

UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO.

FACULTAD DE DERECHO.

**SEMINARIO DE DERECHO CONSTITUCIONAL
Y
AMPARO.**

**“PROPOSICIÓN DE CONCEDER POR ESCRITO LA LIBERTAD
EN AVERIGUACIÓN PREVIA, EN CUMPLIMIENTO A LO
PREVISTO POR EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL”**

T E S I S

**QUE PARA OPTAR
POR EL TÍTULO DE
LICENCIADO EN DERECHO**

P R E S E N T A :

LUIS ENRIQUE SANTOS MONTESINOS.

ASESOR: LIC. CARLOS D. VIEYRA SEDANO.

MÉXICO DISTRITO FEDERAL 2012.



Universidad Nacional
Autónoma de México



UNAM – Dirección General de Bibliotecas
Tesis Digitales
Restricciones de uso

DERECHOS RESERVADOS ©
PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL

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

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

A Dios:

**A quien amo y que me ha
acompañado siempre.**

A mi Madre:

**A quien le agradezco que me haya
dado la vida y me haya hecho un
hombre.**

A mi Esposa e Hija:

**Quienes son mi sol y amo hasta
la esquina del cielo.**

A Familiares y Amigos:

**Quienes han formado parte de mi
vida y agradezco a Dios el cariño
que me han brindado siempre.**

Al Lic. Carlos D. Vieyra Sedano:

**Quien de manera desinteresada me
brindó su conocimiento y apoyo
para la realización del presente trabajo.**

A mi Alma Mater:

**Mi queridísima Universidad Nacional
Autónoma de México y mi
inolvidable Facultad de Derecho.**

**PROPOSICIÓN DE CONCEDER POR ESCRITO LA LIBERTAD EN
AVERIGUACIÓN PREVIA, EN CUMPLIMIENTO A LO PREVISTO
POR EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL.**

INTRODUCCIÓN.	I
CAPÍTULO PRIMERO. TEORÍA CONSTITUCIONAL	
I.1 INTRODUCCIÓN.	1
I.2 DEFINICIÓN DE CONSTITUCIÓN.	25
I.3 CARACTERES DE LA MÁXIMA LEY.	27
I.4 ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA CONSTITUCIÓN.	28
1.5 LA FUNDAMENTALIDAD Y SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN.	31
CAPÍTULO SEGUNDO. LA AVERIGUACIÓN PREVIA.	
II.1 DEFINICIÓN.	33
II.2 FUNDAMENTO JURÍDICO.	44
II.3 REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.	47
II.3.1 QUERRELLA.	50
II.3.2 DENUNCIA.	55
II.4 EL MINISTERIO PÚBLICO COMO TITULAR DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.	57
CAPÍTULO TERCERO. ESPECIES DE AVERIGUACIÓN.	
III.1 AVERIGUACIÓN CON DETENIDO.	63

III.2 RESOLUCIONES.	88
III.2.1 LIBERTAD.	92
III.2.2. CONSIGNACIÓN.	94
III.3 AVERIGUACIÓN SIN DETENIDO.	95

CAPÍTULO CUARTO.

PROPOSICIÓN DE CONCEDER POR ESCRITO LA LIBERTAD EN AVERIGUACIÓN PREVIA, EN CUMPLIMIENTO A LO PREVISTO POR EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL.

IV.1 EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL.	98
IV.2 GARANTÍAS QUE CONTIENE.	99
IV.3 REFERENCIA A LAS GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.	108
IV.4 EL PÁRRAFO SÉPTIMO DEL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL.	113
IV.4.1 HIPÓTESIS.	117
IV.4.1.1 LIBERTAD.	119
IV.4.1.2 EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.	119
CONCLUSIONES.	125
BIBLIOGRAFÍA.	132

INTRODUCCIÓN.

El presente trabajo de investigación pretende la proposición de conceder y notificar por escrito la libertad en averiguación previa, en cumplimiento a lo previsto por el artículo 16 constitucional.

La principal razón que me lleva a realizar este trabajo de investigación, es precisar que en materia de averiguación previa, la concesión de la libertad se maneja de manera sui generis, en virtud de que casi al vencer las cuarenta y ocho horas de plazo, al ciudadano se le notifica que está libre, sin que para tal efecto se le extienda el documento respectivo.

En el párrafo conducente del artículo 16 constitucional se dispone:

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

La fundamentación jurídica expuesta, permitiría suponer que **la libertad** debe ser el primer elemento a considerar, sin embargo en la práctica no resulta así, en virtud de que en caso de que el indiciado obtenga su libertad en el lapso de cuarenta y ocho horas en que se encuentra sujeto a una averiguación previa, **sin formalidad alguna se le deja en libertad, sin concederle el documento respectivo, en el cual conste el tiempo que estuvo retenido y en el cual se le notifique su libertad.**

Reitero que en la redacción del numeral está previsto que se ordene su libertad en primer término, sin embargo la realidad es que retenido el individuo, generalmente es consignado; empero si se diera el caso de que se demostró que

el detenido no participó en los hechos que se le imputan, debe ordenarse su libertad y la misma no le es concedida con la misma formalidad que es consignado; **es decir, se le consigna por escrito y se le concede su libertad de manera oral, por lo cual debería notificársele por escrito su libertad.**

La introducción estaría incompleta si en la misma no mencionara a mi querido y admirado **Maestro el Lic. Carlos D. Vieyra Sedano**, quien nos apoya incondicionalmente a quienes acudimos ante él, para hacer efectivo el lema de mi añorada Universidad Nacional Autónoma de México: **“POR MI RAZA HABLARÁ EL ESPÍRITU”**.

LUIS ENRIQUE SANTOS MONTESINOS.

CAPÍTULO PRIMERO. TEORÍA CONSTITUCIONAL

I.1 INTRODUCCIÓN.

Elisur Arteaga Nava precisa que el estudio de la teoría constitucional comprende qué es una constitución, sus elementos, la noción de soberanía, su función en el Derecho Constitucional moderno, las formas de Estado, la supremacía constitucional, la jerarquía de las leyes y la división de poderes.¹

En opinión de la autora Lidia Aguilar Balderas hablar de Derecho Constitucional implica tener en nuestra mente las formas en que las sociedades se organizan para cohabitar, esto determina que allí donde se encuentran reunidos los seres humanos, las relaciones sociales se traducen en relaciones políticas, se manifiesta así el *zoom politikom* aristotélico.

La necesidad de establecer parámetros de conducta para una convivencia viable que se refiere a las actividades políticas de los grupos sociales, consecuentemente se aterrizarán en un determinado derecho, así, la conjunción de la implementación política resguardada por su derecho, es lo que se traduce en lo que denominaremos Derecho Constitucional.²

¹ Cfr. ARTEAGA NAVA, Elisur. Derecho Constitucional. Oxford University Press. México Distrito Federal 2002. Pág. 2.

² Cfr. AGUILAR BALDERAS, Lidia. Derecho Constitucional. Grupo Editorial Patria. México Distrito Federal 2010. Pág. 30.

Para el reconocido constitucionalista el Doctor Ignacio Burgoa Orihuela el Derecho Constitucional integra una importante rama de la ciencia jurídica que estudia al Derecho como conjunto de normas de conducta cuyos atributos esenciales concurrentes son la bilateralidad, la imperatividad y la coercitividad, caracteres que distinguen a la norma jurídica de las demás normas de conducta humana.³

Juan Alberto Carbajal explica que una de las primeras definiciones de la Constitución fue la de Thomas Jefferson, creada al calor de la Redacción de la Constitución de Virginia, el 29 de Junio de 1776, Jefferson estaba influenciado del idealismo platónico, basando su teoría política en la libertad del hombre, en plena consonancia con las ideas de la ilustración francesa, pero siendo el pensamiento de Jefferson anterior a esta. Jefferson pensaba que una constitución republicana no era simple y sencillamente una ley más como era la constitución inglesa, sino era la “Ley del Gobierno”, la cual derivaba su autoridad del pueblo y descansaba sobre el consentimiento de este.⁴

Para el Maestro Salvador Azuela Rivera, el Derecho constitucional como disciplina autónoma, viene a constituirse, sobre todo después de la Revolución Francesa en el Siglo XVIII, la inglesa en el siglo XVII y la independencia de los Estados

³ Cfr. BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Derecho Constitucional Mexicano. 3ª. Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1979. Pág. 17.

⁴ Cfr. CARBAJAL, Juan Alberto. Tratado de Derecho Constitucional. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 2002. Pág. 57.

Unidos de Norteamérica tienen para el derecho constitucional señalada importancia.⁵

La Declaración francesa de 1789 y nuestra Constitución de 1857 concluyen que desde el punto de vista de nuestra Ley Fundamental vigente, las garantías individuales implican no todo el variado sistema jurídico para la seguridad y eficacia del estado de derecho, sino lo que se ha entendido por derechos del gobernado frente al poder público. La relación entre ambos conceptos, garantía individual y derecho del gobernado, se deduce de la gestación parlamentaria del artículo primero de la Constitución de 1857. Como es bien sabido, los constituyentes de 56-57, influidos por la corriente jusnaturalista, consideraron que los derechos del hombre son aquellos que éste recibe de Dios (o como dijera Mirabeau: “los que la justicia natural acuerda a todos los hombres”), y que, dada su amplitud y variedad, no era posible enmarcar dentro de un catálogo. Por ello, dichos constituyentes se concretaron a instituir las ‘garantías’ que aseguraran el goce de esos derechos, de tal suerte que al consagrar las propias garantías, en el fondo se reconoció el derecho respectivamente protegido o asegurado por ellas, estableciéndose así la relación de que hemos hablado.⁶

Carlos Quintana Roldán, explica que: “El primer paso para desmontar el orden existente, fue la acerba crítica de las dos grandes instituciones sobre las que se asentaban: la iglesia y la monarquía. Los enciclopedistas franceses (Voltaire, Montesquieu, Diderot, De’Alambert y Rousseau especialmente)

⁵ Cfr. AZUELA RIVERA, Salvador. Curso de Derecho Constitucional. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Puebla, Pue. México 2009. Pág. 5.

⁶ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo. 6ª. Edición. Editorial Porrúa. México, Distrito Federal 2000. Pág. 181 a 184.

serán los artífices de este proceso, cuya primera aplicación práctica va a llevarse a cabo en las colonias inglesas de América del Norte.”⁷

Según Porfirio Marquet Guerrero antes de que estallara la Revolución Francesa, la situación social, política y jurídica se caracterizaba por la existencia de una monarquía absolutista y despótica, ejercida no sólo por reyes corrompidos, sino, además, sometidos a los caprichos de sus favoritos, en donde la ambición e intrigas, entre los miembros de la Asamblea General, eran las políticas a seguir, como resultado de este estado de cosas, la libertad en sus diversas manifestaciones era un derecho inexistente para los gobernados franceses, baste recordar las frases imperantes en aquella época, como por ejemplo: Lo que quiere el rey tal quiere la ley; las comunes órdenes reales mediante las cuales el rey podía disponer arbitrariamente de la libertad de cualquier persona, etcétera.

Iniciada la revolución en este país, pero antes de su consolidación, entre los años de 1776 y 1788, llegan a Francia, y allí mismo se publicaban, gran cantidad de libros y artículos periodísticos, en donde se festejaba y admiraba la lucha de las colonias inglesas y su independencia; tanta era la euforia, que no faltaron franceses que se embarcaban con destino a América para participar en las luchas de independencia, uno de los más destacados fue Lafayette (quien era distinguido con el grado de marqués dentro de la nobleza francesa), quien se hizo amigo personal de Jefferson.

⁷ QUINTANA ROLDÁN, Carlos y Norma SABIDO. Derechos Humanos. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 2001. Pág. 14.

El entusiasmo suscitado en Francia por los documentos de Estados Unidos de América del Norte, hizo que la Asamblea Nacional Francesa se enfrentara a dos tendencias opuestas: una objetaba la adopción de una constitución y declaración, siguiendo el ejemplo de los Estados Unidos de Norteamérica; la tendencia opuesta hacía ver la necesidad y utilidad de una constitución y declaración de derechos similar a la Norteamericana. En las condiciones antes apuntadas, el 5 de mayo de 1789, a convocatoria del rey Luis XVI, se reunieron en el Palacio de Versalles los representantes de los Estados Generales; a partir del 9 de julio del mismo año, se resolvió dictar una constitución, la que se iniciaría con una declaración de derechos y en la que prescindiendo del rey, se adoptaría el nombre de "Asamblea Nacional Constituyente"; declaración que fue aprobada el 26 de agosto de 1789.

Inmensa repercusión alcanzaron para el mundo, tanto la declaración y Constitución de Estados Unidos de América del Norte y la Declaración Francesa, a tal grado que sin temor a equivocarnos podemos afirmar que fueron los documentos básicos para todas las constituciones del mundo, en un lapso comprendido entre finales del siglo XVIII hasta la Primera Guerra Mundial, pues durante ese lapso se entendieron como derechos humanos sólo los referentes al hombre considerado como individuo y como ciudadano.⁸

Sigue explicando el autor que la Carta Magna tuvo el gran mérito de compilar por primera vez, en forma escrita, el conjunto de normas y principios consuetudinarios reconocidos en

⁸ MARQUET GUERRERO, Porfirio. Derechos Humanos. Editorial UNAM. México Distrito Federal 1975. Págs. 120 y 121.

Inglaterra y en la mayor parte de los países de Europa Central y Occidental en los siglos XII y XIII.

La Carta Magna contempla entre otros puntos, aspectos relacionados con el derecho de propiedad, regulación y limitación respecto de las cargas tributarias; además de que consagra la libertad personal y de la Iglesia. Este documento no se limita a una enumeración teórica de derechos del hombre, sino que garantiza su efectivo cumplimiento mediante mecanismos concretos que llegan hasta el establecimiento de una comisión fiscalizadora (compuesta por veinticinco barones del Reino).

Dicha comisión podía actuar en los casos en que se violara la paz, la seguridad o la libertad, hasta que no fueren reparadas oportunamente.

La comisión, con toda la comunidad del país, estaba facultada para embargar castillo, tierras y posesiones reales, así como para adoptar todas las medidas que fueran necesarias, hasta lograr, como se ha mencionado, la reparación a su satisfacción.⁹

El referido estudioso nos habla de las siguientes figuras jurídicas:

El *Bill of petition* tuvo como pretensión el pedir que los impuestos disminuyeran.

⁹ Ibidem. Pág. 122.

El Habeas Corpus fue promulgado en Inglaterra en 1679, bajo el reinado de Carlos II. Tenía el propósito de garantizar la efectividad de la libertad corporal, poniendo al alcance de los individuos un mecanismo legal para obtener la protección del Estado contra las detenciones o arrestos arbitrarios, contiene una significación importante de la libertad del hombre sujeto a proceso judicial; estableció la prohibición de la privación de la libertad sin mandato judicial; y obligaba a presentar a la persona detenida ante el Juez Ordinario en un plazo no mayor a 20 días, para que el Juez determinase la legalidad de la detención, además de que prohibía la reclusión en ultramar; también contenía un principio jurídico aún vigente: **nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito.**

El Bill of Rights de 1689 es una declaración de derechos comprendida en diversas leyes, en donde se establece el derecho de libertad de culto, se reconoce la libertad de expresión, se establece el principio de legalidad suprimiendo al poder real la facultad de suspender o dispensar leyes, se establece la libertad de elección de los miembros del Parlamento, se establece el derecho del procesado a ser asistido por un abogado y a exigir la declaración de dos testigos; además de definir las condiciones de ejercicio del poder real y la estabilidad e independencia de los magistrados.¹⁰

Según Juventino V. Castro: “Los derechos más sagrados para los ingleses han sido la libertad y la propiedad. Los estatutos mencionados garantizaron ambos derechos con técnicas cada vez más avanzadas; incluso declararon la ilegalidad de muchas actuaciones de la Corona y prohibieron las

¹⁰ Ibidem. Pág. 123.

dispensas de leyes, los juicios por comisión, las multas, las fianzas excesivas, etc. En cambio, reconocieron el derecho de petición al rey y la portación de armas, la libertad de tribuna en el Parlamento y la libertad de elección de los Comunes.”¹¹

Por su parte Alberto Del Castillo Del Valle expresa:

“Es sabido que en 1789 se expidió la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, en Francia; en este documento, desde luego, se alude a la obligación estatal de respetar los derechos humanos, aun cuando también se alude al resguardo de los derechos de índole política, es decir, lo que hoy conocemos como garantías del ciudadano.”¹²

Martha Elba Izquierdo Muciño explica que: “En Francia precedida por el ejemplo inglés y a la luz de las ideas de los enciclopedistas como Juan Jacobo Rousseau, Montesquieu y otros, surge la Revolución francesa de 1789, que acaba con el absolutismo.”¹³

El absolutismo es el sistema político en el que se confiere todo el poder a un individuo o a un grupo. Hoy el término se asocia casi en exclusiva con el gobierno de un dictador. Se considera el polo opuesto al gobierno constitucional de sistemas democráticos. El absolutismo se diferencia de éstos en el poder ilimitado que reivindica el autócrata, en contraste con las

¹¹ CASTRO, Juventino V. Lecciones de Garantías y Amparo. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1974. Pág. 6.

¹² DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto. Garantías en Materia Penal. Editorial EJA. México, Distrito Federal 2009. Pág. 21.

¹³ IZQUIERDO MUCIÑO, Martha Elba. Garantías Individuales y Sociales. 2ª. Edición. Universidad Autónoma del Estado de México. Toluca, Estado de México 2000. Pág. 12.

limitaciones constitucionales impuestas a los jefes de Estado de los países democráticos.

La autora en examen precisa: “Al triunfo de la Revolución y una vez emitida la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano los franceses elaboraron su Constitución, en la que crearon tres órganos para que se encargaran del fiel cumplimiento de la Ley Suprema: el Senado conservador, el Consejo del Estado y la Corte de Casación, instituciones que repercutieron de manera considerable en las leyes mexicanas.

En Francia se produjo la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano más completa y sistematizada de su tiempo. Los países democráticos que surgieron con posterioridad copiaron el modelo francés.”¹⁴

Miguel M. Padilla explica que: “En relación con la revolución norteamericana, se puede afirmar que en el Siglo XVII, Inglaterra se encontraba en plena lucha por consolidar el Poder monárquico, la dinastía de los Estuardo, contra el parlamento, aunado a las persecuciones religiosas que se daban en este país en aquellos años. Dicha situación motivó a muchos ingleses emigrar a los dominios británicos de América: los ingleses, llegados a América, eran generalmente puritanos, así como de algunas otras sectas religiosas. Estas comunidades, de carácter político-religioso, demandaban libertad de conciencia, pero conservaban su espíritu libertario, así como los derechos ciudadanos de los que gozaban en su país de origen; fue con estas sólidas bases que se construyeron los cimientos de la actual nación norteamericana.

¹⁴ IZQUIERDO MUCIÑO, Martha Elba. Op. Cit. Pág. 12.

Cada una de las colonias inglesas buscó por separado su independencia, teniendo todas variados motivos para ello, pero en todos los casos las ideas libertarias iban acompañadas por la reafirmación de sus garantías individuales, la cual se puede comprobar con el hecho de que algunas semanas antes de proclamar su independencia (4 de julio de 1776), muchas de las colonias formularon sus propias "Declaraciones de Derechos", lo cual sucedió en Virginia, Maryland, Pennsylvania, Massachussets, entre otras."¹⁵

Continúa reseñando Miguel Padilla que el principal redactor del Acta de Independencia fue Tomás Jefferson, que en la redacción del documento tan trascendente para el mundo, une la tradición inglesa con las ideas de la ilustración francesa.

El Congreso que representaba a las colonias de Norteamérica se reunió el 14 de octubre de 1774, para redactar y votar una Declaración de Derechos, dando como resultado la firma de los derechos inmutables para los habitantes, hasta ese entonces de las Colonias Inglesas. Dos años después de la Declaración de Derechos del Congreso de las Colonias, Virginia lanza su Declaración de Derechos, realizada por los representantes de esa Colonia, reunidos en asamblea plenaria. En esta declaración, evidentemente se encuentra influencia del Contrato Social de Rousseau, así como el pensamiento de Locke, sin faltar desde luego, como elemento básico, la influencia de la tradición y el pensamiento inglés.

¹⁵ PADILLA, Miguel M. Lecciones sobre Derechos Humanos y Garantías Individuales. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires Argentina 1989. Pág. 89.

La Declaración de Virginia se hizo famosa, en su tiempo, debido a su claridad y precisión en cuanto a redacción, además de la completa y sencilla enumeración de los derechos fundamentales del hombre que en ella se plasmaron.

Después de varias luchas con Inglaterra, las colonias de América consolidaron su independencia, nacida ya como nación homogénea, promulgaron su constitución en el año de 1787, conocida como "Constitución de los Estados Unidos de América", la cual fue promulgada por la Convención Federal, en la que se creó el sistema de gobierno federal, mismo que fue puesto en vigor en Norteamérica hasta 1789.

En la fecha en que fue promulgada la Constitución, por la Comisión Federal de 1787, en su texto no contenía o no contemplaba ninguna declaración de derechos fundamentales del hombre, pues no lo consideraron indispensable dado que la constitución de cada una de las entidades federativas (antiguas colonias), tenían una declaración de derechos fundamentales en sus respectivas constituciones. Posteriormente, en el año de 1791, el Congreso Federal de los Estados Unidos de Norteamérica decidió anexar su texto constitucional con diez enmiendas llamadas 'Declaración de Derechos'.¹⁶

El Maestro J. Eduardo Andrade Sánchez, respecto al empleo del término constitución para aludir a la organización del gobierno de una comunidad política, explica que en el orden jurídico político la organización de un gobierno supone un conjunto de instituciones y las interrelaciones, tanto de

¹⁶ Ibidem. Pág. 90.

funcionamiento como de jerarquía que se dan entre ellas, así como las normas que regulan la acción del conjunto.

En la antigüedad la palabra constitución no conllevaba la idea de un conjunto codificado de normas, las cuales eran subyacentes en cuanto a su presencia.

Entre los griegos antiguos la palabra constitución aparece referida a cuerpos de normas expedidas por legisladores como Dracón, Solón o Cístenes, existía un recurso para verificar si las disposiciones emitidas por la Asamblea estaban conforme a esa norma suprema, lo cual se asemeja al actual control de constitucionalidad.

