por BARRAGÁN Salvatierra, Carlos. Ob. Cit. p. 123.

⁹⁴ Ley Orgánica del Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. Tribunal superior de Justicia del Distrito Federal. México 2005.

aplicación de las reglas del concurso imponga una sanción superior a cuatro años de prisión (artículos 10 del Código de Procedimientos Penales y 79 del Código Penal ambos para el Distrito Federal).

Los Juzgados Penales de Primera Instancia, son competentes para conocer de aquellos delitos que no sean de la competencia de los Juzgados de Paz (artículo 10 Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal), siendo que en la actualidad existen 69 juzgados de dicho grado, de los cuales los primeros 66 son mixtos por género, esto es, que conocen de procesos instruidos en contra de hombres y mujeres, respecto de un mismo delito y los tres restantes solamente conocen de procesos en contra del género femenino, iniciando funciones el primero de ellos por Acuerdo del Consejo de la Judicatura Local, a partir del 1º de Diciembre del año 2004.

En relación a la **materia**, la competencia se determina a partir de la distinción hecha por el legislador en cuanto al Orden Común, Federal, Militar. Salvo lo previsto por el artículo 10 del Código Procesal Penal, que prevé la facultad atrayente de la autoridad federal, respecto de delitos del orden común, cuando exista conexidad con delitos federales, misma que **HERNÁNDEZ PLIEGO**, la denomina “**competencia por seguridad**”, ya que se amplía la competencia del Juez Federal, es decir se le prorroga.

De acuerdo a la **persona** esta competencia tiene justificación en la necesidad de tomar en cuenta ciertas cualidades del sujeto (inmunidades constitucionales o diplomáticas).

Se debe agregar la llamada **jurisdicción universal**, en los casos de los delitos de Lesa Humanidad en donde cualquier autoridad judicial, de cualquier Estado, de los cuales eran nacionales los ofendidos a quienes les vulneraron sus derechos humanos, pueden ejercer dicha jurisdicción sobre los agresores, siempre y cuando no hayan sido juzgados por

dichos hechos en el Estado del cual son nacionales o en cualquier otro que haya signado el Estatuto de Roma, creador de la Corte Penal Internacional.

La competencia por **cuantía** y naturaleza de la sanción, para los jueces penales de primera instancia y de paz penal, ya se ha expresado que la determina el artículo 10 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, puesto que hay una relación aritmética en la ley, atendiendo al principio de que a mayor cuantía en los delitos patrimoniales, mayor punibilidad y en los demás dependiendo de la importancia del bien jurídicamente tutelado y si la punibilidad en ambos supuestos excede de 4 años de prisión son competentes los denominados jueces de primera instancia penal, incluyendo los tres de género referidos. En caso de que no se rebase dicha cuantía serán competentes los denominados jueces de paz penal.

Es importante considerar la llamada **competencia por conexidad**, este tipo de competencia deroga los principios referentes a la competencia por materia y lugar, y para fijarla deberá tenerse presente tanto la ejecución del delito como su consumación. **FLORIAN** opina, que la múltiple realidad de la vida procesal hace que no sea poco frecuente el caso de que los diversos motivos de competencia se presenten entrelazados entre sí, de aquí el enlace de la conexidad de los delitos, puede determinar una derogación de la competencia por materia (cuantitativa) y por el territorio. Y tiene lugar la **conexión objetiva** y **subjetiva**. Existe **conexión objetiva**, cuando se atribuye a una o varias personas respectivamente, uno o diversos delitos, cometidos en el mismo tiempo o en tiempos y lugares distintos, pero enlazados entre todos, unidos por el nexo de causa a efecto, o cuando las pruebas de uno de los delitos pueden tener valor para los demás. **Existe la subjetiva** cuando se imputan a una misma persona varios delitos. Se puede decir que la conexidad se verifica por:

- A) La persona,
- B) El delito, y

C) La prueba.⁹⁵

Afirma **JOSÉ HERNÁNDEZ ACERO**, que la conexidad de la causa, es cuando una persona comete varios delitos en épocas distintas y está siendo juzgado, mediante proceso, en varios juzgados, por lo que procede una **acumulación procesal** en la que deberán concentrarse todos los procesos al más antiguo, bajo el principio de **tracción procesal** (consideramos que hay un error de índole mecanográfico, ya que el principio es de atracción procesal, el cual conjuntamente con el de concentración, permite la acumulación por ser benéfica para el procesado) con la finalidad de que no se dicten sentencias definitivas en las que se impongan penas privativas de libertad en cada uno de los procesos y puedan rebasarse el término máximo de prisión que establece la ley. También se da esta figura, cuando varios sujetos cometen un delito, en este caso, todos serán conectados a un mismo proceso con la misma finalidad.⁹⁶

Es necesario precisar que conforme la Ley Federal contra la delincuencia Organizada, misma que prevé en su artículo 3º, que en caso de delito de asalto, secuestro, tráfico de menores y robo de vehículos, serán investigados, perseguidos, procesados y sancionados únicamente, si además de cometerse por un miembro de la delincuencia organizada, el Ministerio Público de la Federación ejerce la facultad de atracción (artículo 10 del Código Federal de Procedimientos Penales), en este caso, el Ministerio Público Federal y las autoridades Judiciales Federales serán las competentes para conocer de estos delitos.

⁹⁵ Citado por BARRAGÁN Salvatierra, Carlos. Ob. Cit. p.123.

⁹⁶ Ibidem. p. 124.

3.4. EN QUÉ MOMENTO SE DEBE REALIZAR.

El Juez Penal que recibe la Averiguación Previa y el pliego consignatorio con detenido, tratándose de flagrancia o del caso urgente, y después de radicar el expediente, debe calificar la constitucionalidad de la detención en flagrancia o en caso urgente, en la que el Ministerio Público funda y motiva la orden de detención que libró.⁹⁷ Sólo para puntualizar lo anterior, el juez penal primeramente debe de recibir la consignación con detenido y proceder a radicar inmediatamente la Averiguación Previa materia del ejercicio de la acción penal ministerial, ya que si no lo hiciera, no podría pronunciarse respecto de la calificación de la detención, si ésta fue apegada o no a la Constitución y no a la legalidad, ya que son aspectos de naturaleza diferente, puesto que uno de los efectos de la radicación ante el **Judex A Quo**, es la competencia, sin la cual no puede ejercer el imperio estatal que le ha sido delegado y ejercitar su arbitrio judicial.

La Constitución no precisa cuál es el contenido del término inmediatamente citado, ante lo cual debemos de entender que es el momento próximo a que se recibió la Averiguación Previa, y el detenido es puesto jurídica y físicamente a su disposición al detenido, incluyendo el tiempo necesario para el estudio de las constancias y la emisión del auto, aunque esto sigue siendo ambiguo, por lo que en una extensión máxima debemos considerar que éste no debe exceder a la jornada del día en que se actúa.

Ahora bien, en el supuesto de que el **Judex A quo** ratifique la detención del indiciado como constitucional, no obstante que no se satisfagan los requisitos tanto constitucionales (artículo 16) como procesales (art. 268-Bis y 286-Bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal), estaríamos ante una detención ilegal y consecuentemente de una **“privación arbitraria de la libertad”**.

⁹⁷ MANCILLA, Ovando, Jorge Alberto. Ob. Cit. pp. 139,141.

La Suprema Corte de Justicia del país, en diversas jurisprudencias y de distinta época, ha sustentado que el ACTO ARBITRARIO, es el realizado sin justificación legal, moral, ni racional.

Ni en el precepto constitucional mencionado, ni la normatividad procesal penal para la Ciudad de México, aluden a “JUEZ INCOMPETENTE”, sólo se refieren a Juez lisa y llanamente, por lo que el Juez incompetente es aquél que trata de conocer de una cuestión que no le está expresamente reservada por la legislación relativa a las reglas de la competencia.⁹⁸

Ello encuentra su justificación y fundamentación legal (artículo 449 Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal), en que no obstante que el Juez considere que es incompetente para conocer de un asunto, estando en el supuesto de una consignación con detenido, debe practicar las diligencias más urgentes y resolver lo que en derecho proceda y hecho lo anterior, si decreta la formal prisión, declararse incompetente remitiendo las actuaciones al Juez que considere que es el competente.

De acuerdo al Conjunto de Principios Para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, se establece en el Principio 32:

1. La persona detenida o su abogado tendrá derecho a interponer en cualquier momento una acción, con arreglo al derecho interno, ante un Juez u otra autoridad a fin de impugnar la legalidad de su detención y, si ésta no fue legal, obtener su inmediata libertad.⁹⁹

⁹⁸ Ibidem. p 367.

⁹⁹ Copyright. 1996-2002. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Ginebra, Suiza. <http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h-comp.36sp.htm>.

La excepción a la regla general referida para la detención de las personas, la encontramos en los llamados **sujetos inmunes** los que no pueden ser detenidos, con independencia de que se trate de un caso urgente o en flagrancia, cuasi-flagrancia o flagrancia equiparada, toda vez que ciertas personas en virtud del puesto público o diplomático que desempeñan, tiene ciertos privilegios (inmunidades) respecto del común de los gobernados, de no ser detenidos, lo que se les concede para el mejor desempeño de su función pública, esta figura se le denomina como **fuero constitucional** y actualmente es conocida como **inmunidad procesal**, también llamada **declaración de procedencia**, y lo fundamentan en los artículos 110 y 111 constitucionales.

La más importante y recurrente de las excepciones, es la denominada **inmunidad diplomática** la cual tiene sustento en el Tratado de Viena de 1961, sobre las relaciones e inmunidades diplomáticas, en el que se contempla a todos los Jefes de Estado, Secretarios y Ministros de Estado, Embajadores, personal diplomático y los enviados o Misiones Diplomáticas, que se encuentren en ejercicio de sus funciones en un Estado Extranjero, en el cual el Estado receptor no podrá bajo ninguna causa detenerlos y ni siquiera mandarlos citar como testigos. Lo que significa que los diplomáticos, no pueden ser enjuiciados por sus actos, aunque sean actos delictuosos. La inmunidad de jurisdicción penal es por consiguiente absoluta y se aplica tanto a actos realizados en el ejercicio de sus funciones diplomáticas, como en actos privados, el efecto de la jurisdicción del Estado receptor, el Diplomático únicamente puede ser objeto de medidas de expulsión.¹⁰⁰

Así la **detención arbitraria**, se presenta cuando los funcionarios o agentes de la autoridad o de la fuerza pública, detengan o aprehendan o conserven presa o detenida a una persona ilegalmente, por no

¹⁰⁰ PAZ Y PUENTE, Gutiérrez, Jaime. “**DERECHO DE INMUNIDADES DIPLOMÁTICAS**”. Ed. Trillas. México 1985. pp. 81 y 82.

autorizarlo la ley. También se presenta cuando se tenga detenido a un individuo sin dictar auto de término constitucional, dentro de las setenta y dos horas siguientes a su consignación ante el Juez. El funcionario que teniendo conocimiento de una prisión o detención ilegales, no los denuncie a la autoridad competente o no los haga cesar si estuviese en sus atribuciones. Los Jueces y funcionarios públicos son responsables civilmente por las detenciones arbitrarias que hagan, mandando a aprehender al que no deban o reteniendo a alguno en la prisión más tiempo del que la ley permite.¹⁰¹

Se debe de negar la ratificación cuando: exista juez en el lugar, al preverse que administrativamente se ejecuten órdenes de aprehensión en horas inhábiles; o por no ser las circunstancias de aquellas que impliquen el riesgo de que el indiciado huya del lugar impidiendo la realización de la justicia, se descalificará la urgencia en el caso y brindará la libertad al detenido, sin perjuicio que al existir pruebas del delito y de la responsabilidad penal del probable detenido, justifiquen la comisión de la orden de aprehensión judicial, la privación de la libertad de que en objeto en el proceso y que se someta a juicio con posterioridad al delincuente.¹⁰²

Para efectos de precisión, a la opinión anterior, el juez debe solamente pronunciarse respecto de la detención del consignado hecha en la indagatoria y no sobre su aprehensión, hablando técnicamente, puesto que ésta de acuerdo al artículo 16 de la Constitución Mexicana, sólo la puede dictar un juez del ramo penal competente, mientras que el Ministerio Público exclusivamente esta facultado por nuestra Carta Magna, a expedir por escrito órdenes de detención debidamente fundadas y motivadas y además, el juzgador debe pronunciarse respecto del momento histórico en que haya sido detenida la persona, declarando si la detención está apegada al ordenamiento fundamental del Pacto Federal y no está facultado ni constitucional ni

¹⁰¹ SERRA Rojas, Andrés. Ob. Cit. p. 346.

¹⁰² MANCILLA Ovando, Jorge Alberto. Ob. Cit. pp. 139-140.

legalmente, que lo haga extendiendo su determinación a aspectos posteriores, que aunque están conexos y son sucesivos, son posfactum a la detención, ya que no existe dispositivo legal que lo faculte para ello, pues basta recordar que un principio de derecho, es que solo la autoridad, como lo es el juez penal, puede realizar lo que expresamente lo faculta la ley, por ser de imperio acotado, como es el caso, luego entonces, si en un orden cronológico, primero se da la detención en flagrante delito o en caso urgente, después el Ministerio Público en la indagatoria, dicta auto de detención y necesariamente el de retención, para que el indiciado quede a su disposición hasta por un término de 48 o 96 horas según el caso, y una vez vencido éste, realice la consignación con detenido si procediere, por así exigírselo la Constitución y la ley procesal penal, solo será materia de su determinación de ratificación de la detención, tomando en cuenta el valor de las pruebas que integren la incoada, al momento en que se hizo la detención y determinar si ésta se apega o no a nuestro orden jurídico fundamental, sin hacer pronunciamiento abarcando lo referente a la retención y su duración, mucho menos hacer algún cómputo respecto de ella y concluir si la consignación está dentro o fuera de una temporalidad legal, puesto que como ya se ha expresado, no existe dispositivo legal que le permita hacerlo.

MANCILLA OVANDO, señala, que la abstención de examinar la legalidad de lo que denomina **“orden de aprehensión administrativa”** o la indebida valoración de las pruebas que produzcan, la ilegal ratificación de la orden de aprehensión del Ministerio Público, hace al juzgador responsable de la privación de la libertad fuera de todo procedimiento judicial del indiciado, por convalidar ese acto de autoridad.¹⁰³

En la resolución judicial, el Juez determina o no la ratificación de la detención del consignado, aseguran algunos autores, no debe de introducirse al estudio, de si está o no acreditado el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, por ser ello de orden sustancial y ser materia de otro

¹⁰³ Idem.

momento procedimental que se actualizaría al resolver la situación jurídica del consignado, dentro del término constitucional.

Al respecto es aplicable por identidad jurídica la siguiente Tesis Jurisprudencial:

RUBRO: DETENCIÓN DE UNA PERSONA SIN MEDIAR ORDEN DE APREHENSIÓN, SI NO SE TRATA DE UN CASO DE FLAGRANCIA O DE URGENCIA, AL RECIBIR LA CONSIGNACIÓN EL JUEZ DEBE DECRETAR SU LIBERTAD CON LAS RESERVAS DE LEY.

TEXTO: De conformidad con lo dispuesto con el artículo 16 Constitucional sólo puede detenerse a una persona cuando exista en su contra una orden de aprehensión dictada por la Autoridad Judicial competente, in flagrante delicto o en casos urgentes. Por lo tanto, si la detención no se efectúa en cumplimiento de una orden de aprehensión o en un caso de flagrancia o de urgencia, al recibir la consignación, en términos de lo dispuesto por el párrafo sexto del citado precepto constitucional, el Juez debe analizar si solamente se reunieron los requisitos que establece el citado numeral en sus párrafos cuarto y quinto, y de ser así, ratificará la detención; de lo contrario, debe decretar la libertad del detenido con las reservas de ley.

Novena época: Tomo II. Pág. 525. Primer Tribunal Colegiado del Décimo Segundo Circuito. XII, 1º 3p. Amparo en Revisión 223/95, MIGUEL ÁNGEL ROCHA RAMOS, 27 de Septiembre de 1995.