Existía por lo tanto distinción entre un poder legislativo ordinario y un poder legislativo superior, encarnado en ciertas normas, con la existencia de una acción destinada a asegurar la supremacía de estas.¹⁷

En conclusión puede determinarse que la Constitución es la norma máxima de toda organización estatal. La Constitución regula y fundamenta la actividad de la organización estatal, por ello haremos una referencia breve al concepto de Estado.

En el Diccionario Jurídico Mexicano leemos: "El concepto de Estado y lo que significa han dado origen a las más importantes cuestiones debatidas en la filosofía política. No obstante la enorme importancia que parece tener el Estado sus tratadistas no se han puesto de acuerdo sobre su "naturaleza",

¹⁷ANDRADE SÁNCHEZ, J. Eduardo. Derecho Constitucional. Oxford University Press. México Distrito Federal 2008. Págs. 3 y 4.

origen, funciones y fines. “Muchas son las disciplinas que se ocupan del Estado. Algunas lo consideran una comunidad política desarrollada, consecuencia natural de la evolución humana; otras como la estructura del poder político de una comunidad; otras ven en el Estado el cuadro geográfico donde se escenifican las aspiraciones nacionales. Unas veces se le identifica con la sociedad, como la totalidad del fenómeno social; otras se le contrapone a sociedad. Unas veces se le equipara con la nación; otras con el poder. En este espacio el problema del Estado se aborda teniendo fundamentalmente en cuenta su aspecto jurídico.”¹⁸

Al respecto Miguel Acosta Romero dice:

“En mi opinión, es la organización política soberana de una sociedad humana establecida en un territorio determinado, bajo un régimen jurídico, con independencia y autodeterminación, con órganos de gobierno y de administración que persigue determinados fines mediante actividades concretas.

“En consecuencia considero que siendo una realidad social, el Estado tiene necesariamente una realidad jurídica que se expresa en su capacidad para ser sujeto de derechos y obligaciones, que van desde los derechos fundamentales de los Estados, consistentes:

En ser soberanos;

Defender su territorio;

Su estructura como Estado y sus órganos de gobierno;

¹⁸ VOZ ESTADO. DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. TOMO D-H. 2ª. Reimpresión Editorial Porrúa UNAM. México Distrito Federal 1988. Pág. 1320.

- Establecer su sistema monetario;
- Su sistema tributario;
- Sus estructuras de defensa interna y externa;
- Su orden jurídico y
- Las bases para su desarrollo.

“Así como establecer relaciones con otros miembros de la comunidad internacional. El problema relativo a cuándo nace la personalidad del Estado, resulta muy difícil resolverlo en aquellos Estados que son consecuencia de un largo proceso histórico de desarrollo político y social como son los Estados Europeos, Japón o China, aquellos otros Estados que surgen a la vida internacional como consecuencia de guerras o aquellas que se hacen independientes en el proceso de descolonización, es más fácil precisar su nacimiento o el inicio de su personalidad jurídica, que a mi juicio, se da cuando son independientes y soberanos, así podríamos ejemplificar que el Estado Mexicano tiene personalidad jurídica propia, en la fecha misma en que se hizo independiente y soberano, el 27 de septiembre de 1821 y desde entonces mantiene su soberanía y su personalidad jurídica, con independencia de la forma de Estado o de la forma de gobierno, que de 1821 a la fecha se haya dado, igual comentario se puede hacer respecto de los Estados Unidos de Norteamérica y los países de América Latina, África y Asia, que han accedido a su independencia en los siglos XIX y XX.

Lo mismo puede afirmarse de los estados que surgieron en 1990-1993 del desmembramiento de la URSS, Checoslovaquia y Yugoslavia. De la ex-URSS surgieron los siguientes: Armenia, Azerbaiján, Bielorrusia, Kazakistán, Kirguizistán, Moldavia,

Rusia Tadjikistán, Turkmenistán, Ucrania, Uzbekistán, Estonia, Letonia, Lituania, Georgia, Mongolia.”¹⁹

En cuanto a la noción de Estado Rafael Bielsa dice:

“El estado es la organización jurídica de la nación, en cuanto es ésta una entidad concreta, material, compuesta de personas y de territorio”. “La prodigalidad de conceptos en este punto, es tan variada como los criterios que han servido de base para formularlos, razón por la cual se ha optado por acogerse al tradicional concepto jurídico de Jellinek, quien lo define como: “La corporación formada por un pueblo dotada de un poder de mando originario y asentada en un determinado territorio.”²⁰

El autor Francisco Porrúa Pérez ofrece la siguiente panorámica respecto al concepto de Estado:

“El concepto del Estado no estaría completo si no lo referimos al aspecto jurídico. El Estado se auto limita sometiéndose al orden jurídico que la estructura y da forma a su actividad. El Estado es sujeto de derechos y deberes, es persona y en este sentido es también una *corporación* ordenada jurídicamente.

“El sustrato de esa corporación lo forman hombres que constituyen una unidad de asociación, unidad que persigue los mismos fines y que perdura como unidad a influjo o por efecto del que se forma dentro de la misma.

¹⁹ ACOSTA ROMERO, Miguel. Compendio de Derecho Administrativo. Parte General. 3ª. Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 2001. Págs. 48 y 49.

²⁰ DICCIONARIO JURÍDICO HARLA. Volumen 3. Derecho Administrativo. México Distrito Federal 1996. Pág. 97.

“Esta personalidad jurídica Estado no es una ficción; es un hecho que consiste en que el ordenamiento jurídico le atribuye derechos y deberes, derechos y deberes que crean en el hombre la personalidad jurídica y en los entes colectivos la personalidad moral.

“En la realidad el Estado presenta una unidad indisoluble, no es una yuxtaposición de las partes que lo componen, su vida es el resultado de una unión de esas notas que integran su concepto.

“La doctrina política ha llamado a esas notas del concepto del Estado, elementos, y si bien no todos los pensadores contemporáneos están de acuerdo con esa denominación, por razones pedagógicas es conveniente conservarla.

La enumeración de esas notas o elementos del Estado, en forma coordinada, nos proporciona la expresión de la definición analítica del concepto del Estado, podría enunciarse en la forma siguiente: El Estado es una sociedad humana, asentada de manera permanente en el territorio que le corresponde, sujeta a un poder soberano que crea, define y aplica un orden jurídico que estructura la sociedad estatal para obtener el bien público temporal de sus componentes.”²¹

En Opinión del Maestro Felipe Tena Ramírez el Derecho

²¹ PORRÚA PÉREZ, Francisco. Teoría del Estado. 18ª. Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1996. Págs. 197 y 198.

Constitucional es Derecho del Estado, cuando el Estado es de Derecho.²²

Observemos que el autor relaciona a la Constitución con el Estado, en virtud de que la parte orgánica y establece la estructura gubernamental, por ello considero oportuno hablar del Estado de Derecho.

El Estado de Derecho es un concepto filosófico jurídico, porque se considera que es el respeto a todos los individuos y del Estado frente a los gobernados, lo cual debe traer consigo el deseado equilibrio entre gobierno y gobernados.

En nuestro país, es imprescindible que el Estado de Derecho sea una realidad y no una pieza literaria, es decir resulta impostergable el respeto mutuo entre Autoridad y el individuo.

En el Diccionario Jurídico Mexicano se precisa:

“Por ‘Estado de derecho’ (Rule of law para los juristas angloamericanos) se entiende, básicamente, aquel Estado cuyos diversos órganos e individuos miembros se encuentran regidos por el derecho y sometidos al mismo; esto es, Estado de derecho alude a aquel Estado cuyo poder y actividad están regulados y controlados por el derecho.

“En este sentido, el Estado de derecho contrasta con todo poder arbitrario y se contrapone a cualquier forma de Estado

²² Cfr. TENA RAMÍREZ, Felipe. Derecho Constitucional Mexicano. 3ª. Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1979. Pág. 80.

absoluto o totalitario (como ocurre con el llamado 'Estado de policía' que, lejos de proponerse el mantenimiento del orden jurídico, se caracteriza por otorgar facultades discrecionales excesivas a la administración para hacer frente a las circunstancias y conseguir los fines que esta se proponga alcanzar).

Aun cuando existen antecedentes, más o menos imprecisos, sobre la idea del 'Estado de derecho' desde los griegos y los romanos en la antigüedad, se puede afirmar que correspondió al alemán Roberto Von Mohl utilizar por primera vez tal expresión -Rechtsstaat- en su sentido moderno, durante el tercer decenio del siglo pasado."²³

Continúa señalándose en el Diccionario en mención:

"Cabe advertir que, para aquellas teorías jurídicas que identifican al Estado con el derecho, la expresión aquí analizada representa una vacua tautología. Así, para Kelsen en la medida que un Estado no constituye más que la personificación de un orden jurídico específico que ha alcanzado cierto grado de centralización, todo Estado es un Estado de derecho; en efecto, un Estado no sujeto a derecho es impensable, puesto que un Estado sólo existe en actos estatales, es decir, en actos realizados por hombres y que, en virtud de estar así determinados por normas jurídicas se atribuyen al Estado como persona jurídica.

²³ VOZ ESTADO DE DERECHO. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo D-H. Editorial Porrúa UNAM. México Distrito Federal 2002. Pág. 1328.

“Sin embargo, como resultado de la influencia del constitucionalismo liberal burgués, la expresión ‘Estado de derecho’ adquirió una connotación técnica y se identificó con un ideal político específico, utilizándose para designar cierto tipo de Estado que se estimaba satisfacía las exigencias de la democracia y de la seguridad jurídica.

La Ilustración Francesa y el ideario del constituyente norteamericano se encargarían de recoger las principales tesis del sistema constitucional inglés -supremacía del derecho, limitación y ‘racionalización’ del poder, ‘división de poderes’, protección judicial de los derechos y libertades fundamentales, etc.- y el constitucionalismo liberal, con ligeros matices, les asignaría el carácter de verdaderos dogmas en su lucha contra el absolutismo y la consecución de su objetivo: el Estado de derecho.”²⁴

En la obra de mérito se menciona:

“De este modo se reservó el calificativo de Estado de derecho al sistema que contemplara determinadas instituciones jurídicas acordes con el ideal liberal burgués: la distribución y control del ejercicio de poder entre varios detentadores; la supremacía de la Constitución, que preferentemente, habría de ser escrita y rígida, además de establecer las competencias exclusivas y limitadas de los diversos órganos titulares del poder estatal; el sometimiento de la administración a la ley, la cual debía ser creada y derogada por un órgano popular representativo, siguiendo principios y procedimientos previstos

²⁴ Ibidem. Pág. 1328.

por otras normas jurídicas; la vigencia de un control judicial adecuado, el establecimiento de ciertos derechos y libertades fundamentales y la instrumentación de las garantías constitucionales correspondientes para conseguir la regularidad de los actos estatales con las propias normas jurídicas, así como todas aquellas medidas encaminadas a la limitación y ‘racionalización’ del poder y sobre todo, a garantizar la sujeción de los órganos estatales al derecho.

Es claro que gran parte del constitucionalismo mexicano del siglo XIX estuvo altamente influido por el ideal liberal burgués del Estado de derecho, por lo que varias de las instituciones jurídicas mencionadas en el párrafo anterior se adoptaron en diversos documentos constitucionales, siendo la mejor expresión de ello la Constitución Federal de 1857.”²⁵

Sigue el amplio análisis del Diccionario Jurídico Mexicano:

“Durante el desarrollo del presente siglo, la idea del Estado de derecho clásico, individualista y liberal, ha evolucionado hacia lo que se ha llamado ‘Estado social de derecho’ (Welfare state para los juristas angloamericanos), con el objeto de adaptar las estructuras jurídicas y políticas a las nuevas necesidades del desarrollo técnico, social, económico, político y cultural.

“Con la concepción del Estado social de derecho se ha pretendido superar las deficiencias del individualismo clásico liberal caracterizado por el abstencionismo estatal a través del

²⁵ Ibidem. Págs. 1328 y 1329.

reconocimiento y tutela de ciertos derechos sociales y la realización de objetos de bienestar y justicia sociales. De este modo, el Estado social de derecho se caracteriza por su intervención creciente en las actividades económicas, sociales, políticas y culturales -con un ejecutivo fuerte, pero controlado-, para coordinar y armonizar los diversos intereses de una comunidad pluralista, redistribuyendo los bienes y servicios, en busca de la justicia social.

“Es necesario observar que, a pesar de las variantes introducidas, la concepción del Estado social de derecho conserva, en buena medida, las características y exigencias señaladas anteriormente como propias del Estado de derecho: en particular, la sujeción de los órganos estatales al derecho; pero, simultáneamente, el que las leyes emanen de un órgano popular representativo, bajo procedimientos previstos por otras normas jurídicas, la distribución y control del ejercicio del poder político, la legalidad de la administración y un control judicial suficiente; la garantía de los derechos y libertades fundamentales, etc.

“Claro está que algunas de estas instituciones jurídico-políticas requieren las ligeras modificaciones -como ocurre por ejemplo con las limitaciones al anteriormente desmedido liberalismo económico y con el fortalecimiento del ejecutivo-, a efecto de dar cumplimiento a los objetivos económico-sociales del Estado social de derecho.

Así pues, para poder afirmar que se está en presencia de un Estado social de derecho se requiere que el mismo satisfaga,

además de sus objetivos sociales, las exigencias que se han considerado propias del Estado de derecho.”²⁶

Concluye la obra determinando:

“La positivización del Estado social de derecho surgió, de manera incipiente, en la Constitución Federal mexicana del 5 de febrero de 1917 -iniciándose la etapa de lo que se ha calificado como ‘constitucionalismo social’- y fue continuada en la primera posguerra por la Constitución alemana de Weimar, expedida el 11 de agosto de 1919, para lograr después del New Deal norteamericano y de la Segunda Guerra Mundial, imponerse como vigente en gran parte de los países desarrollados occidentales.

Cabe advertir que, si bien el texto original de nuestra Constitución de 1917 consagró diversos derechos sociales, en realidad no puede considerarse insertado plenamente dentro de la democracia social contemporánea, ya que la época en la cual se redactó representaba, más bien, una etapa de transición entre el constitucionalismo clásico, liberal e individualista del siglo XIX, y las nuevas corrientes socializadoras de la primera posguerra, además de que la propia situación económico-social del país se caracterizaba por una población predominantemente agrícola y una débil industrialización. No ha sido sino en la medida que el Estado mexicano se ha transformado e industrializado, con el consiguiente crecimiento de los sectores laborales urbanos, que paulatinamente se han introducido disposiciones más explícitas en el texto constitucional y más

²⁶ Idem. Pág. 1330.

acordes con el Estado social de derecho -aun cuando a la fecha varias de sus normas programáticas en ese sentido han carecido de eficacia práctica alguna.”²⁷

Al respecto Jesús Reyes Heróles apunta que: “Por Estado de Derecho se entiende básicamente aquél Estado cuyos diversos órganos e individuos miembros se encuentran regidos por el Derecho y sometidos al mismo, predominando en consecuencia la regulación y control del poder y de su actividad por el Derecho.

En este sentido, el Estado de Derecho contrasta con todo poder arbitrario y se contrapone a cualquier forma de Estado absoluto o totalitario, como ocurriría con el Estado de policía cuya característica consiste en otorgar facultades discrecionales excesivas a la administración, para hacer frente a las circunstancias y conseguir los fines que ésta se proponga alcanzar.”²⁸

Hans Kelsen explica que: “Un Estado no constituye más que la personificación de un orden jurídico específico, el cual ha alcanzado cierto grado de centralización, por ello todo Estado no sujeto a Derecho es impensable, en virtud de que sólo existe en actos realizados por hombres y en virtud de estar determinados éstos actos por normas jurídicas, el Estado adquiere caracteres de persona moral.”²⁹

²⁷ Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo D-H. Op. Cit. Pág. 1331.

²⁸ REYES HERÓLES, Jesús. Apuntes sobre la idea del Estado de Derecho. Revista del trabajo. México Distrito Federal 1947. Págs. 76 y 77.

²⁹ KELSEN, Hans. Teoría pura del Derecho. Traducción de Roberto Vernengo. Editorial U.N.A.M. México Distrito Federal 1979. Págs. 314 y 315.

En nuestra opinión, la organización estatal debe basarse en una estructura jurídica, y logrará el Estado de Derecho, a partir del momento en que los integrantes de la comunidad se sometan a las normas legales, creadas para el efecto de regular la convivencia entre los individuos.

J. Jesús Orozco Enríquez, precisa que: “Aún cuando existen antecedentes poco claros sobre la idea de Estado de Derecho, entre los griegos y romanos, se debe considerar que es el alemán Roberto Von Mohl, el primero en utilizar tal expresión en su sentido moderno durante el tercer decenio del siglo XIX.

“Como resultado de la influencia del constitucionalismo liberal burgués, la expresión ‘Estado de Derecho’ adquirió una connotación técnica y se identificó con un ideal político específico, utilizándose para designar cierto tipo de Estado que se estimaba, satisfacía las exigencias de democracia y seguridad jurídica.

La ilustración francesa y el ideario del constituyente norteamericano se encargarían de recoger las principales tesis del sistema constitucional inglés, es decir, supremacía del derecho, limitación y racionalización del poder, división de poderes y protección judicial de los derechos y libertades fundamentales.”³⁰

Concluye el autor en este tenor:

³⁰ OROZCO ENRIQUEZ, José de Jesús. Los Derechos Humanos de los Mexicanos. 3ª. Edición. Comisión Nacional de Derechos Humanos. México Distrito Federal 2002. Págs. 48 y 49.

“Gran parte del constitucionalismo mexicano del siglo XIX estuvo altamente influido por el ideal liberal burgués del Estado de Derecho, sistema en el cual la distribución y control del ejercicio de poder entre varios detentadores era su característica principal, así como la supremacía de la constitución que habría de ser escrita y rígida, estableciendo competencias de los diversos órganos titulares del poder estatal, el sometimiento de la administración estatal a la ley, la cual debía ser creada y derogada por un órgano popular representativo, trayendo consigo la vigencia de un control judicial adecuado; el establecimiento de ciertos derechos y libertades fundamentales.

“Todo lo anterior debía traer consigo la instrumentación de las garantías constitucionales correspondientes, con el fin de conseguir la regularidad de los actos estatales, con las propias normas jurídicas, así como aquellas medidas encaminadas a la limitación y racionalización del poder, sobre todo a garantizar la sujeción de los órganos estatales al derecho.

Lo antes señalado, se plasmó en la Constitución de 1857, que a decir de los estudiosos de nuestro derecho constitucional, ha sido la que ha conjuntado a los hombres mejor preparados de esa época, de tal manera que varios de los principios ahí establecidos tuvieron vigencia igualmente en la Constitución que actualmente nos rige.”³¹

I.2 DEFINICIÓN DE CONSTITUCIÓN.

El autor Salvador Azuela Rivera proporciona las siguientes definiciones de Constitución:

³¹ Ibidem. Pág. 50.

Para Kelsen: “Es la norma de normas, la norma fundamental”.

Romagnosi afirma que: “Una Constitución tiene como propósito tener un instrumento para evitar la arbitrariedad”.

Mauricio Hauriou define a la Constitución como la súper ley, ley de leyes.

Carl Schmitt hace una distinción en cuanto al concepto de Constitución desde el punto de vista absoluto y Constitución desde el punto de vista relativo.

Desde el punto de vista absoluto según el autor en cita una Constitución se refiere a la unidad política y a la organización social del Estado en general. Desde el punto de vista relativo es la unidad política, la organización social de un Estado determinado.³²

De los caracteres apuntados destacan, ley fundamental, trae consigo la organización social y jurídica del Estado.

El autor J. Eduardo Andrade Sánchez, explica que la Constitución es un conjunto codificado de normas que organizan el gobierno del país, establecen los límites de la acción del Poder Público frente al ciudadano y fincan las bases a las que deben sujetarse las leyes, los reglamentos y demás normas jurídicas.³³

³² AZUELA RIVERA, Salvador. Op. Cit. Págs. 10 y 11.

³³ ANDRADE SÁNCHEZ, J. Eduardo. Op. Cit. Pág. 1.

En esta definición se enfatiza que la máxima ley organiza al Estado y limita la acción del Poder Público.

En opinión de Feliciano Calzada Padrón la palabra Constitución se aplica al documento que contiene las normas relativas a la estructura formal del Estado como organización política regulada en un documento solemne, considerado también como Ley fundamental o norma de normas.

Este autor la otorga a la Constitución el carácter de máxima ley. La Constitución es la norma suprema, escrita o no, de un Estado soberano u organización, establecida o aceptada para regirlo. La constitución fija los límites y define las relaciones entre los poderes del Estado (poderes que, en los países occidentales modernos, se definen como poder legislativo, ejecutivo y judicial) y de estos con sus ciudadanos, estableciendo así las bases para su gobierno y para la organización de las instituciones en que tales poderes se asientan. Este documento busca garantizar al pueblo sus derechos y libertades.³⁴

I.3 CARACTERES DE LA MÁXIMA LEY.

El principal rasgo distintivo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es la solemnidad, lo cual significa que sus normas estrictamente solo pueden ser reformadas mediante un procedimiento especial.

³⁴ CALZADA PADRÓN, Feliciano. Derecho Constitucional. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 2005. Pág. 124.

Algunos autores o estudiosos del Derecho Constitucional consideran también como carácter de nuestra máxima ley lo escrito, a diferencia de lo consuetudinario que por no ser escrito se refiere a la manera de tratar un asunto o resolver situaciones referentes a la aplicación de determinados aspectos legales que se pueden resolver con fundamento en nuestra máxima ley. La solemnidad obliga a considerar que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, merece veneración y respeto irrestricto.

Un carácter que no debemos olvidar nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es su formalidad, porque se trata de un documento, rompiendo la tradición de Derecho Consuetudinario, además de que se trata de un documento rígido, es decir que requiere de un procedimiento estricto para su reforma, porque no se trata de cualquier ley, en virtud de que se trata de nuestra máxima ley.

Lo curioso es que no obstante requerir de un procedimiento estricto para su reforma, nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos es reformada con una continuidad asombrosa, se dice que ha sido modificada más de cuatrocientas veces desde su entrada en vigor el 5 de febrero de 1917, es decir está a poco menos de cinco años de ser Centenaria la máxima ley que nos rige.

I.4 ELEMENTOS ESTRUCTURALES DE LA CONSTITUCIÓN.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tiene dos partes, la dogmática del artículo 1 al 28, referente a los Derechos Humanos y sus Garantías y la otra es la orgánica.