3.5. REQUISITOS.

No existe en la ley instrumental penal para el Distrito Federal, norma alguna que determine expresamente cuáles son estos requisitos, pero los podemos inferir del contenido del artículo 16 constitucional en relación con los artículos 267 y 268 del Código de Procedimientos Penales

para el Distrito Federal, mismos que deben de satisfacerse para que el juez de conocimiento pueda material y legalmente pronunciarse si ratifica o no de constitucional la detención del consignado, considerando que dichos requisitos son:

1. Que el Ministerio Público ejercite la acción penal con detenido precisándose solamente al respecto que el suscrito la denomina acción procedimental penal ministerial;

2. Que la punibilidad fijada para el delito respectivo cuando menos sea como pena principal la de prisión;

3. Que el sujeto haya sido detenido en flagrante delito, en sus dos supuestos constitucionales de flagrancia y cuasi-flagrancia o en las tres hipótesis que prevé la normatividad procesal, de flagrancia, cuasi-flagrancia o flagrancia equiparada;

4. Que el indiciado hubiera sido detenido por mandato del Ministerio Público durante la indagatoria, en el supuesto de caso urgente;

5. Que sea puesto el consignado a disposición del juez penal en sus dos aspectos material y jurídicamente;

6. Que la puesta a disposición del indiciado se haga estando éste dentro del ámbito jurisdiccional del Juez ante el cual se hace la consignación;

7. Que la consignación se haga anexando al pliego consignatario la averiguación previa correspondiente ya que con base a sus constancias el juez penal debe pronunciarse por cuanto hace a la detención del consignado;

8. Que no se actualice ninguna causa que extinga la pretensión punitiva estatal, previstas en la fracción IV: perdón del ofendido en los delitos de querrela o por cualquier otro acto equivalente; VIII. Amnistía; IX. Prescripción; X. Supresión del tipo penal y XI. Existencia de una sentencia anterior dictada en proceso seguido por los mismos hechos, las que

se encuentran previstas en el artículo 94 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, por ser de carácter oficiosas, entendiéndose por ello, como obligatorias para el Juez su observación, tal como lo dispone el numeral 95 del ordenamiento inmediatamente citado y además por ser cuestiones de previo y especial pronunciamiento, esto es, que primero se debe pronunciar el Juez al respecto y si alguna de ellas se actualiza, paraliza el procedimiento y le pone fin sobreseyéndose la causa, atendiendo lo dispuesto por la fracción VIII del artículo 660 del ordenamiento procedimental penal multicitado.

3.6. NOMBRAMIENTO DE DEFENSOR EN LA CALIFICACIÓN DE LA DETENCIÓN.

Aunque ya se ha dejado precisado que *defensor* es la persona que toma a su cargo la defensa en juicio de otra u otras. Cuando una defensa constituye una actividad profesional, el defensor se denomina abogado.¹⁰⁴

Por lo cual nombrar un defensor por la persona detenida, es ejercitar su derecho de defensa y audiencia, designando a una persona profesional del derecho, para que lo asista, represente y esté presente en los actos que se requieran, asesorándolo con toda oportunidad en cuanto a la aplicación de la ley.

Existe relación entre los artículos 1, 15 y 133 de la Constitución, ya que en ellos se sostiene que las garantías individuales como parte integrante de la norma suprema del país, con independencia de que se ubique en la parte dogmática constitucional, impone a todas las autoridades, el texto de la Carta Magna, como el de mayor jerarquía en México y que sobre él ningún acto de autoridad puede darse, ni siquiera los Tratados Internacionales

¹⁰⁴ DE PINA, Rafael, De Pina vara Rafael. Ob. Cit. p. 218.

están sobre ella. Las garantías son normas supremas y por ello no es permitido que un Tratado Internacional esté discordante con ella y si discrepa de lo mandado por la Constitución Mexicana, entonces los mismos carecerán de valor y vigencia, ya que de acuerdo al artículo 15 Constitucional no es dable dar nacimiento a Tratados Internacionales que desconozcan, modifiquen o alteren las garantías individuales en perjuicio de la persona, con lo que se reafirma el Principio de Supremacía Constitucional.¹⁰⁵

Por lo tanto, como se ha dejado asentado, tanto en el Código Político Fundamental del Pacto Federal de los Estados Unidos Mexicanos, en su artículo 20, apartado A, fracción IX y los Tratados Internacionales suscritos y firmados por el Estado Mexicano que son de aplicación obligatoria en nuestro país por vía del artículo 133 Constitucional, impone en mantener la obligación al juzgador cuando menos contemporáneo a que se pronuncie sobre la ratificación o no de la detención, que el consignado tenga un defensor que lo asista y esté presente, ya que siendo una etapa procedimental posterior a la averiguación previa, en la que todo detenido debe tener un defensor y si no lo tiene la consecuencia sería por una obvia razón constitucional, legal y de derechos humanos, de cualquier procedimiento posterior a ello, queda afectado de la misma situación jurídica, esto es, de anticonstitucional, ilegal, por dejarlo en un estado de indefensión, ya que lo contrario, sería un contrasentido que en el periodo procedimental preprocesal en que el juez debe hacer el pronunciamiento de la ratificación o no de la detención, el consignado careciera de un defensor, que estuviera presente y obviamente lo asesorara al momento en que el juez hace tal pronunciamiento, aunque la ley procesal expresamente no lo ordena y por eso no se le permite al consignado designarlo y tampoco el juez le nombra uno, puesto que para que ello suceda debe requerirlo para que lo nombre, consecuentemente si no le da esa oportunidad, por ende tampoco le puede designar uno, este criterio que no

¹⁰⁵ DEL CASTILLO Del Valle, Alberto. **“GARANTÍAS INDIVIDUALES Y AMPARO EN MATERIA PENAL”**, Ob. Cit. p. 42.

se comparte ya que de una interpretación hermenéutica de la fracción IX y párrafo final del apartado A, artículo 20 Constitucional, podemos sustentar que primero y en un orden cronológico en que se desarrolla el procedimiento penal, primera tiene existencia la Averiguación Previa en la cual por disposición del párrafo final del artículo constitucional referido aunque condicionado, no encontrando alguna razón jurídica para ello, sino que debe ser liso y llano, y no obstante la cuestión histórica de nuestro país de que durante mucho tiempo en esta etapa fue estrictamente inquisitoria y no se permitía que el detenido tuviera un defensor, argumentándose que éste trastocaría la verdad histórica, pues ofrecería pruebas falsas o presionaría a los que depusieron en contra de su defenso o a este le instruiría para que negara o falseara los hechos, y tampoco se le permitía al detenido tener acceso a las constancias que integraban la indagatoria, argumentando lo ya expresado por lo que todo se llevaba en sigilo y a ocultas del detenido. Tal posición en la actualidad es insostenible a tal grado que si el ofendido en un delito, el cual representa el Ministerio Público si aquel no está conforme con lo determinado por éste, específicamente de no ejercitar la acción penal, puede impugnar su determinación por vía del juicio de amparo como lo expresa lo dispuesto por el artículo 9 fracción XIX del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en relación con la fracción VII del artículo 114 de la Ley de Amparo y el párrafo cuarto del artículo 21 de nuestra Carta Magna. Luego entonces, el detenido tiene el derecho de designar un defensor durante la etapa del procedimiento de Averiguación Previa y una vez que la misma ha sido integrada y fenecido el procedimiento respectivo y el representante social determina mediante el acuerdo correspondiente que se encuentran satisfechos los extremos del artículo 16 Constitucional, al haberse presentado el requisito de procedibilidad respectivo, que se han recabado las pruebas suficientes, que dicho hecho tiene la connotación jurídica de delito, por estar previsto como tal en una ley, que tiene fijada como sanción principal cuando menos pena de prisión, existiendo datos que acrediten el cuerpo del delito de que se trate y que hagan probable la responsabilidad penal del indiciado y éste se encuentre detenido y retenido a disposición de la autoridad

ministerial, tiene la obligación constitucional y legal de ejercitar la acción penal con detenido (acción procedimental penal ministerial), ante un Juez Penal competente, pidiéndole entre otras cosas que en su momento ratifique la detención del consignado por haberse apegado a lo dispuesto por el párrafo séptimo del artículo 16 de nuestra Ley Fundamental Federal, y satisfacer el contenido de los preceptos 267 (flagrancia) y 268 (caso urgente) ambos del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y el consignado no puede ante el juez ejercer su derecho de designar persona de su confianza o defensor, ya que se argumenta, que la garantía consagrada en la fracción, apartado y artículos referidos, solamente aplica en el proceso y éste en ese momento en que se actúa es inexistente, puesto que se considera de acuerdo a un criterio dominante en la doctrina y en la jurisprudencia que el proceso nace con el auto de formal prisión o sujeción a proceso, lo que implicaría que en ese periodo preprocesal no tendría vigencia el derecho de defensa del indiciado, postura que desde un elemental sentido común resulta insustentable y se le deja en absoluto estado de indefensión al consignado, tan es así que para el supuesto de que el juez ratifique la detención, tal determinación es apelable de conformidad a lo dispuesto por el artículo 418 fracción II del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, y como lo va a saber el consignado si la mayoría de ellos no son peritos en la materia y por lo tanto no conoce sus garantías y las normas procesales aplicables y al no tener un defensor que le informe lo anterior, no podría hacer valer dicho recurso, ante lo cual no obstante que la fracción IX del citado apartado y artículo constitucional solamente es vigente cuando existe proceso penal y que por vía del párrafo final de dicho apartado y artículo condicionan su aplicación en la Averiguación Previa y también lo que disponen los artículos 290 y 294 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, que aluden respecto al nombramiento del defensor, hasta el momento de que éste rinda la llamada declaración preparatoria, lo que resulta cuestionable jurídicamente.

La declaración preparatoria es la manifestación primaria, original, espontánea, no coaccionada (ni por violencia física, ni por violencia moral), libre y de viva voz, que hace el acusado ante el Juzgador sobre su intervención en la comisión de un delito, después de estar enterado de quien lo acusa y cuales son los hechos delictuosos que se le imputan, para que de esa forma, el Juez decida sobre la probable responsabilidad en la comisión del ilícito por el que se consigna, etapa que inicia con el ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público, funcionario éste, ante quien el inculpado pudo haber comparecido a hacer su declaración y confesar su participación en la comisión del ilícito respectivo, pero sin ser esa una declaración preparatoria, la cual según se ha dicho se rinde forzosa, indefectible y únicamente ante el propio Juez de la causa penal.¹⁰⁶

Se debe aplicar y respetar la normatividad de los Tratados Internacionales firmados por el Estado Mexicano, por ser imperante su aplicación con el fin de no dejar al detenido en un evidente estado de indefensión; se debe respetar su derecho y darle la oportunidad de designar defensor, requiriéndolo para ello, apercibiéndolo que de no hacerlo, el Juez oficiosamente le designará a un Defensor Público, aún en contra de su oposición, puesto que lo que se pretende con ello, es darle seguridad jurídica y legalidad a las actuaciones judiciales y evitar algún daño o vulneración de las garantías constitucionales del consignado.

3.7. CONSECUENCIAS.

De acuerdo al Conjunto de Principios para la Protección de Todas las Personas Sometidas a Cualquier Forma de Detención o Prisión, dispone en el Principio 35: 1.- Los daños causados por actos u omisiones de un funcionario público que sean contrarios a los derechos

¹⁰⁶ Ibidem. p. 64.

previstos en los presentes principios serán indemnizados de conformidad con las normas del derecho interno aplicables en materia de responsabilidades.¹⁰⁷

La garantía de defensa, constituye una formalidad esencial en el proceso penal, tanto en la Averiguación Previa como en el juicio, cuya violación produce diversos efectos jurídicos. En el juicio, cuando no se designa o no se quiere nombrar defensor voluntario, el Juez en el proceso le nombrará al defensor de oficio, para que lo represente legalmente. El incumplimiento de la obligación, deja en indefensión al inculpado y la violación procesal vicia la garantía de audiencia, haciendo inconstitucionales las fases del proceso penal posteriores a la comisión.¹⁰⁸

El Máximo Tribunal Judicial Federal Mexicano, ha expresado: **ACUSADO. GARANTÍAS DEL.** La Ley Constitucional establece entre las garantías concedidas al acusado, lo que consiste en que sea oído en defensa de sí o persona de su confianza, y para ello prescribe que le sea presentada la lista de defensores, a fin de que elija el que le convenga, imponiendo al Juez la obligación de nombrarle defensor, cuando después de rendir su declaración preparatoria, rehúsa hacer la designación correspondiente por lo que si el Juez del proceso no cumple con una prevención constitucional, viola en perjuicio del reo las garantías individuales, ya que el espíritu de la ley, tiende a permitir y a dar facilidades al procesado, para destruir las cargas que se le hacen.¹⁰⁹ Lo sustentado en esta tesis se puede aplicar por identidad jurídica al momento procedimental penal en que el juez, inmediatamente después de recibir la consignación con detenido y pronunciarse si ratifica o no de constitucional la detención hecha en la indagatoria, esto es, que en ese momento, el consignado tiene el derecho de designar a un defensor o el juez se lo designe en caso de que aquél no lo haga, evitando así cualquier violación de

¹⁰⁷ Copyright. 1996-2002. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Ginebra, Suiza. <http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h-comp.36sp.htm>.

¹⁰⁸ MANCILLA Ovando, Jorge Alberto. Ob. Cit. p. 235.

¹⁰⁹ Semanario Judicial de la Federación. Tomo XXV. Página 223, Mayo 1932, Amparo en Revisión 824/31; Galván Onésimo y Coag.

un derecho constitucional, algún derecho humano, o garantía cuyo titular y beneficiario sea el indiciado.

Queda a favor de los gobernados (en general) el exigimiento jurídico a todas las autoridades públicas, del respeto y cumplimiento de los derechos del hombre a través de la observancia de las garantías individuales otorgadas por la Carta Fundamental.¹¹⁰

La licitud de la detención es un requisito necesario para que el Juez la ratifique y de paso al proceso, si la detención no se realiza conforme a los requisitos establecidos en el artículo 16 Constitucional originará una detención anticonstitucional e ilegal.¹¹¹

La Enciclopedia Jurídica Omeba refiere que el abuso del derecho de detención que la ley confiere a los Agentes Públicos o de la autoridad no es absoluta, sino que, como todo derecho está dado en función del bien social que soporta o promueve, por ello, todo exceso en el cumplimiento de este deber público se halla interdictado o prohibido, dando lugar a la detención arbitraria o ilegal.¹¹²

La detención ilegal es el delito en que incurre el funcionario público cuando procede a la detención de un ciudadano, sin deberse a razón de un delito, sospecha del mismo u otra circunstancia expresamente prevista en los códigos procesales y legislación complementaria.¹¹³

Una detención es arbitraria cuando la actuación del funcionario es realizada fuera de las disposiciones legales que rigen su

¹¹⁰ DEL CASTILLO Del Valle, Alberto. **“GARANTÍAS INDIVIDUALES Y AMPARO EN MATERIA PENAL”**. Ob. Cit. p. 8.

¹¹¹ Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo VII. Ob. Cit. p. 89.

¹¹² Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo VII. Ob. Cit. p. 92.

¹¹³ CABANELLAS, Guillermo. Ob. Cit. p.89.

actividad; cuando es producto de un órgano diverso al que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece como competente; cuando se pone en actividad procesal sin estar consagrada en la ley; cuando se practican sin la orden correspondiente; las que se realizan con pruebas insuficientes o ilegales; y cuando una vez detenido la privación de la libertad se prolonga indebidamente.