En el Diccionario Jurídico Mexicano se lee que:

“La parte dogmática de la Constitución es: Sección de una Constitución de corte liberal burguesa en donde están determinados, en forma no limitativa, los derechos humanos, o garantías individuales. El término ‘dogmática’ sugiere que constituyen valores incontrovertibles que una sociedad tan sólo reconoce, pues la creación de los derechos se considera anterior a toda Constitución y connatural al hombre según se explica en la doctrina constitucional del siglo XIX.

“La parte dogmática se entiende asimismo, como una limitación a los órganos del Estado cuyos actos no deben transgredir los principios contenidos en esta parte. De esta manera, los destinatarios de las garantías individuales son los propios órganos del Estado, mientras que los beneficiarios son los individuos así como, a partir de la Constitución de 1917, ciertos grupos sociales como los campesinos y los trabajadores.

“La parte dogmática, en consecuencia, no puede circunscribirse al capítulo I título primero de la Constitución, puesto que no todo su contenido se refiere a las garantías individuales, como el tácito capítulo económico (artículos 25-28), mientras que otros, como el artículo 123, contienen derechos sociales que deben integrarse a la parte dogmática. Asimismo, debe observarse que las garantías contenidas expresamente en la Constitución no son las únicas por considerar, ya que el poder judicial federal puede colegir otras garantías a partir de la interpretación del texto constitucional. No obstante, México no cuenta con una disposición similar a la enmienda novena de la Constitución americana que indica: "No

por el hecho de que la Constitución enumera ciertos derechos ha de entenderse que niega o menosprecia otros que retiene el pueblo.”³⁵

Concluye lo explicado en la citada obra: “Fueron las ideas de la ilustración vertidas en el constitucionalismo americano y francés las que motivaron la inclusión de una declaración de derechos humanos en las constituciones. En 1789 Mounier declaraba que ‘para que una constitución sea buena, debe estar fundada sobre los derechos de los hombres’. Con la declaración de derechos del hombre y del ciudadano se determinó que un Estado sin derechos fundamentales (parte dogmática) y sin división de poderes (parte orgánica) no tiene Constitución. No obstante lo anterior, la Constitución americana de 1787 no contuvo originalmente ninguna declaración de derechos (Bill of Rights) sino hasta las primeras enmiendas de 1791. Esta ausencia original de parte dogmática se debió a que los constituyentes americanos consideraron que el enlistado de los derechos del hombre provocaría la omisión involuntaria de otros derechos o bien su modificación limitativa, por lo que siendo los derechos humanos anteriores a cualquier Constitución no resultaba necesaria su inclusión.

Tanto el Acta Constitutiva como la Constitución de 1824 siguieron el ejemplo de la Constitución americana de 1787 y no contuvieron los derechos del hombre, mismos que fueron contemplados por primera vez en las Leyes Constitucionales de 1836, para adquirir una verdadera importancia en la Constitución de 1857, cuya parte dogmática se considera como meramente

³⁵ Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo P-Z. Pág. 2329.

enunciativa del catálogo de derechos del hombre sin limitar a los no contemplados expresamente, ya que según el artículo 1o de la Constitución de 1857 establece a los derechos humanos como la base de las instituciones sociales con ese significado.”³⁶

La parte orgánica contempla la creación, configuración y cambios de los diferentes órganos de gobierno, contempla los procedimientos de actuación de los mismos, el Maestro Hans Kelsen –citado por Juan Alberto Carbajal- sitúa al proceso legislativo como una parte muy importante de la Constitución, en virtud de que se trata de la manera de trabajar del Poder Legislativo, Carl Schmitt considera que la parte orgánica de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos trata lo concerniente a las formas de Estado y a las formas de Gobierno.³⁷

En el mismo sentido se pronuncia Salvador Azuela Rivera, quien afirma que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se refiere a la organización de los poderes públicos.³⁸

En esencia, la parte orgánica se encarga de regular la organización estatal en su conjunto.

I.5 LA FUNDAMENTALIDAD Y SUPREMACÍA DE LA CONSTITUCIÓN.

Hans Kelsen sostiene que la Constitución es la norma de normas, la norma fundamental.³⁹

³⁶ Ibidem. Tomo P-Z. Pág. 2329.

³⁷ Autores citados por CARBAJAL, Juan Alberto. Op. Cit. Pág. 69.

³⁸ AZUELA RIVERA, Salvador. Op. Cit. Pág. 10.

³⁹ Ibidem. Pág. 10.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos por el solo hecho de ser la máxima Ley de nuestro país, goza del atributo de ser suprema, por lo cual está por encima de toda institución jurídica, por ello lo que no sea inferior es parte de ella.

Su fundamento jurídico lo encontramos en el artículo 133 constitucional, en el cual a la letra se dispone:

“Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.

El atributo de ser superior de nuestra máxima ley estriba en que es imponible a particulares y a órganos de autoridad, todos están sujetos a lo que disponga su texto. Hay sanciones para quienes lo desconozcan o infrinjan.

CAPÍTULO SEGUNDO

LA AVERIGUACIÓN PREVIA

II.1 DEFINICIÓN.

La averiguación en Derecho Mexicano es una institución jurídica consistente en una serie de actos prejudiciales necesarios para que el Ministerio Público (Fiscal) determine si es procedente ejercitar la acción ante los Tribunales judiciales. También ha sido llamada: indagatoria, instrucción administrativa, preparación de la acción, preproceso, fase preparatoria, entre otros.

Se inicia con una resolución de apertura conocida como auto *ad inquirendum* y termina con el ejercicio de la acción (promoción de la acción), dictando un auto de archivo (sobreseimiento administrativo) o de reserva (suspensión administrativa).

Otros objetos de la averiguación previa son: dar asistencia a los damnificados, aplicar medidas cautelares, realizar investigaciones, desahogo de medios preparatorios, dictar órdenes de inhumación de cadáveres, documentar sus actividades, entre otros.

En este procedimiento el Ministerio Público asume una posición cuasijurisdiccional, dado que éste al realizar actividades investigadoras no jurídicas, juzga si la conducta que le ha sido notificada como delictiva (*notitia criminis*) es o no delictiva; aunque en realidad lo que determina es si hay elementos que indican la existencia de un delito y la probable responsabilidad de un sujeto (activo en la relación material). Es decir que es posible que un Ministerio Público determine

prejudicialmente si efectúa o no el ejercicio de la acción, y en caso de no hacerlo, dejaría sin castigo una conducta que le fue notificada; esta conducta no es arbitraria sino legal.

La averiguación previa es la primera etapa del procedimiento penal desarrollada por el Ministerio Público, durante la cual practica las diligencias legalmente necesarias para comprobar la existencia de los delitos y la responsabilidad de quienes en ellos participan, a fin de proceder al ejercicio de la acción penal correspondiente ante los tribunales competentes. El órgano investigador realiza las diligencias que tienden a la preparación del ejercicio de la acción penal y a su desarrollo en el proceso.

La actividad investigadora es una función de mucho interés que corresponde al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando de aquél y que tiene por objeto investigar los delitos, reunir las pruebas y descubrir a los participantes, así como el grado de intervención que tuvieron en el delito. La investigación previa antecede al ejercicio de la acción penal y su producto es el fundamento en que el Ministerio Público se apoya para solicitar la apertura del proceso: El procedimiento penal es de orden público y el titular de la acción debe siempre obrar de buena fe. Además, la actuación del Ministerio Público en la promovilidad de la acción, debe estar regida por criterios legales. No podrá reclamar la apertura del proceso, si para el ejercicio de la acción, los presupuestos no se encuentran satisfechos.

La actividad investigadora está constituida por el conjunto de facultades legales ejercidas por el Estado, a través de sus órganos, que tiene por objeto el rápido y expedito ejercicio del

Derecho; es el medio que prepara y lleva a su término el ejercicio de la acción penal. Se desarrolla antes y dentro del proceso; el conjunto de facultades legales de que se compone, se deja en manos del Ministerio Público y de la policía judicial.

La función persecutoria, en manos del Ministerio Público, se inicia con el período de averiguación previa; prosigue y se desarrolla en el segundo período del procedimiento que es el de preparación del proceso y termina al iniciarse el juicio como una fase del tercer período del proceso.

La averiguación previa es la primera etapa del proceso penal mexicano; inicia con la presentación de la denuncia o querrela, y constituye primordialmente las diversas actuaciones que lleva a cabo el Ministerio Público, al actuar como policía judicial, al investigar el ilícito y al recolectar las pruebas y los demás elementos que permitan reconocer a los responsables. Las diligencias que se realicen en este periodo tendrán importante valor probatorio cuando el asunto pase a ser competencia del juzgado.

Durante este periodo, el Ministerio Público deberá determinar si se satisfacen los requisitos mínimos e indispensables para que el asunto pueda ser consignado ante el juez competente; por ello, es una etapa preliminar en la cual se preparará el ejercicio de la acción penal.

Jorge Alberto Silva Silva señala que además de que en la averiguación previa se deberá tratar de confirmar la existencia del tipo delictivo y la probable responsabilidad de su autor, se tendrá también que brindar ayuda a los damnificados, aplicar

medidas cautelares convenientes, dictar órdenes de inhumación de cadáveres, etcétera.

Dicho autor continúa diciendo que no ha habido consenso en cuanto a lo que realmente es la esencia de la averiguación previa; sin embargo, considera que existen principalmente dos criterios fundamentales al respecto:

a) Criterio de promoción: se sostiene que mediante la averiguación previa el Ministerio Público prepara la promoción de la acción procesal.

b) Criterio de determinación: el Ministerio Público no prepara la acción procesal penal, sino la determinación acerca de si la inicia o no.⁴⁰

En relación con la averiguación previa y sus actuaciones, se discute si son parte del proceso; al respecto, existen dos criterios, uno en sentido afirmativo y otro que establece que la averiguación previa no es parte del proceso, sino que se trata de un periodo ajeno a él.

Para defender el primer criterio o sea, que la averiguación previa forma parte del proceso, se toma como base que durante dicha averiguación se pueden desahogar pruebas: el inculpado puede presentar pruebas de descargo, a la vez que el afectado también está en condiciones de ofrecer pruebas de responsabilidad.

⁴⁰ SILVA SILVA, Jorge Alberto. *Derecho Procesal Penal*. 2ª. Edición. Oxford University Press. México Distrito Federal 2001. Pág. 250.

La tesis de que la averiguación previa no es parte del proceso tiene como base que el proceso sólo se inicia cuando se pone en conocimiento del órgano jurisdiccional la *notitia criminis* o lo que es lo mismo, la sospecha de la comisión de un hecho delictivo.

La primera opción nos parece más afortunada, ya que aun con el nombre de averiguación previa hay una actividad sin lugar a dudas de carácter procesal, independientemente de que no haya intervenido la autoridad jurisdiccional; pero, en último caso, la propia autoridad jurisdiccional respeta lo hecho durante la averiguación previa.

El Doctor Marco Antonio Díaz De León en relación con la Averiguación Previa expresa:

“Se entiende por esto, en nuestro derecho procesal penal, el conjunto de actividades que desempeña el Ministerio Público, para reunir los presupuestos y requisitos de procedibilidad necesarios para ejercitar la acción penal. Es una etapa procedimental (no del proceso) que antecede a la consignación a los tribunales, llamada también, fase preprocesal, que tiene por objeto investigar los elementos del tipo penal del delito y la probable responsabilidad del inculpado, para que el Ministerio Público se encuentre en condiciones de resolver si ejercita o no la acción penal.

Puede ser considerada, también como un procedimiento, que se desarrolla antes del proceso penal, con la finalidad de preparar el ejercicio de la acción penal.”⁴¹

En estas líneas, el autor en mención, precisa que la averiguación previa se sitúa en una etapa eminentemente preprocesal.

En esta etapa –en opinión de Díaz De León- el Ministerio Público recibe las denuncias, acusaciones o querellas de los particulares o de cualquier autoridad, sobre hechos que estén determinados en la ley como delitos; practica las primeras diligencias, asegura los objetos o instrumentos del delito, las huellas o vestigios que haya dejado su perpetración, y busca la posible responsabilidad penal de quienes hubiesen intervenido en su comisión.

En política criminal la averiguación previa es el elemento básico del proceso penal, habida cuenta constituye el presupuesto jurídico del Estado de Derecho para investigar los delitos y en su caso, para el ejercicio de la acción penal, dado constitucionalmente se deben probar los elementos del tipo penal del delito y la probable responsabilidad del inculpado que justifiquen la consignación; por su lado la función investigatoria del delito por parte del Ministerio Público, conforma la fundamentación y motivación de la averiguación previa, como consecuencia de legitimar el desahogo del cúmulo de actos constitutivos de su tramitación pre procesal; tal es la esencia adjetiva de la averiguación previa; la de ser un procedimiento

⁴¹ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Diccionario de Derecho Procesal Penal*. Tomo II. 5ª. Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 2004. Pág. 255.

sui generis, especialmente establecido en la ley para el logro de la aludida finalidad.

Por lo tanto ya no cabe referirse a la manera antigua respecto de la averiguación previa, como si se tratara de una entelequia misteriosa o de un ente de conocimiento *unitario e ideal*, acerca de la cual aun actualmente gira casi en su conjunto la opinión de los penalistas y de la correspondiente doctrina procesal penal⁴².

Por supuesto que la averiguación previa es una fase del procedimiento penal, que resulta básica en la preparación del ejercicio de la acción penal, la consignación, el proceso y hasta la sentencia del mismo, en virtud de que un pliego de consignación formulado a conciencia será la guía que siga el órgano jurisdiccional.

Díaz De León, concluye su disertación en estos términos:

“Para comprender la naturaleza jurídica de la averiguación previa, se hace necesario analizar, primero sus metas esenciales y teleologías como figura del derecho procesal penal y, segundo, por separado igualmente sus segmentos principales; es decir, se requiere un estudio doctrinario e integral de su concepto, englobante de un capítulo o rama de la ciencia del derecho procesal penal y además, por otra parte, de un examen sobre las normas adjetivas y actos concretos con los cuales se forma y desdobra su procedimiento. Así, para saber qué es la averiguación previa, se debe acudir a desentrañar su naturaleza

⁴² Ibidem. Pág. 255 y 256.

jurídica como ser ideal de la rama procesal penal. Para conocer como es su desarrollo y tramitación, se le debe observar en sus partes, escindirlo en sus actos, con objeto de ver de cerca sus componentes como procedimiento, con esto advertiremos que la averiguación previa, no obstante ser una unidad conceptual del derecho procesal penal, sirviendo a legitimar al representante social en la investigación del delito y en el legal ejercicio de la acción penal, en sí misma es una suma de actos y relaciones jurídicas constitutivas de un procedimiento o especial, en el cual se sintetiza la facultad de procuración de justicia del Estado y la función investigatoria del delito a cargo del Ministerio Público.

De esta manera la averiguación previa, como figura doctrinaria, es parte de la ciencia procesal penal; como objeto de esa actividad, es un procedimiento, un conjunto de los ordenamientos procesales objetivos. Por lo mismo, a la averiguación previa se le debe estudiar desde ese doble criterio de ciencia y de ordenamiento adjetivo.”⁴³

La procuración y administración de justicia en México son llevadas a cabo por los órganos creados para tal efecto.

La procuración de justicia, es una actividad que tiene la tendencia de dotar a los habitantes de la seguridad y certeza de que sus derechos serán respetados y hechos valer en el momento en el cual concurran ante la autoridad judicial correspondiente.

⁴³ Idem. Pág. 256.

La procuración de justicia como una función técnica y no como una tarea política, aunque por las delicadas investigaciones que se manejan no puede sustraerse totalmente de su entorno.

La procuración de justicia debe ejercerse con prudencia pero con energía, con criterios jurídicos y no partidarios, sin importar la condición económica, la influencia social o el posicionamiento político de los presuntos responsables.

Se debe luchar contra la delincuencia con toda la fuerza que la ley permite y con respeto a los derechos humanos y a las garantías individuales.

La administración de justicia, se emplea como sinónimo de la función jurisdiccional, implicando el gobierno y administración de los tribunales.

México necesita leyes que ayuden a perseguir y encarcelar a los delincuentes, para que los encargados de hacer valer el Estado de Derecho actúen con firmeza y con honradez, sin permitir que ningún acto ilícito quede en la impunidad.

Es impostergable la modernización del sistema de seguridad pública, de procuración e impartición de justicia mediante instituciones más eficientes y leyes más adecuadas.

La procuración de justicia requiere de Ministerios Públicos profesionales, honestos, con procedimientos claros y eficaces. Bajo esta lógica, se impulsará la capacitación y especialización de los agentes y sus auxiliares, de acuerdo con estándares internacionales.

Asimismo, se establecerán controles de confianza para monitorear la ética y la calidad con la que se desempeñan. Es necesario redefinir a la policía como un órgano corresponsable de la investigación penal para que esté facultada para recibir denuncias, recabar evidencias físicas y datos relacionados con los hechos posiblemente delictivos. Esta redistribución de facultades entre los órganos responsables tiene como objetivo propiciar una investigación más científica, objetiva y profesional, que jurídicamente seguiría a cargo del Ministerio Público, pero que contaría con la participación autónoma, en términos técnicos y funcionales, de la policía.

A decir del Maestro Héctor Fix Zamudio:

“Desde el primer punto de vista, la actividad de los tribunales dirigida a la resolución de controversias jurídicas a través del proceso, se realiza en México tanto por el conjunto de organismos que integran el Poder Judicial, como por otros que formalmente se encuentran fuera del mismo, pero que también efectúan funciones jurisdiccionales. Este es el sentido de la disposición del artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la cual establece que los tribunales estarán expeditos para administrar justicia en los plazos y términos que fije la ley.”⁴⁴

Los poderes judiciales estatales deben funcionar dentro del contexto establecido por la constitución, especialmente el sistema federal, el principio de la división de poderes y el régimen de distribución de competencias entre los poderes

⁴⁴ FIX ZAMUDIO, Héctor. *Diccionario Jurídico Mexicano*. 9ª. Edición. Editorial Porrúa-UNAM. Tomo A-CH. México Distrito Federal 1996. Pág. 104.

estatales y federales. Sin embargo, el texto original de la constitución no contuvo disposiciones específicas que establecieran las bases mínimas conforme a las cuales debían establecerse los tribunales estatales.

Si bien todas las constituciones estatales recogen el principio de la división de poderes, la gran mayoría de ellas previenen que el nombramiento de los Magistrados de los Tribunales Superiores o Supremos debe ser hecho por el gobernador del estado, con la aprobación del congreso local.

Un número menor de constituciones atribuyen el nombramiento de los magistrados al congreso local, ya sea a propuesta del gobernador o de los ayuntamientos, o bien sin que medie ninguna proposición.

Lo que podemos establecer en esencia, es que las bases constitucionales y legales de la administración de justicia, las fijan cada uno de los estados, basándose principalmente en lo que señalan las constituciones locales y municipales correspondientes.

En términos generales, los poderes judiciales estatales suelen estar integrados por un órgano superior, al cual se denomina Supremo Tribunal de Justicia o tribunal Superior de Justicia, que funcionan como tribunal de segunda instancia; por los juzgados de primera instancia y por los de mínima cuantía. En ocasiones también se integran por juzgadores de cuantía intermedia entre los de primera instancia y los de mínima cuantía.

La administración e impartición de justicia, no se debe constreñir a la materia penal, es decir, que también se administra e imparte justicia en otros ámbitos, para tal efecto, existen las Juntas de Conciliación y Arbitraje, a nivel local y federal, juzgados de lo civil, juzgados de arrendamiento inmobiliario, juzgados familiares, tribunales agrarios y tribunales de lo contencioso en materia administrativa.

Por lo explicado, sostengo que la impartición y la administración de justicia en este país tiene su marco jurídico debidamente señalado, por ello consideramos que el problema no es de organización estructural, sino que lo constituye el factor humano, que no aplica adecuadamente la ley o en su defecto la aplica para intereses particulares, que nada tienen que ver con la generalidad, es decir, con la sociedad a la cual deben servir.

II.2 FUNDAMENTO JURÍDICO.

El artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, establece la atribución del Ministerio Público de perseguir delitos, esta atribución se refiere a dos momentos procedimentales: el preprocesal y el procesal; el preprocesal abarca precisamente la averiguación previa, constituida por la actividad investigadora del Ministerio Público, tendiente a decidir sobre el ejercicio o abstención de la acción penal; el mencionado artículo 21 Constitucional otorga por una parte una atribución al Ministerio Público, la función investigadora auxiliado por la policía judicial; por otra, una garantía para los individuos, pues sólo el Ministerio Público puede investigar delitos, de manera que la investigación se inicia a partir del

momento en que el Ministerio Público tiene conocimiento de un hecho posiblemente delictivo, a través de una denuncia, una acusación o una querrela, y tiene por finalidad optar en sólida base jurídica, por el ejercicio o abstención de la acción penal, no necesariamente ejercitar la acción penal.

Debe el Ministerio Público iniciar su función investigadora partiendo de un hecho que razonablemente puede presumirse delictivo, pues de no ser así, sustentaría la averiguación previa en una base endeble, frágil, que podría tener graves consecuencias en el ámbito de las garantías individuales jurídicamente tuteladas.

De lo expuesto, puede afirmarse que la función investigadora del Ministerio Público tiene su fundamento en el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe atender a lo preceptuado en el artículo 16 del mismo ordenamiento.

Existen determinadas actividades que el agente investigador del Ministerio Público realiza normalmente en múltiples actas levantadas por diversos probables delitos, independientemente del ilícito de que se trate.

Las actas de averiguación previa deben contener todas y cada una de las actividades desarrolladas por el Ministerio Público y sus auxiliares, siguiendo una estructura sistemática y coherente, atendiendo una secuencia cronológica, precisa y ordenada, observando en cada caso concreto las disposiciones legales correspondientes.

Toda averiguación previa debe iniciarse con la mención del lugar y número de la agencia investigadora en la que se da inicio a la averiguación, así como de la fecha y hora correspondiente, señalando el funcionario que ordena el levantamiento del acta, responsable del turno y el folio de la averiguación previa.

Se lleva a efecto una síntesis de los hechos o exordio, ello consiste en una narración breve de los hechos que motivan el levantamiento del acta, diligencia que es de utilidad para dar una idea general de los hechos que originan el inicio de la averiguación previa.

La averiguación previa se inicia mediante una noticia que hace del conocimiento del Ministerio Público la comisión de un hecho posiblemente constitutivo de delito, noticia que puede ser proporcionada por un particular, un agente o miembro de una corporación policíaca o cualquier persona que tenga conocimiento de la ejecución de un hecho presumiblemente delictivo, perseguible por denuncia o por querrela.

Cuando es un particular quien proporciona la noticia del delito, se le interrogará en la forma que más adelante se describe respecto de los testigos; si es un miembro de una corporación policíaca quien informa al Ministerio Público, además de interrogársele, se le solicitará parte de policía asentando en el acta los datos que proporcione el parte o informe de policía y los referentes a su identificación, y fe de persona uniformada, en su caso.

El agente del Ministerio Público, puede tomar conocimiento de un hecho delictuoso: en forma directa e inmediata, por

conducto de los particulares; por algún agente de la policía o por quienes estén encargados de un servicio público; por el juez en ejercicio de sus funciones, cuando se advierta su probable comisión en la secuela procesal (civil o penal); y por acusación o querrela.

II.3 REQUISITOS DE PROCEDIBILIDAD.

Una noción generalizada de estos requisitos sería: son las exigencias del Ministerio Público para proceder a iniciar la averiguación respectiva de los hechos que le son puestos a su consideración, mediante la denuncia o la querrela respectiva.

Los requisitos de procedibilidad son las condiciones legales que deben cumplirse para iniciar una averiguación previa y en su caso ejercitar la acción penal contra el responsable de la conducta típica. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos alude en su artículo 16 como requisitos de procedibilidad, la denuncia, la acusación y la querrela.

En este tópico Hernández Pliego explica:

“Las leyes procesales no establecen una reglamentación acerca de los actos concretos que habrá de realizar el Ministerio Público en el manejo de la averiguación previa.

Sin embargo, la doctrina dominante establece que la averiguación previa se integra con los siguientes actos procedimentales:

a) La denuncia;

b) Los requisitos de procedibilidad, entre los que se cuentan la querrela y algunos otros actos de significación procesal similar, como la autorización, la declaratoria de perjuicios y la declaración de procedencia, esta última que, como veremos, podría quedar incluida en la autorización misma;

c) La actividad investigadora, y

d) La resolución que dicte el Ministerio Público, puede ser de consignación o ejercicio de la acción penal, no ejercicio de la acción penal o archivo definitivo y reserva o archivo provisional”.⁴⁵

En conclusión se puede establecer que el procedimiento penal, contemplado en su estructura externa, está constituido por un conjunto de actuaciones sucesivamente interrumpidas y reguladas por las normas del Derecho Procesal Penal, que se inicia desde que la autoridad tiene conocimiento de que se ha cometido un delito y procede a investigarlo y termina con el fallo que pronuncia el tribunal. Comprende una sucesión de actos vinculados entre si que tienden hacia el esclarecimiento de los hechos. En su desarrollo, vemos una acentuada actividad procesal en que unos actos son antecedentes de otros. Las personas que intervienen crean, con su actuación, derechos y obligaciones de carácter formal. Por ejemplo: el inculpado tiene derecho a que se le reciban las pruebas que ofrezca para su defensa y el Juez está obligado a recibirlas; el Ministerio Público está obligado a proseguir el ejercicio de la acción penal

⁴⁵ HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio. *Programa de Derecho Procesal Penal*. 7^a. Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 2001. Pág. 95.

una vez deducida o a pedir al juez el sobreseimiento, cuando exista una causa legal. El defensor está obligado a prestar asistencia técnica al inculpado, tan luego como entre al desempeño de su cargo y a asistir a las audiencias y demás diligencias. El ofendido tiene derecho a proporcionar al Ministerio Público o al Juez en su caso, por sí o por medio de apoderado, todos los datos que sirvan para comprobar la procedencia y monto de la reparación del daño y perjuicio. Los testigos y peritos tienen la obligación, sancionada penalmente, de comparecer ante el tribunal al ser requeridos y de rendir su testimonio o dictamen.

Las normas del procedimiento penal deben estar acordes con los principios sustentados por el Derecho Constitucional de un pueblo. Si la constitución política es una de las fuentes del procedimiento, debe existir una completa armonía con las disposiciones contenidas en las leyes procesales. Si no existe esta identidad, las leyes procesales resultarían violatorias de los preceptos de la constitución que son de estricto cumplimiento, a pesar de las disposiciones contenidas en contrario en otros cuerpos de leyes.

El Estado, para mantener la armonía social establece en primer lugar, de manera abstracta, definidora o enunciativa, qué actos son delitos y cuáles son las sanciones correspondientes y, en segundo lugar, hace vivir, en los casos concretos que presenta la vida, las abstracciones citadas, es decir, a la existencia de un delito le anexa la sanción correspondiente.

La actividad que constituye el procedimiento penal, no se lleva a cabo de manera caprichosa y amorfa, porque ello

representaría el peligro de actuar con despotismo y, por tanto, destruir lo que se trata de garantizar: La citada armonía de la sociedad. Para evitar el despotismo y la confusión, se reglamenta la actividad del Estado con un conjunto de normas que integran el derecho de procedimientos penales. Reuniendo todos los datos a que hemos hecho referencia, podemos definir el procedimiento penal como el conjunto de actividades reglamentadas por preceptos previamente establecidos, que tienen por objeto determinar qué hechos pueden ser calificados como delitos para, en su caso, aplicar la sanción correspondiente.

II.3.1 QUERELLA.

En relación con este requisito López Betancourt precisa:

“Al igual que la denuncia, la querella es un relato de hechos presumiblemente ilícitos, que se presenta ante la autoridad competente (Ministerio Público).

“Su diferencia con la denuncia se fundamenta en que mientras ésta puede ser formulada por cualquier persona, la querella exige ser presentada por la víctima u ofendido del delito (puede ser por medio de un representante); en la querella se hace mención de ilícitos que se persiguen a petición de parte, y como es el ofendido quien la presenta directamente, en ella debe expresar la clara intención de que se castigue al responsable del delito, de acuerdo con los intereses de la víctima, por medio de la promoción y ejercicio de la acción penal.

“El Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal en el artículo 263, establece que solo podrán perseguirse a petición de parte ofendida los siguientes delitos: hostigamiento sexual, estupro, privación ilegal de la libertad con propósitos sexuales; difamación y calumnia y los demás que determine el Código Penal para el Distrito federal y el artículo 264 establece que cuando para la persecución de los delitos sea necesaria la querrela de parte ofendida bastará que ésta aunque sea menor de edad, manifieste verbalmente su queja.

“Cuando la víctima no se pueda presentar por cualquier motivo, en el caso de personas morales, podrá formularse la querrela por apoderado que tenga poder general para pleitos y cobranzas con cláusula especial, sin que sea necesario acuerdo previo o ratificación del consejo de administración o de la asamblea de socios o accionistas, ni poder especial para el caso concreto.

Para las querellas presentadas por personas físicas, será suficiente un poder semejante, salvo en los casos de raptó, estupro o adulterio, en los que sólo se tendrá por formulada directamente por el cónyuge supérstite o el concubinario o concubina, hijos menores de edad, o, a falta de éstos, los demás descendientes y ascendientes.”⁴⁶

Sergio García Ramírez en relación con la querrela apunta:

“Querrela es tanto sinónimo de acción penal o de pliego en que dicha acción se ejercita, como equivalente de un simple requisito de procedibilidad previo a la acción y condicionante del

⁴⁶ LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. *Derecho Procesal Penal*. Iure Editores. México Distrito Federal 2002. Págs. 77 y 78.

ejercicio de ésta, así como del pliego o escrito en que se satisface tal condición.

“La querella es tanto una participación de conocimiento sobre la comisión de un delito, de entre aquellos que sólo se pueden perseguir a instancia de parte, como una declaración de voluntad, formulada por el interesado ante la autoridad pertinente, a efecto de que, tomada en cuenta la existencia del delito, se le persiga jurídicamente y se sancione a los responsables.

En el caso de la querella, la obligación de presentarla -que subsistía en el caso de la denuncia- se convierte en un derecho del ofendido; es decir, se deja a su voluntad que se comience la investigación del delito y, en su caso, la acción penal.”⁴⁷

Como menciona González Bustamante, el derecho de querella es más bien subjetivo, vinculado a la persona que lo posee, e inalienable, pero precisa distinguir entre la persona ofendida por el delito y la persona que ha sufrido el daño.

Aquella representa el bien jurídico, objeto del delito, aunque no haya sufrido ningún menoscabo. Abarca un concepto más amplio. La persona que ha sufrido el daño es aquella que experimenta un daño privado originado por el delito y que puede ser resarcible.⁴⁸

Diversos autores han coincidido en señalar que la querella necesaria y los delitos correspondientes no tienen razón real de

⁴⁷ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. *Curso de Derecho Procesal Penal*. 5ª. Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1989. Pág. 453.

⁴⁸ GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. *Principios de Derecho Procesal Penal*. 8ª. Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1959. Págs. 128 y 129.

existencia, pues el derecho penal únicamente debe abocarse por los intereses de la colectividad en general.

Rivera Silva señala:

“Si el acto quebranta la armonía social, debe perseguirse, independientemente de que lo quiera o no la parte ofendida, y si el acto, por cualquier razón, vulnera únicamente intereses particulares, éste acto debe desaparecer del catálogo de los delitos, para irse a hospedar a otra rama del derecho.

“No se puede decir que es posible se presente una situación mixta en la que se quebranten intereses particulares e intereses sociales, porque, firmes en nuestra idea, nunca se debe dejar a la potestad de la parte ofendida la administración de la justicia.

Si el interés social es tan tenue que casi desaparece ante la presencia del interés particular, entonces el acto debe desterrarse de la órbita del derecho penal.”⁴⁹

Al igual que en el caso de la denuncia, la presentación de la querrela obliga al Ministerio Público a iniciar las diligencias e investigaciones correspondientes en la averiguación previa.

De hecho, con la querrela, quien la realiza asume la calidad de parte acusadora durante todo el procedimiento; claro está que lo de parte es un decir, por lo que ya hemos planteado en el sentido de que la víctima sólo puede intervenir por medio del Ministerio Público.

⁴⁹ Autor citado por LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Op. Cit. Pág. 79.

Por su parte, José Franco Villa explica: La querrella se puede definir, como relación de hechos expuesta por el ofendido ante el órgano investigador, con el deseo manifiesto de que se persiga al autor del delito.

“El análisis de la definición arroja los siguientes elementos:

- 1) Una relación de hechos;**
- 2) Que esta relación sea hecha por la parte ofendida, y**
- 3) Que se manifieste la queja: el deseo de que se persiga al autor del delito.**

La querrella contiene como primer elemento una relación de actos delictuosos hecha ante el Ministerio Público en forma verbal o escrita.

Así pues, la querrella no es únicamente el acusar a una persona determinada, o sea señalar el nombre de una persona que ha cometido un delito y pedir que se castigue, sino que, en cuanto medio para hacer del conocimiento de la autoridad la existencia de un delito, exige una exposición de los hechos que vienen a integrar el acto u omisión sancionado por la ley penal.⁵⁰

Requisito indispensable de la querrella es que sea hecha por la parte ofendida, pues en los delitos que se persiguen por

⁵⁰ FRANCO VILLA, José. El Ministerio Público Federal. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1985. Pág. 9.

querrela necesaria, se ha estimado que entra en juego un interés particular, cuya intensidad es más vigorosa que el daño sufrido por la sociedad con la comisión de estos delitos especiales.

II.3.2 DENUNCIA.

Denuncia es el acto procedimental mediante el cual se hace del conocimiento de la autoridad, generalmente del Ministerio Público (existe también la posibilidad de que en casos urgentes reciban denuncias la policía judicial -materia común- o la policía ministerial -materia federal- las que deberán hacerlas saber de inmediato a la autoridad competente).

El relato de ciertos hechos que pueden ser constitutivos de algún ilícito; se informa acerca del acto delictuoso y de su probable autor.

Con la denuncia, la autoridad investigadora adquiere la obligación de realizar las diligencias necesarias de oficio, tendientes a esclarecer la comisión del hecho ilícito.

Con la presentación de la denuncia comienza la averiguación previa y todo el proceso penal.

Las denuncias y querellas pueden formularse verbalmente o por escrito; el denunciante se concretará a describir los hechos supuestamente delictivos, sin calificarlos en lo jurídico y deberá hacerlo en los términos previstos para el ejercicio del derecho de petición.

Cuando la denuncia o querrela no reúna los requisitos citados, el funcionario que la reciba prevendrá al denunciante o

querellante para que la modifique, ajustándose a ellos; asimismo, se informará al denunciante o querellante, dejando constancia en el acta, acerca de la trascendencia jurídica del acto que realiza sobre las penas en que incurren los que declaran falsamente ante las autoridades y en cuanto a las modalidades del procedimiento según se trate de delito perseguible de oficio o por querrela.

La denuncia es la relación de actos, que se suponen delictuosos, hecha ante la autoridad investigadora con el fin de que ésta tenga conocimiento de ellos.

La denuncia, definida en la forma que antecede, nos da los siguientes elementos:

- a) Relación de actos que se estiman delictuosos;
- b) Hecha ante el órgano investigador, y
- c) Hecha por cualquier persona.

A) LA RELACIÓN DE ACTOS, consiste en una simple exposición de lo que ha acaecido. Esta exposición no solicita la presencia de la queja, o sea, del deseo de que se persiga al autor de esos actos y puede hacerse en forma oral o escrita.

No deberán calificarse jurídicamente los hechos y al formularse la denuncia debe ser de manera pacífica y respetuosa, y al no reunir estos requisitos se: prevendrá al denunciante para que la modifique; informándole además sobre la trascendencia del acto que realizan, y sobre las modalidades del procedimiento.

B) LA RELACIÓN DE ACTOS DEBE SER HECHA AL ÓRGANO INVESTIGADOR. En efecto, teniendo por objeto la denuncia que el representante social se entere del quebranto sufrido por la sociedad, con la comisión del delito, obviamente la relación de actos debe ser llevada a cabo ante el propio Representante Social.

C) POR LO QUE ALUDE A QUE LA DENUNCIA SEA FORMULADA POR CUALQUIER PERSONA, Carlos Franco Sodi, en su libro *El Procedimiento Penal Mexicano*, manifiesta que "la denuncia es el medio usado por los particulares para poner en conocimiento de las autoridades competentes la comisión de un delito", es decir, sostiene que debe hacerla un particular, eliminando así la posibilidad de que las autoridades la presenten."⁵¹

II.4 EL MINISTERIO PÚBLICO COMO TITULAR DE LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

Para fundamentar la representación social, atribuida al Ministerio Público en el ejercicio de las acciones penales, se toma como punto de partida el hecho de que el Estado, al instituir la autoridad, le otorga el derecho para ejercer la tutela jurídica general, es decir que se le otorga protección jurídica a todo ciudadano, para que de esa manera persiga judicialmente a quien atente contra la seguridad y el normal desenvolvimiento de la sociedad.

⁵¹ Citado por FRANCO VILLA, José. Op. Cit. Págs. 176.

Al respecto, Francesco Carrara, hizo notar que aunque la potestad para la persecución de los delitos emana de la ley social, que crea las formas y facilita los modos de esta persecución y hace más seguros sus resultados, no crea el derecho que tiene un origen anterior a la sociedad civil, y es más bien la razón única de la esencia del cambio de la asociación natural en sociedad civil, ya que la constitución de la autoridad en el Estado, es un medio necesario para la tutela jurídica.⁵²

Chiovenda, afirma que el Ministerio Público personifica el interés público en el ejercicio de la jurisdicción.

Rafael de Pina, considera que el Ministerio Público ampara en todo momento el interés general implícito en el mantenimiento de la legalidad, por lo cual, en ninguna forma, debe considerársele como un representante de alguno de los poderes estatales, independientemente, de la subordinación, que guarda frente al Poder Ejecutivo, más bien -agrega-: la ley tiene en el Ministerio Público su órgano específico y auténtico.⁵³

El Ministerio Público es un órgano administrativo, afirman no pocos autores, fundamentalmente en la doctrina italiana, la cual se ha dividido; mientras algunos le consideran como "órgano administrativo", otros afirman: "es un órgano judicial".

⁵² CARRARA, Francisco. *Programa del curso de Derecho Criminal*. Tomo primero. Volumen I. Traducción de Luis Jiménez de Asúa. Editorial Reus. Madrid, España. 1925. Pág. 320.

⁵³ Autores citados por COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. *Derecho Mexicano de Procedimientos Penales*. 18ª Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1999. Pág. 107.

Guarneri, se manifiesta por lo primero, establece que es un órgano de la administración pública, destinado al ejercicio de las acciones penales señaladas en las leyes; por tal motivo, la función que realiza, bajo la vigilancia del "Ministerio de Gracia y Justicia", es de representación del poder ejecutivo en el proceso penal, y aunque, de acuerdo con las leyes italianas, forma parte del "orden Judicial", sin pertenecer al poder judicial, en consecuencia, "no atiende por sí mismo a la aplicación de las leyes, aunque procura obtenerla del tribunal, cuándo y cómo lo exige el interés público; de manera que está al lado de la autoridad judicial como "órgano" de interés público en la aplicación de la ley."

Agrega el autor citado que como el Ministerio Público no decide controversias judiciales, no es posible considerarle órgano jurisdiccional, sino más bien administrativo derivándose de esto su carácter de parte, puesto que la representación pertenece a la sociedad y al Estado en personificación de la misma para que la ley no quede violada, persigue el delito y al subjetivarse las funciones estatales en: Estado-Legislación, Estado-Administración y Estado-Jurisdicción; el Ministerio Público, realiza las funciones del Estado-Administración, poniéndose como sujeto ante el Estado-Jurisdicción, pidiendo la actuación del derecho, pero sin actuarle él.⁵⁴

Por otra parte, los actos que realiza el agente del Ministerio Público son de naturaleza administrativa, lo que justifica que se apliquen a éstos los principios del derecho administrativo, tan es así, que pueden ser revocables,

⁵⁴ Ibidem. Pág. 107.

comprendiéndose dentro de la propia revocación la modificación y sustitución de uno por otro.

Aún más, la sustitución, como consecuencia de la jerarquía que prevalece dentro de la organización, permite que se den órdenes, circulares y otras medidas tendientes a vigilar la conducta de quienes integran el Ministerio Público, aspecto que cae también dentro del orden administrativo.

En esas condiciones actúa con el carácter de parte hace valer la pretensión punitiva y de acuerdo con ello ejerce poderes de carácter indagatorio, preparatorio y coercitivo, sobre todo, presenta a través de la actuación del agente del Ministerio Público, las características esenciales de quienes actúan como parte; ejercita la acción penal, propone demandas, presenta impugnaciones, tiene facultades de pedir providencias de todas clases.

Guarneri, Manzini, Massari, Florián, José Sabatini y Franco Sodi, consideran que el agente del Ministerio Público dentro del proceso penal, actúa como parte, independientemente de que no existe común acuerdo en relación con el momento procedimental en que debe considerársele como tal, de igual forma en México, la figura del Ministerio Público, actúa como parte en el proceso penal.

Existen corrientes que identifican al personal del Ministerio Público como auxiliares o colaboradores de la función judicial, debido a las actividades que realizan a través de la secuela procedimental, ya que, todos sus actos van encaminados a lograr un fin último: la aplicación de la ley, al caso concreto.

En cierta forma es posible admitir que colabora en la actividad judicial, a través de sus funciones específicas, porque, en última instancia, éstas obedecen al interés característico de toda la organización estatal.

El Estado para el fiel cumplimiento de sus fines, encomienda deberes específicos a los funcionarios, para que en colaboración plena y coordinada, mantengan el orden y la legalidad; razón por la cual, el agente del Ministerio Público (acusador), al investigar debe hacer cesar todo acto lesivo en contra de los particulares así dentro de ese postulado auxilia al titular de la función judicial.

Pensamos que si los agentes del Ministerio Público, como se dice tutelan el interés social en la averiguación de los delitos, para que, dado el caso, se pueda sancionar al infractor y, además, realicen otros actos que les encomienda el legislador por medio de la ley correspondiente, debiera ser el pueblo el que los eligiera, para así establecer congruencia entre la representación que tienen y los representados que se la otorgan.

No es posible ignorar las graves inconveniencias en que se traduce la dependencia directa e inmediata del personal del Ministerio Público en relación con el Poder Ejecutivo y las ventajas que puede reportar si aquél formara parte o integrara, en su caso, una magistratura independiente.

En México, el personal que integra el Ministerio Público realiza una función creada por quienes integraron el Congreso Constituyente de 1917, y cuya naturaleza es polifacética, por

eso en cumplimiento de sus funciones actúa como autoridad administrativa, colabora en la función judicial, es un sujeto de la relación procesal e interviene en los asuntos en los que el Estado es parte, y en los casos de los ausentes, de los menores, entre otros.

En la actualidad, corresponden al personal del Ministerio Público muchas atribuciones; no obstante, es necesario hacer una revisión para determinar si las conferidas por el legislador le corresponden a si es preciso otorgarle algunas otras que no se le encomiendan.

CAPÍTULO TERCERO

ESPECIES DE AVERIGUACIÓN

En el presente apartado, examinaré los dos tipos de indagatoria existentes en el procedimiento penal mexicano con detenido y sin detenido.

III.1 AVERIGUACIÓN CON DETENIDO.

Como ya fue explicado, en la averiguación previa se establecen las diligencias para que el Ministerio Público pueda resolver si se encuentra en aptitud de ejercitar o no la acción penal. En cuanto aparezca en la averiguación previa que se ha acreditado, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado, el agente del ministerio público, ejercerá la acción penal ante los tribunales y expresará sin necesidad de acreditarlo plenamente, la forma de realización de la conducta, los elementos subjetivos específicos, así como de las demás circunstancias que la ley prevea.

Si el ejercicio de la acción penal es con detenido, el tribunal que reciba la consignación radicará de inmediato el asunto y se entenderá que el inculpado queda a disposición del juzgador, para los efectos constitucionales y legales correspondientes, el juez que reciba la consignación con detenido procederá de inmediato a determinar si la detención fue apegada a la constitución o no.

Respecto del ejercicio de la acción penal, esta resolución la toma el Ministerio Público en las averiguaciones previas con

detenido, este ejercicio de la acción penal constituye una de las determinaciones que puede dictar el Ministerio Público de turno.

El envío de la averiguación previa a la unidad de investigación sin detenido se realiza cuando se inician averiguaciones previas sin detenido o se deja en libertad al indiciado, a nivel de la unidad de investigación con detenido y la prosecución de la averiguación corresponde a la unidad de investigación sin detenido.

Cuando los hechos materia de una averiguación sucedieran en diverso perímetro o territorio de la agencia investigadora, puede remitirse la averiguación previa y al detenido en su caso, a la Procuraduría, Fiscalía o Agencia que corresponda por competencia (fuero, territorio o materia).