Cualquier desviación en el cumplimiento de los requisitos previstos en la ley para proceder a la detención de un sujeto, convierte a ésta en irregular, contraria a la ley suprema, por lo que da origen a la inmediata liberación de la persona, ya que se viola la libertad física o ambulatoria, es decir un derecho fundamental del hombre, por lo que es prioritario el estricto cumplimiento de las condiciones marcadas por la ley. Para inferir un acto de molestia debe existir un mandamiento apegado a la ley, por lo que toda autoridad únicamente puede realizar lo permitido por una disposición legal y aquello que ejercite sin apegarse en ésta, carece de sustentación legal y se convierte en un acto arbitrario, la autoridad no tiene más facultades que las otorgadas por la ley. Así, si la detención es calificada por el Juez de inconstitucional e ilegal, el Ministerio Público incurre en responsabilidad en virtud a los ilícitos cometidos por servidores públicos y en específico en las fracciones I y III del artículo 293 del Código Penal para el Distrito Federal.

3.8. PROBLEMAS EN LA PRAXIS.

Uno de los aspectos sumamente cuestionados y poco tratados y por ende no hay unanimidad de criterio de los jueces, en la practica, tampoco en la doctrina, es lo referente, a qué sucede en el supuesto que el Ministerio Público rebase los plazos para consignar ante el juez penal a un detenido, término a que se refiere en el artículo 16 Constitucional, 268-Bis y 286-Bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. Algunos

opinan que ello motivaría que en esos casos la detención sería una privación de la libertad fuera de procedimiento judicial y por ende ilegal y anticonstitucional, con independencia de que en su inicio la detención estuviera bajo el supuesto de flagrancia o caso urgente ya que esta nueva situación, motivaría por sí misma que el Juez debe declarar la libertad del detenido-consignado, pero esto no está normado y tampoco existe jurisprudencia en tal sentido que la apoye, puesto que esto se presenta posfactum a la detención y a la retención ilegal, por exceder el término legal para la consignación.

Otros refieren, que sólo motivaría responsabilidades de toda índole para el Ministerio Público, o la Policía Judicial, en caso de no haber hecho el traslado oportunamente, pero el Juez no estaría facultado para decretar la libertad del detenido, por no autorizárselo la ley.

Para un tercer grupo, exclusivamente debe anularse la declaración del detenido, pero también dentro de este grupo hay disidentes, que afirman que no debe ser en todos los casos, sino únicamente cuando se demuestre que la declaración fue rendida, vencido el término legal y constitucional para que el Ministerio Público consignara ante el juez y no lo hubiera hecho, ya que si la declaración del detenido fue rendida ante el Ministerio Público dentro del plazo constitucional que tiene éste para investigar y consignar de cuarenta y ocho o noventa y seis horas, según el caso, no habría razón para su invalidación, por no existir conculcación de derechos ni de garantías para el detenido.

La relevancia de todo esto, es que nos llevaría a determinar si tiene o no valor la declaración (confesión) del detenido, por ser una prueba ilícita y dependiendo de ello poderla considerar para acreditar tanto el cuerpo del delito de que se trate y la probable responsabilidad en su comisión, lo que a su vez influiría en que el Ministerio Público determine si se ejercita o no la acción penal con detenido o decreta la libertad con las reservas

de ley y prosigue la integración de la Averiguación Previa y en su caso consignar sin detenido y con pedimento de Orden de Aprehensión, pero de los anteriores supuestos no se actualiza la hipótesis materia de esta tesis de la ratificación de su detención en flagrancia y caso urgente y la designación de defensor en el momento en que el juez hace la declaratoria respectiva.

Acontece en la praxis procesal penal, que algunos judex a quo, al momento en que se pronuncian, inmediatamente después de haber recibido la consignación con detenido, si ratifican o no la detención del consignado, en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 16, párrafo VII, Constitucional, en relación con el precepto 268-Bis y 286-Bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, lo hacen formalmente, atendiendo al pliego consignatorio y sin tener a su disposición físicamente al consignado, lo que motiva, como ya ha sucedido, que se ratifique la detención de una persona que nunca estuvo detenida o que en un principio hubiere estado detenida se hubiere evadido o también que la pongan a disposición del juzgador del fuero común del Distrito Federal, pero interna en un Reclusorio ubicado en otra entidad federativa, por lo tanto, se considera que para seguridad jurídica y legalidad, solamente se debe hacer la declaratoria referida si primeramente ha sido puesto a disposición del juez al detenido consignado y aquél lo tiene a la vista y también le ha sido remitida la Averiguación Previa correspondiente.

Es importante resaltar que esta figura constitucional, de naturaleza procedimental penal, es relativamente de reciente creación (1998) y no se le ha dado la relevancia que tiene y plantea muchos problemas en la práctica y ha motivado que los jueces del Distrito Federal hayan actuado en forma diferente y a veces en posiciones irreconciliables, algunos, simplemente se pronuncian al respecto, sin haberse designado previamente o en el propio acto defensor al consignado, posición que encuentra apoyo en lo dispuesto por el artículo 294 del ordenamiento procesal penal local, lo que se

contrapone al numeral 134 del propio ordenamiento que dispone que el detenido desde la Averiguación Previa tendrá derecho a designar un defensor.

También hay jueces, los cuales no obstante que expresamente el código instrumental penal para el Distrito Federal, no dispone que el indiciado designe defensor o que el juez lo haga, haciendo una interpretación extensiva, hermenéutica, lógica, jurídica y constitucional, del artículo 20 apartado A fracciones IX. y X párrafo final, en base del artículo 133 de nuestra carta magna que consagra la facultad del control difuso de la constitución, y el principio de supremacía de la propia constitución, por cuanto a su interpretación y cumplimiento, respecto a la normatividad secundaria, como lo es el código procesal penal para esta ciudad, que obliga al juzgador a someter su actuar, a la norma primaria, a pesar de las disposiciones en contrario en las leyes secundarias, como sería el caso de que designe o designarle defensor, criterio que comparto y ejercito en mi labor cotidiana como impartidor de justicia, ya que con el mismo no se causa agravio al consignado, sino por el contrario se cumple cabalmente con la garantía de legalidad, certeza jurídica y defensa adecuada, por lo que no está prohibido para el Juez, sino por el contrario lo obliga expresamente la ley y además en una posición congruente con la norma constitucional, de que si en la etapa de averiguación previa, al detenido se le había satisfecho dicha garantía al haberle nombrado defensor o se le designó uno por la autoridad ministerial, etapa que es previa, no habría razón lógica, legal y mucho menos constitucional, para que el juez estuviere impedido para requerir al consignado nombrar a uno nuevo, en tal supuesto subsistiría el nombramiento del defensor hecho en la indagatoria, y en caso de que no lo hiciera designarle un defensor público, antes o cuando menos concomitante a la resolución de la ratificación de la detención, ya que además dicha resolución es apelable, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 418, fracción II del código adjetivo penal para el Distrito Federal, situación que obviamente desconoce la mayoría de los indiciados, por no ser peritos en la materia, lo que implicaría un Estado indefensión en su perjuicio.

Finalmente se puede concluir, que el Juzgador después de recibir una consignación con detenido, radicarla y previo a que se pronuncie si ratifica o no de constitucional la detención del consignado hecha en la etapa de Averiguación Previa, debe requerir al indiciado designe un defensor apercibido que en caso de que no lo haga el Juez le designara al Defensor Público de la adscripción y con ello dar cabal cumplimiento tanto a la constitución, en el artículo 20, apartado A, fracciones IX y X párrafo final, y los instrumentos internacionales firmados por el Estado Mexicano y vigentes por ser derecho positivo, de conformidad con el artículo 133 de nuestra Carta Magna, lo que no le causa agravio al detenido-consignado, y sí se satisface su derecho subjetivo de defensa, y la garantía individual que lo protege, ya que no se le deja en estado de indefensión, por tener realmente un defensor que de cumplimiento a dicho mandato y no solo formalmente como lo dispone la norma, y al respecto nuestro máximo tribunal judicial federal, ha sustentado jurisprudencia señalando que la designación del defensor debe de ser desde el momento en que la persona es detenida.¹¹⁴

Otro problema es el riesgo en que se coloca a los derechos humanos, cuando para tratar problemas relativos a la libertad de los gobernados, se emplean en la ley términos ambiguos o equívocos que admiten diversas interpretaciones por parte de la autoridad, pues en tales casos, esos derechos humanos quedan al manejo arbitrario del órgano del Estado a quien se confía su custodia. Por eso pudiera resultar atentatorio, dejar que el Ministerio Público decida acerca de la existencia del “riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia” para calificar el caso como urgente y proceder así a la retención del indiciado.

En la práctica, contrariamente al espíritu del legislador, hemos encontrado, que se tiene por acreditado este elemento y por

¹¹⁴ Tesis Numero 87, segunda parte, apéndice 1917-1985, intitulada “DEFENSA GARANTÍA DE” Primera Sala y confirmada por Tesis Jurisprudencial número 88 bajo el rubro “DEFENSOR, FACULTAD DEL ACUSADO DE ASISTIRSE DE, A PARTIR DE LA DETENCIÓN.

ende se ha procedido a la retención del indiciado que voluntariamente comparece a rendir declaración, haciendo aparecer en Averiguación Previa un par de copias de citatorios aparentemente girados con anterioridad por el Ministerio Público y no atendidos por el inculpado y apoyados por un pretendido informe policiaco en que se hace consistir que el inculpado no fue localizado y su ausencia del lugar. Esta actitud es francamente contraria a los derechos del inculpado y de todo gobernado en general, por eso, insistimos en que las disposiciones legales que autoricen la privación de la libertad por autoridad distinta de la judicial, debe contener reglas objetivas que señalen los requisitos relativos, mismos que no han de quedar al arbitrio del funcionario que decreta la detención, como ocurre, tratándose del propio caso urgente, cuando para su actualización se requiere que “por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia (el Ministerio Público) no pueda ocurrir ante autoridad judicial, para solicitar la orden de aprehensión”. Es preciso, por el gran peligro que se corre, que no queden éstas normas sujetas a la actitud subjetiva del Ministerio Público que ha de ordenar la detención, máxime si como sucede en este último caso, parecen simularse hechos o expresarse verdades a medias porque no es exacta, que por razón de la hora o lugar esté imposibilitado el Ministerio Público para ocurrir al Juez en solicitud de la orden de aprehensión, lo que sucede en la realidad es que ante un caso urgente y en presencia de un delito grave y habiendo riesgo de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia el Ministerio Público tendrá que ordenar la detención pues ciertamente requerirá un mínimo de tiempo para instruir la averiguación previa correspondiente.¹¹⁵

¹¹⁵ HERNÁNDEZ, Pliego. Julio A. Ob. Cit. p. 133.

CONCLUSIONES.

1.- Solo se puede presentar la detención de una persona fuera de la regla general de que debe ser por orden de aprehensión, en los casos que la Constitución refiere en su artículo 16 (flagrancia o caso urgente) o de acuerdo al Código Instrumental Penal para el Distrito Federal, en los supuestos de los artículos 267 y 268 (flagrancia, cuasi-flagrancia o presunción de flagrancia, flagrancia equiparada o en caso urgente).

2.- Solamente en los supuestos de detención en flagrancia o caso urgente, el Ministerio Público, deberá de ordenar la retención del detenido hasta por 48 horas siempre y cuando se trate de un delito que tenga señalada cuando menos como pena principal: la prisión, ya que si la pena fuera alternativa o no restrictiva de la libertad deberá ordenar la inmediata libertad del detenido con independencia de que siga su actividad investigadora, y por la misma razón jurídica y obvia, lo mismo debe de hacer el Juez al pronunciarse sobre la ratificación o no de la detención del consignado, con independencia de que la representación social prosiga la integración de la Averiguación Previa y en su oportunidad solicite la Orden de Aprehensión u Orden de Comparecencia correspondiente. Si se trata de delincuencia organizada, dicho término es de 96 horas.

3.- Cuando se está ante una privación de la libertad en caso urgente, por exclusión debemos entender que esta se puede dar una vez que fenezca la posibilidad de detención en flagrante delito, en cuasiflagrancia o en presunción de flagrancia y flagrancia equiparada solamente lo pueden hacer las autoridades distintas a la judicial, en específico el Ministerio Público.

4.- El cargo de Defensor puede ser desempeñado por un defensor particular o por un defensor público u oficial, mejor conocido

como defensor de oficio, por persona de su confianza o su manifestación de auto-defensa, para que sea legal la actuación y la determinación ministerial y judicial respectiva.

5.- Nuestra Constitución y el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, acorde lo mismo el artículo 28 de la Ley Reglamentaria del Artículo 5° Constitucional prevén una excepción en materia penal respecto del defensor, el cual puede ser cualquier persona sin que se requiera que tenga la calidad de Licenciado en Derecho.

6- La Constitución y la Ley Procesal Penal son ambiguas respecto de si el Juez Penal está obligado a que el Consignado se le designe un defensor en la diligencia donde el Juez se pronuncia respecto de la ratificación o no del consignado apegada a la Constitución.

7.- Se evidencia o al menos resalta, que en la etapa preprocesal judicial, en específico, en el auto en el que el juez se pronuncia, si ratifica o no la detención del consignado de acuerdo a la Constitución, de conformidad con las disposiciones relativas del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, no existe norma alguna, que prevea respecto al cumplimiento de la garantía de defensa, en su triple naturaleza, como derecho humano, garantía fundamental constitucional y garantía de seguridad y legalidad jurídica procesal penal, pero ello no implica que el juzgador no pueda subsanar tal laguna legal procesal, atendiendo al principio de supremacía de la norma constitucional y con ello no vulnerar garantías individuales en perjuicio del consignado.

8.- Que el consignado previa a la determinación del juzgador penal, respecto de la calificación de la detención del consignado, éste tiene el derecho de manifestar si se auto-defiende o designa a un defensor particular o bien a un defensor público o persona de su confianza y en caso de que no lo haga y después de haber sido requerido para ello por la autoridad,

ésta tiene la ineludible obligación de designarle un defensor público, para no dejarlo en Estado de indefensión y con ello conculcarle garantías de rango constitucional.

9.- El auto de ratificación de la detención puede ser impugnado a través de la apelación o del Juicio de Amparo indirecto, de acuerdo al criterio jurisprudencial emitido al respecto por la autoridad federal y lo dispuesto por la Ley de Amparo, y ello implica un conocimiento técnico de las leyes, lo que exige que el detenido tenga un defensor profesional que lo asesore, ya sea porque éste lo nombre o en su rebeldía lo haga el juez.

10.- La vigencia y actualización de la garantía de defensa, en la resolución judicial en que el juez resuelve sí ratifica o no de constitucional la detención del consignado, fundada en las normas constitucionales, procesales y desde un enfoque empírico, del sustentante, adquirido en el ejercicio libre de mi profesión como Licenciado en Derecho y como servidor público titular de un juzgado penal, pudiendo afirmar que siempre el Juzgador de primera instancia debe previamente a que se pronuncie respecto de la ratificación o no de la detención del consignado, éste deberá de tener un defensor previamente designado y que esté presente, en ese momento procedimental, para dar cabal cumplimiento constitucional a la garantía de una defensa adecuada del inculcado, consagrada en el artículo 20 apartado A fracción IX del Código Político Fundamental del Pacto Federal de los Estados Unidos Mexicanos.

11.- El auto de la ratificación de la Detención debe ser notificado no sólo al consignado sino también a su defensor previamente designado, para que éste pueda ejercer su cargo ya que si no fuera así se dejaría en Estado de indefensión al consignado al no permitírsele el ejercicio de la garantía de defensa, ya que de acuerdo al artículo 418 fracción II del Código

de Procedimientos Penales del Distrito Federal, es apelable, lo que la mayoría de consignados desconocen, por no ser peritos en la materia.

12.- Consideramos que el párrafo primero parte final y párrafo segundo del artículo 267 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, resulta inconstitucional, toda vez que el artículo 16 de nuestra Código Político Fundamental Federal, no prevé tales hipótesis que la doctrina ha calificado como cuasiflagrancia o presunción de flagrancia, así como la llamada flagrancia equiparada, con los cuales se amplía el caso de excepción de la flagrancia prevista en nuestra Carta Magna, que la rebasa la ley instrumental considerando que en estricto sentido jurídico una norma reguladora como es el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, solamente debe concretarse a regular la materia expresamente referida y no crearla o rebasarla, como en el caso, pues no se puede reglamentar lo que no existe en la norma primaria, lo anterior viene a constituir una restricción de la garantía de libertad y legalidad en su acepción de que ninguna persona puede ser detenida salvo en los casos que la Ley lo permite, sin que se soslaye que la norma reguladora sí puede ampliar la garantía mínima que consagra la Constitución y con ello hace más extenso el ámbito de protección de individuo, pero tal supuesto no aplica en este caso, pues aquí en lugar de ampliar el campo de libertad del ciudadano, lo restringe.