El ejercicio de la acción penal se efectúa, cuando una vez realizadas todas las diligencias pertinentes, se integra cuerpo del delito y probable responsabilidad, y se realiza la consignación.

La acción penal es la que ejercita el Ministerio Público ante el juez competente para que se inicie el proceso penal y se resuelva sobre la responsabilidad del inculcado, y en su caso se aplique la pena o la medida de seguridad que corresponda.

Igualmente se concibe como la atribución constitucional exclusiva del Ministerio Público por la cual pide al órgano jurisdiccional competente aplique la ley a un caso concreto.

El proceso sólo puede darse si existe un impulso que lo provoque: "la acción penal."

La acción penal está vinculada al proceso; en términos generales, es la fuerza que lo genera y lo hace avanzar hasta alcanzar la meta deseada.

En el campo doctrinario, el concepto de acción aun sigue discutiéndose; empero, hay quienes lo consideran como un derecho, como un medio y como un poder jurídico.

En las antiguas instituciones romanas, la acción fue considerada como: "el derecho a perseguir en juicio aquello que se nos debe"; punto de vista fundamentado en que, tanto el proceso civil como el penal estaban identificados; integraban una sola disciplina correspondiente al derecho material; tiempo después, ya no fue considerado como un derecho en sí, distinto del derecho material, sino como el derecho material mismo, en el orden subjetivo.⁵⁵

Si bien dicho vocablo posee varias acepciones jurídicas, la más importante y que le otorga un 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 decida los litigios de intereses jurídicos.

La acción procesal tiene orígenes remotos. La acción penal: es pública, surge al nacer el delito; su ejercicio está encomendado al Estado por conducto de uno de sus sub

⁵⁵ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op. Cit. Pág. 303.

órganos, el Procurador de Justicia y los Agentes del Ministerio Público, y tiene por objeto definir la pretensión punitiva estatal, ya sea absolviendo al inocente o imponiendo al culpable una pena.

La acción penal es la que inicia todo el movimiento del aparato punitivo, el procedimiento es en sentido estricto, conjunto de actos cumplidos para lograr una solución judicial. Ejemplo de lo explicado sería pedir la nulidad del procedimiento seguido en un juicio, promover un incidente de procedimiento, plantear un procedimiento dilatorio.

La averiguación previa con detenido se inicia y concluye en la agencia del Ministerio Público y se debe integrar dentro del término de cuarenta y ocho horas.

En el caso que nos ocupa la consignación se presenta cuando el indiciado se encuentra bajo custodia por haber cometido delito flagrante o por caso urgente.

Un delito flagrante (del verbo flagrar, arder) es, en Derecho penal, la forma mediante la cual se hace referencia a aquel delito que se está ejecutando actualmente o en ese preciso instante.

La distinción es por tanto una cuestión de oportunidad y tiempo, dado que se refiere al momento en el cual el delito se está cometiendo.

El concepto de flagrante tiene que ver con la inmediatez del delito. Igualmente puede detenerse a una persona en caso urgente.

El fundamento jurídico de la flagrancia y del caso urgente lo encontramos en el Código Federal de Procedimientos Penales, en los siguientes numerales:

“Artículo 193.- Cualquier persona podrá detener al indiciado:

“I. En el momento de estar cometiendo el delito;

“II. Cuando sea perseguido material e inmediatamente después de cometer el delito, o

“III. Inmediatamente después de cometer el delito, cuando la persona sea señalada por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere intervenido con ella en la comisión del delito, o cuando existan objetos o indicios que hagan presumir fundadamente que intervino en el delito. Además de estos indicios se considerarán otros elementos técnicos.

“El indiciado deberá ser puesto sin demora a disposición de la autoridad competente, conforme al artículo 16, párrafo cuarto, de la Constitución.

“Las autoridades que realicen cualquier detención o aprehensión deberán informar por cualquier medio de comunicación y sin dilación alguna, a efecto de que se haga el registro administrativo correspondiente y que la persona sea presentada inmediatamente ante la autoridad competente. La autoridad que intervenga en dicha detención elaborará un registro pormenorizado de las circunstancias de la detención.

“Desde el momento de la detención hasta la puesta a disposición ante la autoridad ministerial correspondiente, se deberán respetar los derechos fundamentales del detenido.

“El Ministerio Público constatará que los derechos fundamentales del detenido no hayan sido violados.

“La violación a lo dispuesto en los dos párrafos anteriores será causa de responsabilidad penal y administrativa.

La detención por flagrancia deberá ser registrada de inmediato por la autoridad competente”.

“ARTÍCULO 193 Bis.- En casos urgentes el Ministerio Público podrá, bajo su responsabilidad, ordenar por escrito la detención de una persona, fundando y expresando los indicios que acrediten:

“a) Que el indiciado haya intervenido en la comisión de alguno de los delitos señalados como graves en el artículo siguiente;

“b) Que exista riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia, y

“c) Que por razón de la hora, lugar o cualquier otra circunstancia, no pueda ocurrir ante autoridad judicial para solicitar la orden de aprehensión.

“La violación de esta disposición hará penalmente responsable al Ministerio Público o funcionario que decrete indebidamente la detención y el sujeto será puesto en inmediata libertad.

La detención por caso urgente deberá ser registrada de inmediato en los términos señalados por el artículo 193 Quater de este Código”.

“ARTÍCULO 194.- Se califican como delitos graves, para todos los efectos legales, por afectar de manera importante valores fundamentales de la sociedad, los previstos en los ordenamientos legales siguientes:

I. Del Código Penal Federal, los delitos siguientes:

1) Homicidio por culpa grave, previsto en el artículo 60, párrafo tercero;

2) Traición a la patria, previsto en los artículos 123, 124, 125 y 126;

3) Espionaje, previsto en los artículos 127 y 128;

4) Terrorismo, previsto en los artículos 139 al 139 Ter y terrorismo internacional previsto en los artículos 148 Bis al 148 Quáter;

5) Sabotaje, previsto en el artículo 140, párrafo primero;

6) Los previstos en los artículos 142, párrafo segundo y 145;

7) Piratería, previsto en los artículos 146 y 147;

8) Genocidio, previsto en el artículo 149 Bis;

- 9) Evasión de presos, previsto en los artículos 150 y 152;**
- 10) Ataques a las vías de comunicación, previsto en los artículos 168 y 170;**
- 11) Uso ilícito de instalaciones destinadas al tránsito aéreo, previsto en el artículo 172 Bis párrafo tercero;**
- 12) Contra la salud, previsto en los artículos 194, 195, 196 Bis, 196 Ter, 197, párrafo primero y 198, parte primera del párrafo tercero.**
- 13) Corrupción de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 201; Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 202; Turismo sexual en contra de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en los artículos 203 y 203 Bis; Lenocinio de personas menores de dieciocho años de edad o de personas que no tienen capacidad para comprender el significado del hecho o de personas que no tienen capacidad para resistirlo, previsto en el artículo 204 y Pederastia, previsto en el artículo 209 Bis.**
- 14) Los previstos en el artículo 205, segundo párrafo;**
- 15) Explotación del cuerpo de un menor de edad por medio del comercio carnal, previsto en el artículo 208;**

16) El desvío u obstaculización de las investigaciones, previsto en el artículo 225, fracción XXXII;

17) Falsificación y alteración de moneda, previsto en los artículos 234, 236 y 237;

18) Derogado;

19) Contra el consumo y riqueza nacionales, previsto en el artículo 254, fracción VII, párrafo segundo;

20) Violación, previsto en los artículos 265, 266 y 266 Bis;

21) Asalto en carreteras o caminos, previsto en el artículo 286, segundo párrafo;

22) Lesiones, previsto en los artículos 291, 292 y 293, cuando se cometa en cualquiera de las circunstancias previstas en los artículos 315 y 315 Bis;

23) Homicidio, previsto en los artículos 302 con relación al 307, 313, 315, 315 Bis, 320 y 323;

24) Tráfico de menores, previsto en el artículo 366 Ter;

25) Robo calificado, previsto en el artículo 367 cuando se realice en cualquiera de las circunstancias señaladas en los artículos 372 y 381, fracciones VII, VIII, IX, X, XI, XIII, XV, XVI y XVII;

26) Robo calificado, previsto en el artículo 367, en relación con el 370 párrafos segundo y tercero, cuando se realice en

cualquiera de las circunstancias señaladas en el artículo 381 Bis;

27) Comercialización habitual de objetos robados, previsto en el artículo 368 Ter;

28) Sustracción o aprovechamiento indebido de hidrocarburos o sus derivados, previsto en el artículo 368 Quáter, párrafo segundo;

29) Robo, previsto en el artículo 371, párrafo último;

30) Robo de vehículo, previsto en el artículo 376 Bis;

31) Los previstos en el artículo 377;

32) Extorsión, previsto en el artículo 390;

33) Operaciones con recursos de procedencia ilícita, previsto en el artículo 400 Bis, y

33 Bis) Contra el Ambiente, en su comisión dolosa, previsto en los artículos 414, párrafos primero y tercero, 415, párrafo último, 416, párrafo último y 418, fracción II, cuando el volumen del derribo, de la extracción o de la tala, exceda de dos metros cúbicos de madera, o se trate de la conducta prevista en el párrafo último del artículo 419 y 420, párrafo último.

34) En materia de derechos de autor, previsto en el artículo 424 Bis.

35) Desaparición forzada de personas prevista en el artículo 215-A.

36). En materia de delitos ambientales, el previsto en la fracción II Bis del artículo 420.

II. De la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, el previsto en el artículo 2.

III. De la Ley Federal de Armas de Fuego y Explosivos, los delitos siguientes:

1) Portación de armas de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, previsto en el artículo 83, fracción III;

2) Los previstos en el artículo 83 Bis, salvo en el caso del inciso i) del artículo 11;

3) Posesión de armas de uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, en el caso previsto en el artículo 83 Ter, fracción III;

4) Los previstos en el artículo 84, y

5) Introducción clandestina de armas de fuego que no están reservadas al uso exclusivo del Ejército, Armada o Fuerza Aérea, previsto en el artículo 84 Bis, párrafo primero.

IV. De la Ley Federal para Prevenir y Sancionar la Tortura, el delito de tortura, previsto en los artículos 3o. y 5o.

V. De la Ley General de Población, el delito de tráfico de indocumentados, previsto en el artículo 138.

VI. Del Código Fiscal de la Federación, los delitos siguientes:

1) Contrabando y su equiparable, previstos en los artículos 102 y 105 fracciones I a la IV, cuando les correspondan las sanciones previstas en las fracciones II o III, segundo párrafo del artículo 104, y

2) Defraudación fiscal y su equiparable, previstos en los artículos 108 y 109, cuando el monto de lo defraudado se ubique en los rangos a que se refieren las fracciones II o III del artículo 108.

VII. De la Ley de la Propiedad Industrial, los delitos previstos en el artículo 223, fracciones II y III.

VIII. De la Ley de Instituciones de Crédito, los previstos en los artículos 111; 112, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto la fracción V; 112 Bis; 112 Ter; 112 Quáter, y 113 Bis, en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 112;

VIII Bis.- De la Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, los previstos en los artículos 432, 433 y 434;

IX. De la Ley General de Organizaciones y Actividades Auxiliares del Crédito, los previstos en los artículos 98, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto las fracciones IV y V, y 101;

X. De la Ley Federal de Instituciones de Fianzas, los previstos en los artículos 112 Bis; 112 Bis 2, en el supuesto del cuarto párrafo; 112 Bis 3, fracciones I y IV, en el supuesto del cuarto párrafo; 112 Bis 4, fracción I, en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 112 Bis 3, y 112 Bis 6, fracciones II, IV y VII, en el supuesto del cuarto párrafo;

XI. De la Ley General de Instituciones y Sociedades Mutualistas de Seguros, los previstos en los artículos 141, fracción I; 145, en el supuesto del cuarto párrafo, excepto las fracciones II, IV y V; 146 fracciones II, IV y VII, en el supuesto del cuarto párrafo, y 147, fracción II inciso b), en el supuesto del cuarto párrafo del artículo 146;

XII. De la Ley del Mercado de Valores, los previstos en los artículos 52, y 52 Bis cuando el monto de la disposición de los fondos o de los valores, títulos de crédito o documentos a que se refiere el artículo 3o. de dicha ley, exceda de trescientos cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal;

XIII. De la Ley de los Sistemas de Ahorro para el Retiro, los previstos en los artículos 103, y 104 cuando el monto de la disposición de los fondos, valores o documentos que manejen de los trabajadores con motivo de su objeto, exceda de trescientos cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal, y

XIV. De la Ley de Quiebras y Suspensión de Pagos, los previstos en el artículo 96.

La tentativa punible de los ilícitos penales mencionados en las fracciones anteriores, también se califica como delito grave.

XV. De la Ley General de Salud, los previstos en las fracciones I, II y III del artículo 464 Ter, y en los artículos 475 y 476.

XVI. De la Ley para Prevenir y Sancionar la Trata de Personas, los previstos en los artículos 5 y 6.

XVII. Los previstos en el artículo 49 de la Ley Federal para el Control de Sustancias Químicas Susceptibles de Desvío para la Fabricación de Armas Químicas, y

XVIII. De la Ley General para Prevenir y Sancionar los Delitos en Materia de Secuestro, Reglamentaria de la fracción XXI, del artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los previstos en los artículos 9, 10, 11, 17 y 18.

La tentativa punible de los ilícitos penales mencionados en las fracciones anteriores, también se califica como delito grave.

Asimismo, en el citado Código Federal de Procedimientos Penales se dispone:

“ARTÍCULO 136.-En ejercicio de la acción penal, corresponde al Ministerio Público:

“I.- Promover la incoación del proceso penal;

“II.- Solicitar las órdenes de comparecencia para preparatoria y las de aprehensión, que sean procedentes;

“III.- Pedir el aseguramiento precautorio de bienes para los efectos de la reparación del daño;

“IV.- Rendir las pruebas de la existencia de los delitos y de la responsabilidad de los inculpados;

“V.- Pedir la aplicación de las sanciones respectivas; y

VI.- En general, hacer todas las promociones que sean conducentes a la tramitación regular de los procesos”.

La orden de aprehensión conlleva como principal objetivo la detención del sujeto, quien será entonces puesto bajo custodia preventiva. La orden de comparecencia es una resolución coercitiva del juez, quien ordena la presentación del probable responsable para hacer de su conocimiento la imputación y para que pueda, si es su deseo, presentar alguna declaración al respecto.

Por lo que respecta a la orden de aprehensión y al aseguramiento precautorio de bienes, es prudente citar lo siguiente:

Para Ambrosio Michel Higuera:

“En la vida cotidiana se emplean expresiones a las que se les atribuye el mismo significado, cuando en realidad tienen alcances diferentes.

“Es el caso, por ejemplo, de afirmar que una persona fue arrestada y en realidad fue aprehendida en ejecución de una orden judicial; en ese supuesto, se está confundiendo al arresto con la aprehensión de una persona en ejecución de una orden judicial.

“En efecto, si bien el rasgo común entre el arresto y la aprehensión es la privación de la libertad de una persona, el primero es una sanción administrativa: que se impone hasta por treinta y seis horas, por infringirse lo dispuesto en un reglamento gubernativo o de policía (artículo 21 de la Constitución General de la República) o bien una medida de apremio o corrección disciplinaria dictada por una autoridad

para hacer cumplir sus determinaciones, pero sin que la sujete a un procedimiento judicial de carácter penal (artículos 42 y 44 del Código Federal de Procedimientos Penales); mientras que la segunda es la detención de una persona ordenada por la autoridad judicial, con la finalidad de sujetarla a un procedimiento de carácter penal, cuando se cumplen los requisitos del artículo 16 constitucional.

De la misma manera, es frecuente escuchar en los noticiarios de la radio o de la televisión el hecho consistente en que determinados objetos fueron o "decomisados" o "incautados" o "confiscados" por la policía judicial, cuando en realidad lo que se quiere decir con tales términos es que esos objetos fueron asegurados por el Ministerio Público para su posterior decomiso que, en su caso, decreta la autoridad judicial. De ahí la importancia de precisar la terminología que debe ser empleada en relación con el decomiso."⁵⁶

Para dar una respuesta, -según el autor- distinguiremos entre los términos empleados por la doctrina y el derecho positivo, a fin de evitar confusiones en el empleo de los conceptos.

"En doctrina, las expresiones o términos "decomiso" y "comiso" se emplean como sinónimos.

"Nuestra ley -nos enseña Zaffaroni- usa el participio 'decomisados', pero la denominación de la pena puede ser tanto

⁵⁶ MICHEL HIGUERA, Ambrosio. *El Decomiso*. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 2001. Págs. 1 y 2.

'comiso' como 'decomiso', desde que son sinónimos en castellano."

"Comiso... Cosa decomisada o caída en comiso convencional..."

"Los efectos de la prescripción, por su carácter subjetivo, no modifican en modo alguno el estado de permanente ilegalidad de los objetos decomisables y, por tanto, respecto de ellos procede la declaratoria de comiso.

"Comiso... Toda pena que se impusiere por un delito llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provinieren y de los instrumentos con que se hubieren ejecutado.

"Los unos y los otros serán decomisados, a no ser que pertenecieren a un tercero no responsable del delito.

"Sin embargo, no podemos dejar de señalar el hecho de que también para algunos doctrinarios, como los italianos, "decomiso" y "confiscación" son sinónimos, aunque la opinión generalizada distingue entre ambas expresiones.

"En el derecho positivo mexicano, en las diversas leyes que regulan la materia, se emplea la voz "decomiso", puesto que la "confiscación", como se verá más adelante, está proscrita.

"Las leyes que emplean el término "decomiso" son las siguientes: Ley Forestal (artículo 48), Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (artículo 171), Ley de Pesca (artículo 25), Ley General de Vida Silvestre (artículo

123), Ley sobre el Escudo, la Bandera y el Himno Nacionales (artículo 56).

“En otras leyes se habla de pérdida o adjudicación de bienes a favor de la Nación, sin emplear expresamente el término decomiso, pero sin que esto signifique que tales disposiciones no se refieren al decomiso, de acuerdo con lo que veremos más adelante.

“Por lo que se refiere a jurisprudencias y tesis aisladas del Poder Judicial de la Federación, se emplean ambas voces, "comiso" y "decomiso". Además, es de observarse que en jurisprudencia sí se distingue entre decomiso y confiscación.

En resumen, toda vez que la terminología empleada en la jerga cotidiana da lugar a confusión por el empleo inadecuado de las palabras, resultaba necesario hacer una precisión para identificar los términos que equivalen al concepto de "decomiso."⁵⁷

En relación con el Decomiso leemos en el Diccionario Jurídico Mexicano que proviene del latín de *commisum*, que significa crimen, objeto confiscado. Incautarse el fisco de algún objeto, como castigo al que ha querido hacer contrabando.

Es la privación de los bienes de una persona, decretada por la autoridad judicial a favor del Estado, aplicada como sanción a una infracción.

⁵⁷ Ibidem Págs. 2 y 3.

La voz decomiso está íntimamente ligada a la de confiscación, ambas deben ser ordenadas por autoridad judicial diferenciándose en que la primera se refiere a una incautación parcial y sobre los bienes objeto del ilícito, mientras que la segunda puede recaer sobre la totalidad de los bienes y sin que éstos tengan relación alguna con la infracción. El decomiso es una figura típica del derecho penal y posteriormente del derecho aduanero.”⁵⁸

Michel Higuera, explica que en el Derecho Penal Mexicano, el decomiso se puede definir como la pena accesoria, por virtud de la cual, sin mediar indemnización, los instrumentos, objetos y productos del delito son privados de la propiedad del delincuente si son de uso prohibido o de uso lícito si el delito es intencional o de la propiedad de tercero que los tenga en su poder o los haya adquirido por cualquier título si se encuentra en alguno de los supuestos de encubrimiento.⁵⁹

Para el Doctor Marco Antonio Díaz de León, decomisar es declarar que una cosa ha caído en *comiso*.

Significa privar al reo o a terceros de la posesión, propiedad o derecho que tengan sobre los instrumentos (*instrumenta sceleris*), objetos o productos del delito (*producta sceleris*), acción ésta decretada normalmente como pena accesoria por el órgano jurisdiccional, una sentencia penal y en base a este artículo en comentario, el cual se caracteriza por hallarse en la Parte General de este Código Punitivo.

⁵⁸ VOZ DECOMISO. *Diccionario Jurídico Mexicano*. 9ª. Edición. Editorial Porrúa- UNAM. México Distrito Federal 1996. Págs. 836 y 837.

⁵⁹ MICHEL HIGUERA, Ambrosio. Op. Cit. Pág. 28.

Sin embargo, existe otra clase de *decomiso* que se diferencia del antes mencionado, primero, porque constituye una pena principal y, segundo, porque se encuentra en tipos concretos de la parte especial, como partes del mismo, como, v. gr., ocurre con los artículos 147 y 224 donde además de la pena de prisión se establece el decomiso.

Atendiendo a su significado vemos que el vocablo *decomiso*, viene de comiso, del latín *commissum*: delito contra las leyes, objeto confiscado.

Pena de perdimiento de la cosa, que se aplica a quien incurre en el comercio de géneros prohibidos.

Es una pena accesoria o principal, en los términos indicados, de privación o pérdida de los instrumentos o efectos del delito en perjuicio del delincuente o tercero y en beneficio del Estado.

Los alcances de esta pena actualmente van más allá, pues implica la pérdida de la propiedad o posesión de los bienes muebles que en su momento constituyeron o emplearon como instrumentos u objetos de un hecho punible, sino, inclusive, todo aquello que sea producto o utilidad derivada del ilícito en sí o de los citados instrumentos u objetos empleados en el delito, que en ocasiones, como por ejemplo el narcotráfico, consisten en cuantiosas sumas de dinero, inversiones, negocios diversos o inmuebles que se invierten o explotan mediante terceros ("*prestanombres*") en "*lavado de dinero*".

Los bienes decomisados se incorporan al Estado para su aprovechamiento lícito, incluyéndose entre éstos, inclusive, los bienes sobre los cuales recae la conducta delictiva, desde luego cubriéndose los requisitos de ley garantizantes de derechos de las víctimas, de personas ajenas al delito y de terceros de buena fe. Una de las cuestiones legitimantes de la apropiación de dichos bienes por parte del Estado se basa en impedir que éstos vuelvan a ser utilizados para cometer delito, así como, en caso, en eliminar o debilitar el poder económico de los delincuentes (principalmente organizados en mafias o asociaciones delictuosas) para impedir que lo empleen nuevamente en el delito.⁶⁰

Según el reconocido Doctor Raúl Carrancá y Rivas, los objetos materiales –instrumentos- por medio de los cuales se comete el delito y los que son objeto de él, pueden ser de uso lícito o prohibido.