13.- Se considera inapropiado el término de reo, para referirse a la persona detenida en la Averiguación Previa y Proceso, ya que su denominación respectivamente es de indiciado y probable responsable.

14.- En la ratificación de la detención, necesariamente se le debe de nombrar defensor al consignado, ya que si no se hiciera se le violarían sus garantías constitucionales consagradas en el artículo 20 apartado A, fracción X.

PROPUESTAS.

1.- Reformar el párrafo sexto del artículo 16 Constitucional para que expresamente se contemple que el detenido-consignado, en todo momento en la etapa preprocesal, tiene derecho de nombrar defensor o se le designe en caso de rebeldía por el juez, el cual debe estar presente a efecto de que lo asesore y con ello salvar la laguna tanto constitucional como procesal que existe y evitar todo tipo de interpretaciones y criterios que a veces resultan contradictorios y cumpliendo a su vez con los tratados celebrados por el Estado Mexicano en la materia de Derechos Humanos.

2.- Reformar el artículo 20, apartado A fracción IX de la Constitución Política a efecto de que expresamente se asiente que el detenido-consignado al juez penal en todo momento tiene derecho a nombrar un defensor en materia penal, el cual debe ser necesariamente Licenciado en Derecho e impedir con ello “el coyotaje” en dicha materia, y con ello que los inculcados y sus familiares sean engañados por falsos litigantes carentes de los conocimientos y la cédula profesional respectiva expedida por la autoridad competente y hacer vigentes realmente el derecho de defensa adecuada a que tiene derecho toda persona detenida-consignada al juez al momento de que éste se pronuncie si ratifica o no de constitucional su detención hecha en la indagatoria.

**BIBLIOGRAFÍA GENERAL DE AUTORES, DICCIONARIOS,
ENCICLOPEDIAS, LEGISLACIÓN, PÁGINAS WEB Y PUBLICACIONES POR
ORDEN NUMÉRICO ALFABÉTICO.**

AUTORES

1. ARILLA Bas, Fernando. “EL PROCEDIMIENTO PENAL EN MÉXICO”. 8 ed. Ed. Kratos. México 1982.
----- “EL PROCEDIMIENTO PENAL EN MÉXICO”. 12ª ed. Ed. Kratos. México 1989.
2. BARRAGÁN Salvatierra, Carlos. “DERECHO PROCESAL PENAL”. Mc.Graw-Hill, México, 1999.
3. BARRITA López, Fernando A. “PRISIÓN PREVENTIVA Y CIENCIAS PENALES”. Ed. Porrúa 2ª ed. México 1992.
4. BOBBIO, Norberto. “PRESENTE Y PROVENIR DE LOS DERECHOS HUMANOS” un Aniversario de Derechos Humanos, Número 1. Madrid. Universidad Complutense. 1982.
5. BRISEÑO Sierra, Humberto. “EL ENJUICIAMIENTO PENAL MEXICANO”. 2ª reimpresión. Ed. Trillas. México 1985.
6. BURGOA Orihuela, Ignacio. “LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES”. 22ª ed. Ed. Porrúa. México, 1989.
----- “LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES”. 24ª ed. Ed. Porrúa. México, 1992.
7. CABRERA, Luís. “LA MISIÓN CONSTITUCIONAL DEL PROCURADOR GENERAL DE LA REPÚBLICA”. Talleres Gráficos de la Nación. México, 1982.
8. CARNELUTI, Francisco. “INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL”. Volumen I, Número 206. Ed. Egea. Buenos Aires, 1973.
9. CALAMANDREI, Piero. “ESTUDIOS SOBRE EL PROCESO CIVIL”. Ed. Bibliográfica, Argentina, Buenos Aires, 1961.
10. CARRILLO Flores, Antonio. “LA CONSTITUCIÓN, LA SUPREMA CORTE Y LOS DERECHOS HUMANOS”. Ed. Porrúa, México, 1981.
11. CASTRO Juventino, V. “EL MINISTERIO PÚBLICO EN MÉXICO: FUNCIONES Y DISFUNCIONES”. 9ª ed. Ed. Porrúa. México 1996.
12. CHIOVENDA, Giuseppe. “INSTITUCIONES DE DERECHO PROCESAL CIVIL”. Ed. Cárdenas. México 1989.
13. COLÍN Sánchez, Guillermo. “DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES”. 8ª ed. Ed. Porrúa. México 1984.
----- “DERECHO MEXICANO DE PROCEDIMIENTOS PENALES”. 13ª ed. Ed. Porrúa. México 1992.
14. Comisión de Derechos Humanos. “LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MEXICANOS”. UN ESTUDIO COMPARADO. México, 1991.
15. COUTURE, J. Eduardo. “FUNDAMENTOS DE DERECHO PROCESAL CIVIL.” Ed. De Palma. Buenos Aires. 1966.
16. CRUZ Parcerio, Juan Antonio. “EL LENGUAJE DE LOS DERECHOS”.
17. DE GONZÁLEZ Mariscal, Olga Islas. “LA PRISIÓN PREVENTIVA: DOCTRINA Y CONSTITUCIÓN MEXICANA”. Artículo en la Obra Jurídica Mexicana. Tomo IV. PGR. México 1987.
18. DEL CASTILLO Del Valle, Alberto. “LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES Y AMPARO EN MATERIA PENAL”. Ed. Duero. México 1992.
----- “EL AMPARO PENAL E INDIRECTO: GRANDEZA Y DESVENTURAS. BREVIARIO DE ABERRACIONES JUDICIALES EN AMPARO PENAL”. Ed. Grupo Herrero, México, 1995.