El decomiso de los que son de uso lícito, cuando pertenecen al acusado, es declarado en la sentencia por constituir una medida accesorias y se aplica a los delincuentes dolosos y no a los imprudenciales, pues la penalidad propia de éstos está fijada en los artículos 60 y 61 por el uso hecho a sabiendas de la cosa, fuera de su naturaleza finalística o se aplica con daño de tercero, ya no como pena sino como medida de prevención, cuando el tercero proporcionó el instrumento con conocimiento del empleo que iba a dársele.

⁶⁰ DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. *Código Penal Federal con Comentarios*. 3ª. Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1998. Págs. 85 y 86.

En cuanto a los objetos de uso prohibido, ya pertenezcan al delincuente, ya a tercero, el decomiso obedece al mandamiento de la ley prohibitiva, ejecutado por la autoridad judicial.

El decomiso puede ser sentenciado por la autoridad judicial aunque el Ministerio Público no lo solicite en sus conclusiones, no obstante ser incuestionable que la pérdida de los instrumentos del delito representa un daño patrimonial, consecutivo a la acción sancionada penalmente por el tribunal. El artículo 40 comentado se descompone en tres capítulos: el primero se refiere al inexcusable decomiso de un instrumento de delito o cosa con que se cometa o intente cometer, si son de uso prohibido; el segundo y tercero se refieren a los objetos de uso ilícito y en el segundo se prescribe el decomiso sólo cuando el acusado fuere condenado, mientras en el tercero se contempla el caso de que el objeto de uso lícito pertenezca a tercera persona, prescribiéndose también el decomiso cuando dicho objeto haya sido empleado con conocimiento de su dueño y para fines delictuosos.

Si el legislador hubiera clasificado el decomiso de los objetos de uso lícito como una pena, de ningún modo hubiera podido ordenar que su imposición recayera sobre tercera persona no encausada por un delito, pues con esto hubiera violado el principio de la personalidad de la pena convirtiéndola en trascendental, contra lo prevenido en el artículo 14 Constitucional.

Cabe el decomiso cuando la tercera persona prestó el objeto de uso lícito con el conocimiento de que otra persona iba a emplearlo para fines delictuosos, con la que se acredita la

peligrosidad social del tercero, que amerita una medida que el juzgador está en aptitud de imponer por corresponder a la seguridad pública y a la defensa social.

Ciertamente, el decomiso representa en este caso un daño patrimonial, ya se imponga a consecuencia de delito y al delincuente, o ya a tercero, pero en todo caso representa una medida preventiva.

En opinión de Ceniceros y Garrido: "una medida de seguridad que los tribunales imponen en sus sentencias, además de la sanción correspondiente al delito", una sanción accesoria y no principal, que mira a la prevención y no a la retribución de los delitos, que sigue a la sanción principal como su consecuencia y con personalidad subrogada, correspondiendo su aplicación siempre que proceda imponer una sanción principal por delito intencional y siempre que en la ejecución de éste se hubiera empleado el instrumento u objeto con los que se delinquiera.

En conclusión, la pérdida de los instrumentos del delito es siempre una medida preventiva y asegurativa, ya se trate de cosas de uso lícito, ya de uso ilícito, ya pertenezcan al delincuente, ya a tercero, y constituye en todo caso, una sanción accesoria y no principal.

Como el artículo 21 Constitucional se refiere a la facultad del ejercicio de la acción penal, lo que significa tanto como la solicitud de imposición de penas hecha en el proceso penal no es forzoso que el Ministerio Público solicite el decomiso, que no es propiamente una pena, pudiendo los tribunales hacerlo

efectivo de igual modo que la amonestación, que también es accesoria y no principal.⁶¹

Conforme con lo establecido por los artículos 27, 102 constitucionales, 29, 30, 31 del Código Penal Federal, y por el Título Segundo del Código Federal de Procedimientos Penales, la recepción, registro, custodia, conservación y supervisión de los bienes asegurados son actividades propias del Ministerio Público que debe desempeñar en la averiguación previa, como titular de la persecución de los delitos y todo lo que es relativo, las cuales no cabe delegarlas a otras autoridades o instituciones como el precitado órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, denominado Servicio de Administración de Bienes Asegurados, previsto en el Título Cuarto del ordenamiento citado, misma que en consecuencia es inconstitucional. Ningún Congreso está facultado para legislar leyes contrarias al espíritu y texto de la Constitución Política del país.

Sirven como fundamento de nuestra postura, los siguientes criterios jurisprudenciales:

JURISPRUDENCIA ASEGURAMIENTO DEL OBJETO DEL DELITO. La ley impone al juez que practique una averiguación del orden penal, la obligación de asegurar, ante todo, las cosas objeto del delito; y en el curso de la instrucción deberá acreditarse a quién pertenece la propiedad de esas cosas.

Tomo VII. Castillo, Juan, p. 283; Santiago, Conrado, p. 1,266; Jennings, Randolph P.; Gravioto

⁶¹ CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. *Código Penal Anotado*. 21ª. Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 2001. Págs. 197 y 198.

Gallardo, Francisco; Bringas y Robles, Luz, p. 1,55.- Jurisprudencia 24 (Quinta Época), p. 78, Sección Primera, Vol. Primera Sala, Apéndice de Jurisprudencia de 1917 a 1965

ASEGURAMIENTO DEL OBJETO DEL DELITO. EI aseguramiento de los objetos que constituyen la materia del delito, puede llevarse a cabo sin necesidad de juicio previo, cuando se encuentran en poder del mismo acusado, o de algún causahabiente suyo que puede ser considerado como inodado en la ejecución de los actos criminosos; pero cuando se encuentren en poder de un tercero de buena fe, es necesario vencer en juicio a dicho poseedor.

Quinta Época: Tomo XXXVI, p. 1,690.- Otero, Agustín. Tomo XXXVII, p. 181.- Hernández, Pedro. Tomo XXXVIII, p. 1,941.- Gordillo, Silfobia. Tomo XL, p. 105.- Vidal I., Goziro, S. en C. Torno L, p. 3,760.- Ibáñez Desiderio.

OBJETOS DEL DELITO, ASEGURAMIENTO DE LOS. EL MINISTERIO PÚBLICO ESTÁ OBLIGADO A DEJARLOS MATERIALMENTE A DISPOSICIÓN DE LA AUTORIDAD JUDICIAL.

Quando el Ministerio Público exhibe ante el Juez de la causa, con posterioridad a la consignación, un pretendido dictamen pericial, que se practicó en la diversa etapa de averiguación previa, lo hace con el carácter de parte; así la opinión técnica exhibida bajo este supuesto, no tiene el valor probatorio de una prueba pericial, porque para que alcance este rango se requiere que su desahogo se practique en términos del artículo 235 del Código Federal de Procedimientos

Penales, por ende, dicha prueba sólo genera el valor de un indicio

Novena Época. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito,- Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

Tomo XVI, Noviembre de 2002- Tesis V.lo.1 Página 1157 PRIMER TRIBUNAL COLEGIADO DEL QUINTO CIRCUITO.

Amparo directo 322/90 12 de marzo de 1991, Unanimidad de votos.

Ponente: José Enrique Moya Chávez, Secretario' Francisco Raúl Méndez Vega.

III.2 RESOLUCIONES

Una vez que se hayan realizado todas las diligencias conducentes para la integración de la averiguación previa ya sea en unidad de investigación con detenido o sin detenido, deberá dictarse una resolución que precise el trámite que corresponde a la averiguación o que decida obviamente a nivel de averiguación previa, la situación jurídica planteada en la misma.

Las resoluciones pueden ser:

- a) Ejercicio de la acción penal;**
- b) No ejercicio de la acción penal;**
- c) Reserva;**
- d) Incompetencia.**

El no ejercicio de la acción penal se consulta en el caso de que agotadas las diligencias de la averiguación se acredita que no existe cuerpo del delito de ninguna figura típica y por supuesto no hay probable responsable; o bien que ha operado alguna de las causas extintivas de la acción penal. En estos casos el Agente del Ministerio Público propone el no ejercicio de la acción penal y el archivo de la averiguación previa, los Agentes del Ministerio Público Auxiliares del Procurador opinan sobre la procedencia o improcedencia de autorizar el no ejercicio de la acción penal y los Subprocuradores, cualquiera de ellos, por delegación de atribuciones del Procurador, autorizarán o negarán el no ejercicio de la acción penal propuesto.

Igualmente puede presentarse la reserva de actuaciones y tiene lugar cuando existe imposibilidad de cualquier naturaleza para proseguir la averiguación previa y practicar más diligencias y no se ha integrado el cuerpo del delito y por ende la probable responsabilidad, o bien cuando habiéndose integrado el cuerpo del delito no es posible atribuir la probable responsabilidad a persona determinada. Las ponencias de no ejercicio de la acción penal y de reserva, en modo alguno significan que la averiguación previa haya concluido o que no pueden efectuarse más diligencias; pues en el supuesto de que aparecieran nuevos elementos, el Ministerio Público, en tanto no haya operado una causa extintiva de la acción penal, tiene obligación de realizar nuevas diligencias pues la resolución del no ejercicio de la acción penal es una resolución que no causa ejecutoria.

La práctica de nuevas diligencias puede llevar inclusive al ejercicio de la acción penal. En el caso de incompetencia, se remitirá la averiguación previa a la Procuraduría General de la

República cuando aparezcan delitos del orden federal a otra entidad federativa por cuestiones de territorio, a otra agencia o fiscalía especializada por cuestiones de perímetro o materia.

En principio cabe precisar que la competencia es la porción de jurisdicción que se atribuye a los tribunales que pertenecen al mismo orden jurisdiccional. Se distingue lógicamente de la jurisdicción como el todo se distingue de la parte. Manresa dice que la competencia es "la facultad de conocer de determinados negocios". Chiovenda la define, "como el conjunto de las causas en que, con arreglo a la ley, puede un juez ejercer su jurisdicción, y la facultad de ejercerla dentro de los límites en que le esté atribuida". Según Guasp, la competencia "es la atribución a un determinado órgano jurisdiccional de determinadas pretensiones con preferencia a los demás órganos de la jurisdicción, y por extensión, la regla o conjunto de reglas que deciden sobre dicha atribución". "Se llama competencia, dice Carnelutti, la extensión del poder que pertenece (compete) a cada oficio o a cada componente del oficio en comparación con los demás; el concepto de competencia incluso según el significado de la palabra, implica el concurso de varios sujetos respecto de un mismo objeto, que, por tanto, se distribuye entre ellos. Por consiguiente, competencia es el poder perteneciente al oficio o al oficial considerado en singular."⁶²

En el Diccionario Jurídico Mexicano se explica que incompetencia es la falta de jurisdicción de un juez para conocer de un determinado aspecto jurídico, facultad que permite al juez analizar de oficio, antes de entrar al conocimiento de un

⁶² PALLARES, Eduardo. *Diccionario de Derecho Procesal Civil*. 27ª. Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 2003. Pág. 167.

negocio, si procede o no a su tramitación, a efecto de que si resulta incompetente haga declaración en tal sentido y se abstendrá de cualquier actuación. La excepción de previo y especial pronunciamiento que dirime una contienda y jurisdicción sobre la cual el juez debe producir una decisión que permita orientar en forma correcta el debate jurisdiccional. La incompetencia forma parte de los presupuestos cuya presencia o ausencia resulta necesaria para la integración y desarrollo de una relación procesal, siendo ésta lo esencial de dicha figura jurídica. Couture ha definido los presupuestos procesales como "aquellos antecedentes necesarios para que un juicio tenga existencia jurídica y validez formal". Son los elementos que necesariamente deben coexistir en la constitución de una relación jurídica válida, que lo mismo puede asociarse con el sujeto que con el objeto. Respecto al sujeto podríamos señalar: la competencia del juzgador, la capacidad procesal, la representación, la legitimación de las partes. Por lo que hace al objeto: la cosa juzgada, la *litispendencia*, la caducidad de la acción.

La incompetencia puede ser material o personal (*ratione materiae* o *ratione personae*). Se está en presencia de lo primero cuando un juez conoce de un asunto que corresponde a otro; en tanto que lo segundo se presenta cuando en asunto de su jurisdicción, un juez pronuncia sentencia contra personas que no le están sujetas. El interés de hacer valer en el momento procesal oportuno una incompetencia es evitar los vicios jurídicos en que se puede caer, pues de sostener el juez una jurisdicción que no proceda, sería imposible subsanar, ni por el consentimiento, ni por la comparecencia de las partes, los efectos que se producen. En cambio el interés que surge dentro

del campo de la incompetencia personal, es que el vicio que haya tenido lugar desaparezca, ya que cualquier deficiencia que se advierta desaparece a su vez, si hay consentimiento expreso de las partes en la contestación, o en la defensa hecha por el demandado sobre el fondo de la controversia; si éste la acepta continúa el proceso por sus trámites legales. La excepción de incompetencia del juez tiene por objeto denunciar la falta del supuesto procesal consistente en la incapacidad del órgano judicial para el conocimiento de un juicio.⁶³

A continuación analizaré otras resoluciones emitidas en la preinstrucción.

III.2.1 LIBERTAD.

Desde el punto de vista filosófico, libertad es la capacidad del ser humano de obrar o no obrar, de hacer una cosa o de hacer otra, a lo largo de su vida por lo que es responsable de sus actos. Históricamente, en especial desde las Revoluciones burguesas del siglo XVIII y XIX, la libertad suele estar muy unida a los conceptos de justicia e igualdad.

Este estado define a quien no es esclavo, ni sujeto, ni impedido al deseo de otros de forma coercitiva. En otras palabras, lo que permite al hombre decidir si quiere hacer algo o no, lo hace libre, pero también responsable de sus actos. En caso de que no se cumpla esto último se estaría hablando de libertinaje. Pues la libertad implica una clara opción por el bien,

⁶³ VOZ INCOMPETENCIA. *Diccionario Jurídico Mexicano*. 9ª. Edición. Tomo I-O. Editorial Porrúa-UNAM. México Distrito Federal 1996. Pág. 1667.

solo desde esta opción se estaría actuando desde la concepción de la Teleología.

La protección de la libertad interpersonal, puede ser objeto de una investigación social y política, mientras que el fundamento metafísico de la libertad interior es una cuestión psicológica y filosófica.

Ambas formas de la libertad se unen en cada individuo como lo interno y lo externo de una malla de valores, juntos en una dinámica de compromiso y de lucha por el poder; las sociedades que luchan por el poder en la definición de los valores de los individuos y de la persona que lucha por la aceptación social y el respeto en el establecimiento de valores de la propia en el mismo.

La primera representación escrita del concepto "libertad" se cree que es la palabra cuneiforme sumeria *Ama-gi*. Se cree que es la primera instancia de los seres humanos utilizando la escritura para representar a la idea de "libertad". Traducido literalmente, significa "volver a la madre". En castellano la palabra libertad proviene del latín *libertas*, *-ātis*, de igual significado. Como curiosidad, la palabra inglesa para libertad, *freedom*, proviene de una raíz indoeuropea que significa "amar"; la palabra de la misma lengua para decir *miedo*, *afraid*, viene de la misma raíz, usado como contraposición a libertad mediante el prefijo *a* por influencia del latín vulgar.

Evidentemente la libertad a la que pretendo referirme es a la resolución que llega el Agente del Ministerio Público cuando durante el término de cuarenta y ocho horas no ha encontrado

elementos para acreditar la probable responsabilidad de la persona detenida.

III.2.2 CONSIGNACIÓN.

La consignación en materia penal es la instancia a través de la cual el Ministerio Público ejercita la acción punitiva por considerar que durante la averiguación previa se han comprobado la existencia del delito y la presunta responsabilidad del inculpado. Cuando el propio Ministerio Público presenta el escrito de consignación ante el juez penal competente (escrito que debe considerarse como equivalente a la demanda en las restantes ramas procesales), solicita del tribunal la iniciación del procedimiento judicial las órdenes de comparecencia y las de aprehensión que procedan; el aseguramiento precautorio de bienes para los efectos de la reparación del daño, y en su caso, las sanciones respectivas, pero al mismo tiempo debe ofrecer las pruebas de la existencia de los delitos y de la responsabilidad de los inculpados.

La presentación de la instancia de consignación no impide que el Ministerio Público, con motivo de los resultados de la instrucción procesal, modifique su posición, ya sea desistiendo de la acción penal o formulando conclusiones no acusatorias, que equivalen también a un desistimiento y, en ambos supuestos, el juzgador está obligado a dictar el sobreseimiento del juicio y a ordenar la libertad definitiva del inculpado.

A continuación llevo a efecto el análisis de la averiguación previa sin detenido, misma que como su denominación lo precisa, es efectuada en la Unidad de Investigación correspondiente.

III.3 AVERIGUACIÓN SIN DETENIDO.

Las Unidades de Investigación sin detenido son las dependencias de la Procuraduría que tiene por funciones, recibir denuncias o querellas y continuar con la integración de las averiguaciones previas iniciadas por la unidad de investigación con detenido, recibir averiguaciones previas procedentes de otras unidades de investigación sin detenido, de otras agencias, de otras fiscalías, así como de otras procuradurías y practicar en unas y otras todas aquellas diligencias tendientes a agotar la indagatoria, a fin de resolver las situaciones jurídicas planteadas, ajustando sus resoluciones a estricto derecho.

Cuando el Ministerio Público ha llegado a la conclusión, después de realizadas las averiguaciones respectivas, de que existe un sujeto responsable de un delito que debe ser sancionado con pena corporal, procederá a consignar la averiguación previa ante el Juez competente, si el probable responsable aún no ha sido detenido, el órgano investigador se verá obligado a solicitar al Juez una orden de aprehensión o comparecencia.

Jurídicamente consideramos que no existe diferencia en cuanto a funciones entre unidad de investigación con detenido y sin detenido, ya que ambas pueden practicar las mismas diligencias y realizar iguales funciones, recibir denuncias o querellas orales o por escrito, tomar toda clase de declaraciones, practicar inspecciones, solicitar auxilio de la policía judicial y de los servicios periciales, recabar cualquier prueba permitida por la ley, ejercitar la acción penal, etc.

Las distinciones que pudiese haber son nacidas de la costumbre y de las disposiciones internas que dicte el procurador.

En la práctica encontramos que generalmente las unidades de investigación sin detenido atienden averiguaciones previas sin detenido y continúan con la integración de las indagatorias iniciadas con detenido pero que no fueron determinadas por la unidad de Investigación con detenido en el término de ley, pero nada impide que puedan tramitar asuntos con detenido, también las más de las veces las denuncias o querellas orales son formuladas en la unidad de investigación con detenido, las escritas se presentan en oficialía de partes y son iniciadas las averiguaciones previas correspondientes en la unidad de investigación con detenido, lo cual no es obstáculo para que en cualquier momento pueda presentarse la noticia del delito por escrito ante una unidad de investigación sin detenido, o bien oralmente ante estas unidades de investigación.

Se estima que la distinción más clara que puede encontrarse es de orden práctico y estriba en que la unidad de investigación con detenido, al recibir denuncias o querellas con detenido, integra y resuelve la averiguación en la propia unidad, en tanto que en las averiguaciones que se inician sin detenido, se concretan a recibir la noticia del delito, practicar las diligencias más inmediatas, urgentes o necesarias y envían a la unidad de investigación sin detenido donde se realizaran todas y cada una de las diligencias necesarias para esclarecer los hechos a estudio.

Las funciones y atribuciones de las unidades de investigación con o sin detenido, en todo caso se sujetarán a las

disposiciones que el Procurador General de Justicia emita al respecto.

Las unidades de investigación sin detenido se integran con un titular, Agente del Ministerio Público, Licenciado en Derecho, un Oficial Secretario, el número de estos pueden variar según las cargas de trabajo y las necesidades de servicio, pero invariablemente deberá haber en la unidad de investigación sin detenido un Agente del Ministerio Público o en su ausencia un Oficial Secretario que lo supla.

CAPÍTULO CUARTO
PROPOSICIÓN DE CONCEDER POR ESCRITO LA LIBERTAD EN
AVERIGUACIÓN PREVIA, EN CUMPLIMIENTO A LO PREVISTO
POR EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL.

IV.1 EL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL

Este numeral se sitúa en la parte dogmática de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En opinión del Doctor Ignacio Burgoa la protección que brinda al gobernado el artículo 16 constitucional difícilmente se descubre en algún sistema o régimen jurídico del extranjero como en México.⁶⁴

La parte dogmática de nuestra Constitución es donde están determinados, en forma no limitativa, los derechos humanos, o garantías individuales.

El término dogmática nos da a entender que se trata de valores incontrovertibles e insoslayables que una sociedad tan sólo reconoce, pues su creación es anterior a cualquier Constitución promulgada en nuestro país y por lo tanto connatural al hombre según se explica en la doctrina constitucional del siglo XIX.

Consecuentemente, la parte dogmática es una limitación a los órganos del Estado cuyos actos no deben transgredir los principios contenidos en esta parte.

⁶⁴ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las Garantías Individuales. 24^a. Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1992. Pág. 583.

Por ello, los destinatarios de las garantías individuales son los propios órganos del Estado, en tanto los beneficiarios son los individuos así como, por lo explicado, en nuestra Constitución de 1917 encontramos plena protección a ciertos grupos sociales como los campesinos y los trabajadores, en unas garantías denominadas sociales.

IV.2 GARANTÍAS QUE CONTIENE.

En este apartado analizaré las garantías contenidas por el numeral a examen en el presente trabajo de investigación.

El artículo 16 constitucional se sitúa en el rubro que se refiere a la garantía de seguridad jurídica, misma que se puede entender como el sistema de normas jurídicas que otorgan al individuo certidumbre a su esfera jurídica, que se instituye a fin de asegurar el respeto de la misma por los órganos del Estado, y en caso de que éstos afecten dicha esfera jurídica, deberán sujetarse a los procedimientos previstos por el propio ordenamiento jurídico establecido.

En principio a todo gobernado se le debe otorgar seguridad que todo acto de autoridad será debidamente fundado y motivado, en ello se resumen la seguridad jurídica.

La seguridad jurídica como una garantía que se confiere al sujeto titular de la misma, significa el aseguramiento constitucional dado al ámbito jurídico de toda persona, en la que han de sustentarse los actos de las autoridades estatales (unilaterales, imperativos o coercitivos) que afecten o traten de infligir dicho ámbito jurídico otorgado al gobernado, lo que

implica, por parte de aquéllas, respetar y dar certidumbre a los derechos conferidos a todo sujeto consagrados por la Ley Fundamental y por los ordenamientos legales que de ella deriven, a fin de que prevalezca el Estado de Derecho, en tanto se cumpla con el sistema jurídico constitucional que se encuentre en vigor.