19. DÍAZ, De León, Marco Antonio. “TEORÍA GENERAL DE LA ACCIÓN”. Ed. Indepac: Editorial. México 2005.
20. FRANCO Sodi, Carlos. “EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO” Ed. Porrúa, México 1957.
21. FRANCO Villa, José. “EL MINISTERIO PÚBLICO FEDERAL” Ed. Porrúa, México 1985.
22. GARCÍA Ramírez, Sergio. “CUADERNOS CONSTITUCIONALES MEXICO-CENTROAMÉRICA. COMENTARIOS SOBRE LAS REFORMAS DE 1993 AL PROCEDIMIENTO PENAL FEDERAL”. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. México 1994.
----- “JUSTICIA PENAL”. 10ª ed. Ed. Porrúa. México 1982.
23. GOLDSCHMIDT, James. “DERECHO PROCESAL CIVIL”. Ed. Labor. Madrid. 1936.
24. GONZÁLEZ Bustamante, Juan José. “PRINCIPIOS DE DERECHO PROCESAL PENAL MEXICANO”, 8ª ed, Ed. Porrúa. México, 1985.
25. GONZÁLEZ, Cossio Arturo. “EL JUICIO DE AMPARO”. Ed. Porrúa. 1994.
26. HERNÁNDEZ, López Aarón. “EL PROCESO PENAL FEDERAL”. 4ª ed. Ed. Porrúa. México, 1996.
27. HERNÁNDEZ, Pliego. Julio A. “PROGRAMA DE DERECHO PROCESAL PENAL”. 3ª ed. Ed. Porrúa. México 2006.
28. ISLAS, Olga y Ramírez, Elpidio. “EL SISTEMA PROCESAL PENAL EN LA CONSTITUCIÓN”. Ed. Porrúa, México 1979.
29. LOZANO, José María. ESTUDIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL PATRIO (EN LO RELATIVO A LOS DERECHOS DEL HOMBRE)”. 4ª ed. Ed. Porrúa. México 1987.
30. MANCILLA Ovando, Jorge Alberto. “LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES Y SU APLICACIÓN EN EL DERECHO PENAL”. 8ª ed. Ed. Porrúa. México, 1998.
31. NORIEGA Cantú, Alfonso. “LA NATURALEZA DE LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES EN LA CONSTITUCIÓN DE 1917”. Coordinación de Humanidades, UNAM, México, 1967.
32. OSORIO y Nieto, Cesar Augusto. “LA AVERIGUACIÓN PREVIA”. Ed. Porrúa. México. 1981.
33. OSUNA, FERNÁNDEZ- ARGO, Antonio. San Esteban-Edibesa, Madrid, 2001.
34. PALLARES, Eduardo. “PRONTUARIO DE PROCEDIMIENTOS PENALES”. 8ª ed. Ed. Porrúa S.A. México 1982.
35. PAZ Y PUENTE Gutiérrez, Jaime. “DERECHO DE INMUNIDADES DIPLOMÁTICAS”. Ed. Trillas. México 1985.
36. PÉREZ Palma, Rafael. “GUÍA DE DERECHO PROCESAL”. 3ª ed. Ed. Cárdenas. Editor y Distribuidor.. México 1991.
----- “FUNDAMENTOS CONSTITUCIONALES DEL PROCEDIMIENTO PENAL”. Ed. Cárdenas. Editor y Distribuidor. México 1980.
37. RABASA, Emilio O. y Caballero, Gloria. “MEXICANO: ESTA ES TU CONSTITUCIÓN”. Ed. Miguel Ángel Porrúa. México, 1994.
38. RIVERA Silva, Manuel. “EL PROCEDIMIENTO PENAL”. 22ª ed. Ed. Porrúa. México 1993.
39. RODRÍGUEZ, Rodríguez Jesús. “ESTUDIOS SOBRE DERECHOS HUMANOS ASPECTOS NACIONALES E INTERNACIONALES”. Comisión Nacional de los Derechos Humanos. México, 1990.
----- “LA DETENCIÓN PREVENTIVA Y LOS DERECHOS HUMANOS EN DERECHO COMPARADO”. Ed. UNAM/Instituto de Investigaciones Jurídicas. México, 1981.
40. SANTIAGO, Alonso Carlos, “ÉTICA Y DERECHOS HUMANOS”. ENSAYO DE FUNDAMENTACIÓN, Ed. Ariel, Barcelona España, 1989.
41. SAVIGNY, Friedrich Kart Von. “SISTEMA DE DERECHO ROMANO ACTUAL”. Tomo IV. Ed. Centro Editorial Góngora, Colección Derecho/ Analecta serie Tratados Clásicos. Publicaciones. Edición Facsimilar, Pamplona, España 2004.
42. SILVA Silva, Jorge Alberto. “DERECHO PROCESAL PENAL”. Editorial Harla. México 1990.
43. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. “MANUAL DEL JUICIO DE AMPARO”. Ed. Themis, México 1988.
44. WACH, Adolf. “MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL”. Tomo I Ed. Egea, Buenos Aires, 1977.

45. ZAMORA-PIERCE, Jesús. “GARANTÍAS Y PROCESO PENAL”. 7ª ed. Ed. Porrúa. México 1994.

DICCIONARIOS

1. DE PINA, Rafael. De Pina Vara, Rafael. “DICCIONARIO DE DERECHO”. 34ª ed. Ed. Porrúa. México 2005.
2. DE PINA Vara, Rafael. “DICCIONARIO DE DERECHO”. 15ª. ed. Ed. Porrúa. México 1988.
3. Diccionario Jurídico Harla. Vol. IV. Derecho Procesal. COLEGIO DE PROFESORES DE DERECHO PROCESAL. Facultad de Derecho. Universidad Nacional Autónoma de México. Oxford University Press. Harla. México 1996.
4. Diccionario Jurídico Mexicano. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Tomo I, IV. 1ª reimpresión. Ed. Porrúa, México 1985.
_____. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Tomo II, 11ª ed. Ed. Porrúa-UNAM. México.
_____. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Tomo D-H, 2ª ed. Ed. Porrúa-UNAM. México, 1988.
5. Nuevo Diccionario de Derecho Penal. Librería Malej. 2ª ed. México, 2004.
6. Pequeño Larousse Ilustrado. México 2001.
7. Real Academia Española, Diccionario de la Lengua Española. Tomo II. 22ª ed. Espasa Calpe. Madrid, 2001.
8. SERRA, Rojas Andrés. “DICCIONARIO DE CIENCIA POLÍTICA”. Tomo A-LL. FACULTAD DE DERECHO/UNAM. Fondo de Cultura Económica. México 1998.

ENCICLOPEDIAS

1. CABANELLAS, Guillermo. “DICCIONARIO ENCICLOPÉDICO DE DERECHO USUAL”. Tomo III (D-E). 20ª ed. Ed. Heliasta. Argentina 1966.
2. Diccionario Enclopedico Bruguera. Mexicana de Ediciones. Tomo 6. México, 1979.
3. Enciclopedia Jurídica Omeba. Tomo VIII (DERE-DIVAL) Ed. Bibliográfica Argentina Ameba. Buenos Aires, Argentina 1971.
4. Enciclopedia Universal Ilustrada. Europeo Americana. Tomo XVIII, Primera Parte, Ed. Espasa.Calpe. España. 1972.
5. Gran Enciclopedia Larousse, Tomo VII, 2ª ed. Ed. Planeta. Barcelona, España 1991.
6. Nueva Enciclopedia Jurídica. Tomo VII. Ed. Francisco Seix. España 1974.

LEGISLACIÓN.

1. Compilación Penal Federal y del D.F. 22ª ed. Raúl Juárez Carro. Editorial S.A. de C.V. México 2007.
2. 3 Leyes para el Distrito Federal, que debe conocer el Ciudadano. 18ª Ed. Ed. Sista. México, 2007.
3. Legislación en Materia de Educación y Profesiones. Ed. Pac. 6ª ed. México 1994.
4. Ley de Amparo. Tribunal Superior de Justicia del Distrito Federal. México 2005.
5. Ley de Amparo. 2ª ed. Castillo Ruiz, Rafael B. México 2004.

PÁGINAS WEB.

1. Convención Americana sobre los Derechos Humanos. (Suscrita en San José de Costa Rica, el 22 de Noviembre de 1969, en la Conferencia especializada Interamericana sobre Derechos Humanos).
2. Declaración Americana De Los Derechos y Deberes del Hombre. (Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana; Bogotá, Colombia, 1948).
3. Declaración Universal de los Derechos Humanos. (Proclamada por Resolución de la Asamblea General 217ª del 10 de Diciembre de 1948).
4. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. (adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea general en resolución 2200 A(XXI) de 16 de diciembre de 1966 y en vigor a partir del 23 de marzo de 1976).
5. Copyright. 1996-2002. Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. Ginebra, Suiza. <http://www.unhchr.ch/spanish/html/menu3/b/h-comp.36sp.htm>.

PUBLICACIONES

1. JURISPRUDENCIA: DEFENSOR, DE CONOCIMIENTO DE CARÁCTER DE. PARA ELLO ES NECESARIO ACEPTAR Y PROTESTAR DICHO CARGO. Instancia Tribunales Colegiados de Circuito. Fuente Semanario Judicial de la Federación. Parte: II Segunda Parte-1. página 204.
2. La Jurisprudencia. Su integración. 2ª ed. 1ª reimpresión. México 2006.
3. Semanario Judicial de la Federación. Quinta Época. tt XVIII, XXXIII. Semanario Judicial de la Federación. Séptima Época. Vol. 103-108, primera parte, p. 152. Las Garantías de Igualdad, Colección Garantías individuales, No. 3, México. Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2003.
4. Semanario Judicial de la Federación. Tomo XXV. Mayo 1932.
5. Tesis P. LXXXIII/95, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época. Tomo II. 1995.
6. WINDSCHEID, Bernardo. “LAS PRETENSIONES JURÍDICAS (ANSPRÜCH)”. Revista de Derecho Procesal, Ed. Edear, Buenos Aires, Año XI. Número 3. Tercer Trimestre de 1953, 1ª parte.