Desde esta noción, en que se determina la seguridad jurídica de la persona como garantía individual, que implica la aplicación y el cumplimiento efectivo de la ley por la autoridad pública, así como los atributos y modalidades en pueden ejercer los derechos el sujeto titular de los mismos, a fin de que no sean ofendidos impunemente o arbitrariamente por los órganos estatales.”⁶⁵

De lo expuesto por el autor podemos deducir que la seguridad jurídica es un sistema de normas jurídicas que aseguran constitucionalmente que los actos de autoridad se llevan a cabo, cumpliendo y observando lo dispuesto en la ley, para preservar el estado de derecho. Por lo explicado, toda actividad del Estado que vulnere lo establecido por las garantías individuales y sociales en favor de los gobernados, puede ser tachada de inconstitucional. En efecto, el sentido de seguridad o protección de los valores fundamentales del gobernado en sociedad, se expresa en fórmulas jurídicas esenciales que el Estado y sus autoridades están obligados a observar estrictamente en su actividad, para que el acto de autoridad así emitido sea constitucionalmente válido. La seguridad jurídica como fin del

⁶⁵ OLIVOS CAMPOS, José René. *Las Garantías Individuales y Sociales*. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 2007. Pág. 125.

derecho, se identifica con la existencia de un ordenamiento jurídico eficaz, está ligada a un hecho de organización social, es la garantía que tiene un individuo de que su situación no será modificada sino por medio de procedimientos societarios y por consecuencias regulares, o en un sentido más general, como lo expresa Delos, citado por este autor, la seguridad es la garantía dada al individuo de que su persona, sus bienes y sus derechos no serán objeto de ataques violentos o que, si éstos llegan a producirse, le serán asegurados por la sociedad, protección y reparación.

En el Diccionario Jurídico Mexicano se precisa que:

“La palabra seguridad proviene de securitas, la cual deriva del adjetivo securus (de segura) que, en su sentido más general, significa estar libre de cuidados”.

“En sentido amplio, la palabra seguridad indica la situación de estar alguien seguro frente a un peligro. Una persona dentro de una casa puede sentirse segura respecto de las inclemencias del tiempo; un combatiente puede estar seguro en una trinchera respecto del peligro de un ataque del enemigo. Esto nos muestra que el concepto de seguridad varía según sea el tipo de peligro con el cual se relaciona. En la vida social, el hombre necesita, por una parte, tener la seguridad de que los demás respetarán sus bienes y, por otra, saber cómo ha de comportarse respecto de los bienes de los demás. Esta seguridad referente a las relaciones con los semejantes es la que puede denominarse seguridad jurídica.

El asegurar la existencia de ciertos comportamientos en la vida social es necesario para la subsistencia de la misma vida social, Para que exista paz hace falta que los miembros de la sociedad respeten los bienes y las vidas ajenas, y por eso es necesario que la sociedad asegure, conminando con la coacción pública, que dichos comportamientos habrán de llevarse a cabo. Recasens Siches estima que es tan importante la seguridad en la vida social que su consecución es el motivo principal (histórico o sociológico) del nacimiento del derecho.”⁶⁶

Se colige que el individuo debe tener certeza que sus bienes serán respetados por los demás y que él respetará los bienes de otros, en virtud de que la seguridad jurídica es connatural al origen de la norma jurídica.

Se sigue apuntando en la precitada obra que: “La seguridad jurídica es la certeza que tiene el individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares, establecidos previamente.

“La seguridad jurídica puede entenderse desde dos puntos de vista, uno objetivo y otro subjetivo. Desde el punto de vista subjetivo, la seguridad equivale a la certeza moral que tiene el individuo de que sus bienes le serán respetados, Pero esta convicción no se produce si de hecho no existen en la vida social las condiciones requeridas para tal efecto: la organización judicial, el cuerpo de policía, leyes apropiadas, etc. Desde el punto de vista objetivo, la seguridad equivale a la

⁶⁶ VOZ SEGURIDAD JURÍDICA. *Diccionario Jurídico Mexicano*. 9ª. Edición Tomo P-Z. Editorial Porrúa-UNAM. México Distrito Federal 1996. Pág. 2883.

existencia de un orden social justo y eficaz cuyo cumplimiento está asegurado por la coacción pública.

“La seguridad jurídica es uno de los fines principales del derecho. Para los autores emparentados con el idealismo kantiano, incluido Kelsen, que niegan la existencia de una ética material de bienes y fines, la seguridad viene a ser la característica esencial de lo jurídico. Donde existe una conducta cuyo cumplimiento ha sido asegurado por una sanción que impone el Estado, dicen, existe un deber jurídico, independientemente de cuál sea su contenido. Esta afirmación lleva a examinar la cuestión de las relaciones que existen entre la seguridad y la justicia.

“Es evidente que para que exista seguridad jurídica es necesaria la presencia de un orden que regule las conductas de los individuos en las sociedades y que ese orden se cumpla, que sea eficaz.

“Ahora bien, puede existir una ordenación de conductas, impuesta por los órganos establecidos, que se cumpla y contener, sin embargo, disposiciones contrarias evidentemente a la justicia, como la de que los gobernantes pueden en cualquier momento privar de sus propiedades a los individuos, o de que pueden castigarlos por delitos no tipificados previamente. ¿Cabe afirmar que tal ordenación produce seguridad?

“Lo que interesa a la sociedad asegurar es el cumplimiento de conductas que son valiosas para la vida social, o sea de conductas que implican la realización, parcial pero efectiva, del criterio de dar a cada quien lo suyo.

“Esto hace ver que el criterio racional de la justicia (o jurisprudencia) es necesario para que haya seguridad jurídica efectiva: gracias a ese criterio se disciernen, de manera objetiva, las conductas cuyo cumplimiento es necesario asegurar; si falta o falla ese criterio de justicia, se corre el riesgo de asegurar el cumplimiento de conductas cuya realización más bien infunde temor que paz.

La seguridad jurídica implica, por consiguiente no sólo que el orden social sea eficaz sino que también sea justo.”⁶⁷

Por su parte la Maestra Erika Bardales Lazcano en su obra *Guía para el Estudio del Sistema Acusatorio en México*, determina que el artículo 16 constitucional es uno de los preceptos que otorgan mayor protección al gobernado toda vez que versa en el sentido de la garantía de seguridad jurídica.⁶⁸

El Doctor Ignacio Burgoa Orihuela manifiesta que el Principio de Legalidad establece y determina que todo acto de los órganos del Estado, debe encontrarse fundado y motivado por el derecho en vigor, tal principio demanda la sujeción de todos los órganos estatales al derecho, entendiéndose esto en virtud de que todo acto o procedimiento jurídico llevado a cabo por las autoridades estatales debe tener su apoyo estricto en una norma legal, la que a su vez debe estar conforme a las disposiciones de fondo y forma consignadas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en ese sentido el

⁶⁷ Ibidem. Págs. 2884 y 2885.

⁶⁸ BARDALES LAZCANO, Erika. *Guía para el Estudio del Sistema Acusatorio en México*. Editorial MaGíster. México Distrito Federal 2010. Pág. 50.

principio de legalidad constituye la primordial exigencia de todo estado de derecho en sentido técnico.⁶⁹

Continúa el autor explicando que el Principio de Legalidad se encuentra consagrado como Derecho fundamental en el orden jurídico mexicano, en los artículos 103 y 107 de nuestra máxima ley; sus antecedentes inmediatos provienen de la Constitución de 1857, la cual se inspiró en la institución del debido proceso legal, contemplada por la enmienda V y, posteriormente la XIV, sec. 1, de la Constitución de los Estados Unidos de Norte América, con cierta influencia también de la antigua audiencia judicial hispánica⁷⁰.

El primer párrafo del artículo 16 constitucional prevé lo siguiente:

“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...”

Como se puede observar, en tanto que el artículo 14 constitucional regula los requisitos generales que deben satisfacer las sanciones o actos de privación, el artículo 16 establece las características, condiciones, y requisitos que deben tener los actos de autoridad, mismos que deben seguir los procedimientos encaminados a imponer aquellas; los cuales siempre deben estar previstos por una norma legal en sentido

⁶⁹ BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *Las garantías individuales*. 30ª. Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1998. Págs. 166 y 167.

⁷⁰ Ibidem. Pág. 169.

material, proporcionando así la protección al orden jurídico total, lo cual trae consigo la conservación del estado de derecho.

De acuerdo al principio de legalidad previsto en el artículo 16 constitucional, es posible establecer los siguientes derechos referentes a la seguridad jurídica:

1.- El órgano estatal del que provenga un acto que se traduzca en una molestia debe encontrarse investido con facultades expresamente consignadas en una norma legal para emitirlo.

2.- El acto o procedimiento por el cual se infiere una molestia debe estar previsto, en cuanto a su sentido o alcance, por una norma legal; del cual deriva el principio de que los órganos o autoridades estatales sólo pueden hacer aquello que expresamente le permita la ley.

3.- El acto que infiere la molestia debe derivar o estar ordenado en un mandamiento escrito.

4.- El mandamiento escrito en que se ordena que se infiera una molestia debe expresar los preceptos legales en que se fundamenta y las causas legales que la motivan.⁷¹

Es pertinente resaltar como aspecto del principio de Legalidad y del Estado de derecho, la facultad o derecho que tiene todo ciudadano a exigir la exacta aplicación de la ley,

⁷¹ FIX-ZAMUDIO, Héctor. *Ensayos Sobre el Derecho de Amparo*. 2ª. Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1999. Págs. 110 y 111.

previsto por los párrafos tercero y cuarto del referido artículo 14 constitucional.

El tercer párrafo del mencionado numeral, establece el conocido principio *nullum crimen, nulla poena, sine lege*, al prohibir que se imponga por simple analogía, y aún por mayoría de razón pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito que se trata.

El cuarto y último párrafo del aludido artículo, prescribe que en los juicios civiles, la sentencia definitiva debe ser conforme a la letra de la ley o atendiendo a la interpretación jurídica de la misma, y, en caso de que no haya una norma penal aplicable, debe fundarse en los principios generales del Derecho.

Evidentemente ya estamos en aptitud de determinar que la base constitucional de lo que conocemos como el Estado de Derecho, la encontramos en los artículos 14 y 16 constitucionales, los cuales sirven de base para una serie de resoluciones, sin importar la naturaleza jurídica de los procedimientos, basta recordar que cuando el agente del Ministerio Público lleva a cabo el ejercicio de la acción penal, señala, entre otros fundamentos, que se han satisfecho los extremos de los numerales en comento; a mayor abundamiento, cuando se interpone el amparo, se establecen como artículos base de dicho juicio, el 103 y 107 de nuestra máxima ley, sin embargo en el contenido del escrito inicial del juicio de garantías siempre se hace referencia a los ya mencionados artículos 14 y 16 del referido ordenamiento jurídico.

En consecuencia, el estado de derecho se puede definir como la situación que vive un país, cuando en él se respetan en esencia las normas jurídicas que han sido creadas para que los hombres que habitan un territorio determinado, se desarrollen en un clima de seguridad jurídica, porque se respeta la legalidad que genera la observancia de los numerales referidos por nuestra constitución política.

IV.3 REFERENCIA A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES.

El Doctor Ignacio Burgoa Orihuela, apunta que la palabra 'garantía' proviene del término anglosajón warranty o warantie, que significa la acción de asegurar, proteger, defender o salvaguardar (to warrant), por lo que tiene una connotación muy amplia. Garantía equivale, pues, en su sentido lato, a 'aseguramiento' o 'afianzamiento', pudiendo denotar también 'protección' 'respaldo', 'defensa', 'salvaguardia' o 'apoyo'. Jurídicamente, el vocablo y el concepto 'garantía' se originaron en el derecho privado, teniendo en él las acepciones apuntadas⁷².

En la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, existen dos vías para la tutela de los derechos constitucionales (denominadas "garantías individuales"). Por un lado, la vía jurisdiccional, a través de un Juicio de amparo ante un Juez de Distrito, Tribunal Colegiado o ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación del Poder Judicial de la Federación; y por el otro, la vía no jurisdiccional, mediante una queja ante la

⁷² BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *Diccionario de Derecho Constitucional y Amparo*. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1999. Págs. 181 a 184.

Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) o ante alguna de las comisiones locales estatales.

En el Diccionario Jurídico Mexicano se lee que en un estricto sentido técnico-jurídico, se entiende por garantía constitucional el conjunto de instrumentos procesales, establecidos por la norma fundamental, con objeto de restablecer el orden constitucional cuando el mismo sea transgredido por un órgano de autoridad política.⁷³

El constitucionalista Jorge Carpizo señala que son garantías constitucionales las facultades otorgadas al Senado por las fracciones V y VI del artículo 76 constitucional relativo a la desaparición de poderes en un Estado y a las controversias políticas que surjan entre los poderes de una entidad federativa, cuando alguno de ellos lo plantee o se hubiere interrumpido el orden constitucional, para lo cual, en ambos casos, el senado de la república resuelve la controversia.⁷⁴

El autor Luis Bazdresch menciona que el Diccionario de la Real Academia Española define así el vocablo garantía: acción o efecto de afianzar lo estipulado.

El empleo del sinónimo de afianzar hace confusa u oscura la definición, pero sí resalta que la noción de garantía implica un acto principal, o sea, lo estipulado, y un acto accesorio, es decir, el afianzamiento del acto principal, implícitamente con el propósito de que sea cumplido.

⁷³ VOZ GARANTÍAS CONSTITUCIONALES. *Diccionario Jurídico Mexicano*. 9ª. Edición Tomo D-H. Editorial Porrúa-UNAM. México Distrito Federal 1996. Pág. 1512.

⁷⁴ CARPIZO, Jorge. *Estudios Constitucionales*. Editorial UNAM. México Distrito Federal 1980. Pág. 40.

En lenguaje vulgar usual, garantía es todo aquello que se entrega o se promete, para asegurar el cumplimiento de una oferta, que puede ser lisa y llana o supeditada a la satisfacción de algún requisito.

Esa connotación expresa también el carácter accesorio de la garantía respecto de un acto principal e incluye los dos aspectos de la garantía, uno en interés de quien ofrece, y otro en interés de quien acepta.

En el ámbito jurídico existe primero la noción de la garantía en el derecho privado, que es el pacto accesorio mediante el cual se asigna determinada cosa al cumplimiento de alguna obligación, como la prenda, que pone en manos de acreedor una cosa, para que se pague con su precio la cantidad que el deudor no pagó oportunamente; la hipoteca, que afecta un inmueble al cumplimiento de una deuda, y el fideicomiso que, con igual finalidad que la hipoteca, pasa la titularidad del inmueble a un tercero, encargado de realizar la efectividad del compromiso; existe también en el derecho privado la garantía de fianza, por la cual un tercero se obliga directamente con un acreedor a pagar por su deudor, si éste no lo hace.

En derecho público la noción de la garantía es totalmente diferente de las anteriores, y comprende básicamente una relación subjetiva, pero directa, entre la autoridad y la persona, no entre persona y persona.

Esa relación se origina, por un lado, en la facultad soberana de imponer el orden y regir la actividad social y, por el

otro, en la necesidad de que las personas no sean atropelladas en sus derechos humanos por la actuación de la autoridad.⁷⁵

Para Julio César Contreras Castellanos gramaticalmente, esta expresión constitucional tiene la significación no tan contundente en el sentido único que esperamos, pues se dice que esta palabra proviene de una locución anglosajona *warranty* o *warantie*, pero también se afirma que es una derivación del término garante que proviene del francés *garant*, y éste quizá del franco *werend*; cfr. a. al. *ant. werent*, al. *gewahren*, otorgar, que significa el efecto de afianzar lo estipulado; fianza, prenda; cosa que asegura y protege contra algún riesgo o necesidad; seguridad o certeza que se tiene sobre algo; documento que garantiza este compromiso, así como en su acepción constitucional se le ubica como "derechos que la constitución de un Estado reconoce a todos los ciudadanos."⁷⁶

El autor Saúl Lara Espinoza precisa que para tener una idea básica o primaria de las garantías individuales, es necesario tomar en cuenta, primero, su concepto gramatical, luego, lo que los principales exponentes de la doctrina constitucional mexicana nos enseñan sobre el particular; y, con esas bases, establecer nuestra propuesta conceptual.⁷⁷

Juventino V. Castro al aludir a este concepto, lo hace con el término de "garantías constitucionales", señalándonos que

⁷⁵ BAZDRESCH, Luis. *Garantías Individuales*. 6ª. Edición. Editorial Trillas. México Distrito Federal 2008. Págs. 11 y 12.

⁷⁶ CONTRERAS CASTELLANOS, Julio César. *Las garantías individuales en México*. Editorial Porrúa-UNAM. México Distrito Federal 2006. Págs. 21 y 22.

⁷⁷ LARA ESPINOZA, Saúl. *Las garantías constitucionales en materia penal*. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1999. Págs. 9 y 10.

"son también mencionadas como garantías individuales, derechos del hombre, derechos fundamentales, derechos públicos subjetivos o derechos del gobernado."⁷⁸

Por su calidad de seres dotados de razón, los hombres son dignos de respeto para sus personas y para sus actividades honestas, que sean adecuadas para la satisfacción de sus necesidades naturales y la realización de su destino, por tanto, tienen derechos inmanentes a la vida, a la libertad, a la igualdad, a la propiedad, a la actividad, a la traslación, etc., que son los derechos básicos indispensables para el desenvolvimiento o desarrollo, la prosperidad y la felicidad de los humanos dentro del ambiente en que les toque vivir, pero esos derechos alcanzan protección contra los abusos o los errores de las autoridades gubernativas únicamente cuando las instituciones políticas y el sistema legal establecido los tienen reconocidos y garantizados.

Héctor Fix-Zamudio, define las garantías individuales, como:

"Los medios jurídicos, predominantemente de carácter procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando él mismo ha sido desconocido o violado por los órganos del poder. Los medios jurídicos de hacer efectivos los mandatos constitucionales."⁷⁹

⁷⁸ CASTRO, Juventino V. *Garantías y Amparo*. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 2000. Pág. 3.

⁷⁹ FIX-ZAMUDIO, Héctor. *La Constitución y su defensa*. UNAM. México Distrito Federal 1984. Pág. 17.

Víctor M. Martínez Bullé-Goyri, conceptúa que: "las garantías individuales son aquellas destinadas a proteger los derechos fundamentales, que por supuesto tienen el carácter de constitucional en tanto son parte integrante del texto de la Constitución."⁸⁰

En el Diccionario Jurídico Mexicano se menciona que la declaración mexicana de derechos humanos está contenida en dos partes: la de garantías individuales y la de garantías sociales.

La constitución comienza con la declaración de garantías individuales, y así se intitula el capítulo I del título primero. Se puede decir que esta es la parte axiológica de la ley fundamental y la causa base de toda la organización política. Algunos autores consideran que el artículo 1 de la constitución asienta la tesis positivista respecto a los derechos humanos. Sostengo que la tesis que se encuentra en el artículo primero es la misma que se halla en todo el constitucionalismo mexicano: el hombre es persona jurídica por el hecho de existir, y como persona tiene una serie de derechos.⁸¹

IV.4 EL PÁRRAFO SÉPTIMO DEL ARTÍCULO 16 CONSTITUCIONAL.

En el Artículo 16 Constitucional se dispone:

⁸⁰ MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, Víctor M. *Las garantías individuales en la Constitución de 1917*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México Distrito Federal 1992. Pág. 3.

⁸¹ VOZ GARANTÍAS INDIVIDUALES. *Diccionario Jurídico Mexicano*. 9ª. Edición Tomo D-H. Editorial Porrúa-UNAM. México Distrito Federal 1996. Pág. 1516.

"... Ningún indiciado podrá ser retenido por el Ministerio Público por más de cuarenta y ocho horas, **plazo en que deberá ordenarse su libertad o ponerse 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..."

Podemos señalar que cuando una persona comete un delito, puede ser detenido por cualquier y entregarlo a la Policía, a efecto de que sea remitido a la autoridad administrativa, en este caso al órgano investigador, es decir al Agente del Ministerio Público, quien dicta su acuerdo de retención, de ahí este término en el numeral aludido.

Todo indiciado es retenido porque ha cometido un delito, por ello considero prudente ofrecer los siguientes conceptos:

Al respecto Ignacio Villalobos dice que una verdadera definición debe ser una fórmula simple y concisa, que lleve consigo lo material y lo formal del Delito y permita un desarrollo conceptual por el estudio analítico de cada uno de sus elementos.⁸²

Según el autor en examen para entender qué es delito, se deben analizar los elementos que lo integran.

⁸² Cfr. VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. 5ª. Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1990. Pág. 56

Fernando Castellanos Tena apunta que la palabra delito deriva del latín *delinquere*, significa abandonar, apartarse del buen camino, alejarse del sendero señalado por la ley.⁸³

De acuerdo con el concepto anterior, todo aquel que comete un delito, se aparta del buen camino, es decir se aleja del Derecho, efectuando conductas que afectan a la colectividad.

Para Joseph Ortolán, el delito es un hecho complejo: descomponiéndole por el análisis, y colocándole según la sucesión de los acontecimientos y el encadenamiento natural de las ideas, que le componen y las consecuencias que de ellas se derivan, se ve que el orden metódico para tratar de él es éste:

- 1º. Del agente ó motivo activo del delito (qui facit).
- 2º. Del paciente ó motivo pasivo del delito (qui passus est).
- 3º. Del delito, producto, en cierto modo, de esos dos factores.
- 4º. De las reparaciones y de las penas, consecuencias jurídicas del delito.⁸⁴

El autor precisa que en la comisión de un delito, existe un sujeto activo y un sujeto pasivo del mismo, dándose lugar a la imposición de una pena, con motivo de haber actuado contra lo que tutela el Derecho Penal.

⁸³ Cfr. CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 45ª. Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 2004. Pág. 125.

⁸⁴ Cfr. ORTOLÁN, Joseph Louis Elzéar. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Traducción de Melquiades Pérez Rivas. Librería de Leocadio López. Madrid España. 1878. Pág. 27.

Constancio Bernaldo de Quirós y Pérez, dice que delito es el hecho que determina la penalidad, la definición del mismo es el más importante de los temas que componen el conjunto del Derecho Penal.

En opinión del autor, se debe mostrar al delito como un ente jurídico, y las definiciones jurídicas, han de tener carácter formal en que los planos, las aristas y los vértices estén perfectamente definidos.⁸⁵

Luis Jiménez de Asúa, precisa:

“Yo defino al delito así: acto típico, antijurídico, imputable, culpable, sancionado con una pena adecuada y conforme a las condiciones objetivas de punibilidad.”⁸⁶

Eugenio Cuello Calón en referencia al concepto de delito, señala que la escuela positiva para definir el delito, ha seguido otro camino formulando el concepto del *delito natural*. Garófalo partiendo de la indagación de los sentimientos que integran el sentido moral de las agrupaciones humanas, el delito está constituido por la violación, mediante acciones socialmente nocivas, de los sentimientos altruistas fundamentales de piedad y de probidad, en la medida media en que son poseídos por una comunidad, en aquella medida indispensable para la adaptación del individuo a la sociedad.⁸⁷

⁸⁵ Cfr. BERNALDO DE QUIRÓS Y PÉREZ, Constancio. Derecho Penal. Editorial José M. Cajica Jr. Puebla, Pue, México 1949. Pág. 65.

⁸⁶ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. La Teoría Jurídica del Delito. Universidad Nacional del Litoral. Santa Fe Argentina 1958. Págs. 19 y 20.

⁸⁷ Cfr. CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. 9ª. Edición. Editora Nacional México Distrito Federal 1951. Págs. 254 y 255.

Estoy de acuerdo con lo expresado por Cuello Calón, en virtud de que si existe un Derecho Natural, por lógica en el mismo, se puede ubicar en el mismo al delito natural, en el entendido de que el delito natural a mediano plazo, se convertirá en un ente jurídico.

Javier Jiménez Martínez indica que el delito se condensa lo que se entiende globalmente por digno de represión, o por merecedor de pena.⁸⁸

En el artículo 7º del Código Penal para el Distrito Federal de 1931, se definió el delito en estos términos:

“Delito es el acto u omisión que sancionan las leyes penales”.

En mi concepto, por delito se debe entender la conducta humana voluntaria, positiva o negativa, típica, antijurídica la cual una vez que se presenta, la misma es merecedora de una sanción.

IV.4.1 HIPÓTESIS.

Para efecto de hacer más clara mi propuesta en el presente trabajo de investigación, citaré la hipótesis en la cual se pudiera observar la esencia del presente trabajo de investigación:

Están tres amigos tomando café y uno de ellos le dice a la mesera que los está atendiendo: “Mi Reyna me puede traer un café”, posteriormente le vuelve a decir el mismo sujeto a

⁸⁸ Cfr. JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. La Estructura del Delito en el Derecho Penal Mexicano. Ángel Editor. México Distrito Federal 2004. Págs. 39 y 40.

la misma mesera “Mi amor me trae un pastel” y al concluir su estancia le pregunta “Chula me puedes traer la cuenta”.

La mesera del restaurante le dice a su jefe inmediato que la está acosando sexualmente, sale del establecimiento y al primer policía que se encuentra le explica que está siendo víctima de acoso sexual, el policía detiene al sujeto, aplicando el artículo 5º fracción V del Reglamento de Policía y como el numeral indica lo remite a la agencia del ministerio público, en éste recinto se efectúan todas las actividades tendientes a esclarecer los hechos, el sujeto estaba acompañado de otras dos personas a quienes ofrece como testigos en la indagatoria, estos al rendir su testimonio desvirtúan el hecho que se imputa al supuesto acosador y obtiene éste su libertad 46 horas después de que fue presentado ante el órgano investigador y este únicamente da la orden a la policía judicial para que cese la retención efectuando el trámite interno correspondiente sin otorgar documento alguno en el cual conste que estuvo sujeto a una investigación de tal a tal día, precisando la hora en que fue presentado y determinando la hora en que obtuvo su libertad. Sin lugar a dudas el sujeto que obtiene la libertad tenía compromiso que cumplir de muy variada índole y difícilmente le creerá que estuvo sujeto a investigación si no acredita con el documento respectivo. En el asunto hipótesis radica la trascendencia de mi propuesta consistente en que en aras del respeto de la garantía de seguridad jurídica se le notifique al individuo que obtuvo su libertad.

En el artículo 16 constitucional se previenen dos situaciones respecto a una persona que está retenida por el Agente del Ministerio Público:

1.- Deberá ordenarse su libertad

2.- Ponérsele a disposición de la autoridad judicial.

Observemos que en principio se prevé la libertad como primera hipótesis.

IV.4.1.1 LIBERTAD.

A esta se llega cuando se demuestra en las investigaciones que el indiciado no participó en los hechos motivo de la averiguación previa.

La libertad en la indagatoria se debe otorgar una vez que durante la actividad investigadora el Ministerio Público concluye que no ha lugar a ejercitar la acción penal.

IV.4.1.2 EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL.

El ejercicio de la acción penal se efectúa, cuando una vez realizadas todas las diligencias pertinentes, se integra el cuerpo del delito y probable responsabilidad, y se realiza la consignación.

La acción penal es la que ejercita el Ministerio Público ante el juez competente para que se inicie el proceso penal y se resuelva sobre la responsabilidad del inculpado, y en su caso se aplique la pena o la medida de seguridad que corresponda.

Igualmente se concibe como la atribución constitucional exclusiva del Ministerio Público por la cual pide al órgano jurisdiccional competente aplique la ley a un caso concreto.

El proceso sólo puede darse si existe un impulso que lo provoque: la acción penal.

La acción penal está vinculada al proceso; en términos generales, es la fuerza que lo genera y lo hace avanzar hasta alcanzar la meta deseada.

En el campo doctrinario, el concepto de acción aun sigue discutiéndose; empero, hay quienes lo consideran como un derecho, como un medio y como un poder jurídico.

En las antiguas instituciones romanas, la acción fue considerada como: "el derecho a perseguir en juicio aquello que se nos debe"; punto de vista fundamentado en que, tanto el proceso civil como el penal estaban identificados; integraban una sola disciplina correspondiente al derecho material; tiempo después, ya no fue considerado como un derecho en sí, distinto del derecho material, sino como el derecho material mismo, en el orden subjetivo.⁸⁹

Si bien dicho vocablo posee varias acepciones jurídicas, la más importante y que le otorga un 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 decida los litigios de intereses jurídicos.

⁸⁹ COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Op. Cit. Pág. 303.

La acción procesal tiene orígenes remotos. La acción penal: es pública, surge al nacer el delito; su ejercicio está encomendado al Estado por conducto de uno de sus sub órganos, el Procurador de Justicia y los agentes del Ministerio Público, y tiene por objeto definir la pretensión punitiva estatal ya sea absolviendo al inocente o imponiendo al culpable, una pena.

La acción penal es la que inicia todo el movimiento del aparato punitivo, el procedimiento es, en sentido estricto, conjunto de actos cumplidos para lograr una solución judicial. Ejemplo de lo explicado sería pedir la nulidad del procedimiento seguido en un juicio, promover un incidente de procedimiento, plantear un procedimiento dilatorio.

El procedimiento penal se constituye por las diversas etapas en las cuales puede dividirse el proceso penal, comprendiendo los trámites previos o preparatorios.

Los procedimientos que integran el proceso de carácter penal pueden entenderse en un doble sentido, en el propio de las distintas etapas que lo integran, o los que configuran los aspectos paralelos, como son los relativos a los enjuiciamientos castrenses, de los funcionarios públicos y el de los menores.

La averiguación previa con detenido se inicia y concluye en la Agencia del Ministerio Público y se debe integrar dentro del término de cuarenta y ocho horas.

En el artículo 16 constitucional, párrafo cuarto se determina que:

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

Evidentemente de acuerdo a lo que previene el párrafo referido cualquier persona puede detener a otra cuando según su óptica ha cometido un delito, dando en consecuencia aviso a la autoridad competente, en este caso al policía para que lo detenga y lo remita a la agencia del Ministerio Público, quien durante cuarenta y ocho horas llevará a cabo las diligencias pertinentes del caso, recordando que cada tipo penal requiere diligencias específicas, para establecer si el indiciado participó o no en los hechos que se le imputan.

En la redacción del numeral está previsto que se ordene su libertad en primer término, cuando se demuestre que el indiciado no cometió o no participó en la comisión del delito que se le imputa, sin embargo la realidad es que generalmente una vez retenido el individuo, es consignado; sin embargo -reitero- si se diera el caso de que se demostró que el detenido no participó en los hechos que se le imputan, debe ordenarse su libertad y ésta no le es otorgada con la misma formalidad que es consignado; **es decir se le consigna por escrito y se le concede su libertad de manera oral.**

La forma tan poco seria con la que se maneja la libertad del indiciado dentro del término de cuarenta y ocho horas, no es congruente con la tan publicitada reforma penal, en virtud de que curiosamente desde el punto de vista teórico la libertad se ubica en primer término, sin que se le dé la formalidad

necesaria, que por mi parte dando por escrito la libertad en averiguación previa, se cumpliría.

Sin lugar a dudas, la libertad es uno de los dones más preciados del gobernado y prueba de ello es el hecho de que en el numeral objeto de estudio en el presente trabajo terminal, está previsto se ordene su libertad, la cual como ya lo señalé líneas anteriores, le es otorgada al gobernado, obviamente mediante un acuerdo interno, que queda integrado en la indagatoria, ***empero no se le otorga ningún documento a quien estuvo privado de su libertad por estar sujeto a una investigación ministerial.***

El objetivo del presente trabajo es proponer que cuando se otorgue la libertad a un gobernado sujeto a investigación se haga por escrito y se le entregue al momento de abandonar la agencia del Ministerio Público el documento respectivo.

Lo planteado es en base a la necesidad de equilibrio en los derechos del ciudadano y en el caso que nos ocupa, **SE PROPONE, REITERO, QUE AL ORDENARSE LA LIBERTAD DEL CIUDADANO EN AVERIGUACIÓN PREVIA, ÉSTA SEA POR ESCRITO EN CUMPLIMIENTO AL ACUERDO DE LIBERTAD DEBIDAMENTE FUNDADO Y MOTIVADO.**

La razón de ser de mi propuesta estriba en el hecho de observar que en materia de proceso penal, sea en resolución de término constitucional o en sentencia, cuando absuelven al indiciado, **LE ENTREGAN UN DOCUMENTO DONDE CONSTA LA LIBERTAD (EN LA LLAMADA BOLETA)**, en tanto que en Averiguación Previa de manera verbal, informal y poco seria

el órgano investigador le informa al detenido que ha quedado libre.

En el presente trabajo de investigación, se precisa que en materia de averiguación previa, la concesión de la libertad se maneja de manera sui generis, en virtud de que casi al vencer las cuarenta y ocho horas de plazo, al ciudadano se le informa que está libre, sin que para tal efecto se le extienda el documento respectivo y por lo general la resolución de libertad carece de fundamentación y motivación, presupuesto esencial que consagran los artículos 14 y 16 constitucionales y en la mayoría de las veces la persona privada de su libertad desconoce el motivo del por qué se decretó su libertad.

CONCLUSIONES.

PRIMERA.- La averiguación previa es la primera etapa del procedimiento penal desarrollada por el Ministerio Público, durante la cual practica las diligencias legalmente necesarias para comprobar la existencia de los delitos y la responsabilidad de quienes en ellos participan, a fin de proceder al ejercicio de la acción penal correspondiente ante los tribunales competentes. El órgano investigador realiza las diligencias que tienden a la preparación del ejercicio de la acción penal y a su desarrollo en el proceso.

SEGUNDA.- La actividad investigadora es una función de mucho interés que corresponde al Ministerio Público y a la policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando de aquél y que tiene por objeto investigar los delitos, reunir las pruebas y descubrir a los participantes, así como el grado de intervención que tuvieron en el delito.

TERCERA.- La investigación previa antecede al ejercicio de la acción penal y su producto es el fundamento en que el Ministerio Público se apoya para solicitar la apertura del proceso. El procedimiento penal es de orden público y el titular de la acción debe siempre obrar de buena fe.

CUARTA.- La actuación del Ministerio Público en la promovilidad de la acción, debe estar regida por criterios legales. No podrá reclamar la apertura del proceso, si para el ejercicio de la acción, los presupuestos no se encuentran satisfechos.

QUINTA.- La actividad investigadora está constituida por el conjunto de facultades legales ejercidas por el Estado, a través de sus órganos, que tiene por objeto el rápido y expedito ejercicio del Derecho; es el medio que prepara y lleva a su término el ejercicio de la acción penal. Se desarrolla antes y dentro del proceso; el conjunto de facultades legales de que se compone, se deja en manos del Ministerio Público y de la policía judicial.

SEXTA.- La función persecutoria, en manos del Ministerio Público, se inicia con el período de averiguación previa; prosigue y se desarrolla en el segundo período del procedimiento que es el de preparación del proceso y termina al iniciarse el juicio como una fase del tercer período del proceso.

SÉPTIMA.- La averiguación previa es la primera etapa del proceso penal mexicano; inicia con la presentación de la denuncia o querrela, y constituye primordialmente las diversas actuaciones que lleva a cabo el Ministerio Público. Al actuar como policía judicial, al investigar el ilícito y al recolectar las pruebas y los demás elementos que permitan reconocer a los responsables.

OCTAVA.- Las diligencias que se realicen en este periodo tendrán importante valor probatorio cuando el asunto pase a ser competencia del juzgado. Durante este periodo, el Ministerio Público deberá determinar si se satisfacen los requisitos mínimos e indispensables para que el asunto pueda ser consignado ante el juez competente; por ello, es una etapa preliminar en la cual se preparará el ejercicio de la acción penal.

NOVENA.- En la averiguación previa se deberá tratar de confirmar la existencia del tipo delictivo y la probable responsabilidad de su autor, se tendrá también que brindar ayuda a los damnificados, aplicar medidas cautelares convenientes, dictar órdenes de inhumación de cadáveres, entre otras.

DÉCIMA.- Para comprender la naturaleza jurídica de la averiguación previa, se hace necesario analizar, primero sus metas esenciales y teleologías como figura del derecho procesal penal y, segundo, por separado igualmente sus segmentos principales; es decir, se requiere un estudio doctrinario e integral de su concepto, englobante de un capítulo o rama de la ciencia del derecho procesal penal y además, por otra parte, de un examen sobre las normas adjetivas y actos concretos con los cuales se forma y desdobra su procedimiento.

DÉCIMO PRIMERA.- Consecuentemente para saber qué es la averiguación previa, se debe acudir a desentrañar su naturaleza jurídica como ser ideal de la rama procesal penal.

DÉCIMO SEGUNDA.- Para conocer como es su desarrollo y tramitación, se le debe observar en sus partes, escindirlo en sus actos, con objeto de ver de cerca sus componentes como procedimiento, con esto advertiremos que la averiguación previa, no obstante ser una unidad conceptual del derecho procesal penal, sirviendo a legitimar al representante social en la investigación del delito y en el legal ejercicio de la acción penal, en sí misma es una suma de actos y relaciones jurídicas constitutivas de un procedimiento o especial, en el cual se

sintetiza la facultad de procuración de justicia del Estado y la función investigatoria del delito a cargo del Ministerio Público.

DÉCIMO TERCERA.- De esta manera la averiguación previa, como figura doctrinaria, es parte de la ciencia procesal penal; como objeto de esa actividad, es un procedimiento, un conjunto de los ordenamientos procesales objetivos. Por lo mismo, a la averiguación previa se le debe estudiar desde ese doble criterio de ciencia y de ordenamiento adjetivo.

DÉCIMO CUARTA.- Debe el Ministerio Público iniciar su función investigadora partiendo de un hecho que razonablemente puede presumirse delictivo, pues de no ser así, sustentaría la averiguación previa en una base endeble, frágil, que podría tener graves consecuencias en el ámbito de las garantías individuales jurídicamente tuteladas.

DÉCIMO QUINTA.- La función investigadora del Ministerio Público tiene su fundamento en el artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, debe atender a lo preceptuado en el artículo 16 del mismo ordenamiento. Existen determinadas actividades que el agente investigador del Ministerio Público realiza normalmente en múltiples actas levantadas por diversos probables delitos, independientemente del ilícito de que se trate.

DÉCIMO SEXTA.- Se puede establecer que el procedimiento penal, contemplado en su estructura externa, está constituido por un conjunto de actuaciones sucesivamente interrumpidas y reguladas por las normas del Derecho Procesal Penal, que se inicia desde que la autoridad tiene conocimiento de que se ha

cometido un delito y procede a investigarlo y termina con el fallo que pronuncia el tribunal.

DÉCIMO SÉPTIMA.- El procedimiento penal comprende una sucesión de actos vinculados entre sí que tienden hacia el esclarecimiento de los hechos. En su desarrollo, vemos una acentuada actividad procesal en que unos actos son antecedentes de otros.

DÉCIMO OCTAVA.- Las personas que intervienen crean, con su actuación, derechos y obligaciones de carácter formal. El inculpado tiene derecho a que se le reciban las pruebas que ofrezca para su defensa y el Juez está obligado a recibirlas; el Ministerio Público está obligado a proseguir el ejercicio de la acción penal una vez deducida o a pedir al juez el sobreseimiento, cuando exista una causa legal. El defensor está obligado a prestar asistencia técnica al inculpado, tan luego como entre al desempeño de su cargo y a asistir a las audiencias y demás diligencias. El ofendido tiene derecho a proporcionar al Ministerio Público o al Juez en su caso, por sí o por medio de apoderado, todos los datos que sirvan para comprobar la procedencia y monto de la reparación del daño y perjuicio. Los testigos y peritos tienen la obligación, sancionada penalmente, de comparecer ante el tribunal al ser requeridos y de rendir su testimonio o dictamen.

DÉCIMO NOVENA.- Las normas del procedimiento penal deben estar acordes con los principios sustentados por el Derecho Constitucional de un pueblo. Si la constitución política es una de las fuentes del procedimiento, debe existir una completa armonía con las disposiciones contenidas en las leyes

procesales. Si no existe esta identidad, las leyes procesales resultarían violatorias de los preceptos de la constitución que son de estricto cumplimiento, a pesar de las disposiciones contenidas en contrario en otros cuerpos de leyes.

VIGÉSIMA.- El Estado, para mantener la armonía social establece en primer lugar, de manera abstracta, definidora o enunciativa, qué actos son delitos y cuáles son las sanciones correspondientes y, en segundo lugar, hace vivir, en los casos concretos que presenta la vida, las abstracciones citadas, es decir, a la existencia de un delito le anexa la sanción correspondiente.

VIGÉSIMO PRIMERA.- La actividad que constituye el procedimiento penal, no se lleva a cabo de manera caprichosa y amorfa, porque ello representaría el peligro de actuar con despotismo y, por tanto, destruir lo que se trata de garantizar: La citada armonía de la sociedad. Para evitar el despotismo y la confusión, se reglamenta la actividad del Estado con un conjunto de normas que integran el derecho de procedimientos penales. Reuniendo todos los datos a que hemos hecho referencia, podemos definir el procedimiento penal como el conjunto de actividades reglamentadas por preceptos previamente establecidos, que tienen por objeto determinar qué hechos pueden ser calificados como delitos para, en su caso, aplicar la sanción correspondiente.

VIGÉSIMO SEGUNDA.- La libertad otorgada en Averiguación Previa con detenido, está tratada con un absoluto irrespeto a la garantía de seguridad jurídica, en virtud de que se concede de palabra, violando además un principio jurídico básico

consistente en la fundamentación y motivación en toda resolución de carácter oficial.

VIGÉSIMO TERCERA.- Las diligencias efectuadas en la Averiguación Previa son tendientes a integrar el denominado cuerpo del delito y demostrar la participación en los hechos delictivos del retenido, por esa razón a la libertad en la fase instructora se le observa de soslayo.

VIGÉSIMO CUARTA.- El acudir ante el Agente del Ministerio Público a formular una denuncia, es un derecho y obligación del ciudadano, sin embargo su presencia ante el órgano investigador no debe ser garantía de que “su Averiguación Previa será consignada” en virtud de que al indiciado le asiste el derecho basado en nuestra máxima ley de acudir a argumentar en su defensa respecto a la imputación que obra en su contra.

VIGÉSIMO QUINTA.- La parte toral de este trabajo de investigación, radica en proponer el otorgamiento de la libertad en Averiguación Previa con detenido **POR ESCRITO**, en virtud de que en primer lugar no viola la secrecía de la indagatoria, en segundo porque constitucionalmente la libertad está prioritariamente ubicada en el numeral objeto de examen en la presente tesis, en tercero debido a que debe haber equilibrio entre ofendido e indiciado, lo cual es manejado –en algunas ocasiones- por el Órgano Investigador conforme a sus interese\$ muy particulares, por lo que puede acreditar un hecho inexistente y convertirlo en delictivo e igualmente puede desvirtuar un hecho delictivo, con uno y mil argumentos, transformando la Averiguación Previa–en alguna veces- en un mero negocio del Agente del Ministerio Público.

BIBLIOGRAFÍA.

ACOSTA ROMERO, Miguel. Compendio de Derecho Administrativo. Parte General. 3ª. Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 2001.

AGUILAR BALDERAS, Lidia. Derecho Constitucional. Grupo Editorial Patria. México Distrito Federal 2010.

ANDRADE SÁNCHEZ, J. Eduardo. Derecho Constitucional. Oxford University Press. México Distrito Federal 2008.

ARTEAGA NAVA, Elisur. Derecho Constitucional. Oxford University Press. México Distrito Federal 2002.

AZUELA RIVERA, Salvador. Curso de Derecho Constitucional. Suprema Corte de Justicia de la Nación. Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Puebla, Pue. México 2009.

BARDALES LAZCANO, Erika. Guía para el Estudio del Sistema Acusatorio en México. Editorial MaGíster. México Distrito Federal 2010.

BAZDRESCH, Luis. Garantías Individuales. 6ª. Edición. Editorial Trillas. México Distrito Federal 2008.

BERNALDO DE QUIRÓS Y PÉREZ, Constancio. Derecho Penal. Editorial José M. Cajica Jr. Puebla, Pue, México 1949.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las Garantías Individuales. 24ª. Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1992.

BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Las garantías individuales. 30ª. Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1998.

CALZADA PADRÓN, Feliciano. Derecho Constitucional. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 2005.

CARBAJAL, Juan Alberto. Tratado de Derecho Constitucional. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 2002.

CARPIZO, Jorge. Estudios Constitucionales. Editorial UNAM. México Distrito Federal 1980.

CARRARA, Francisco. Programa del curso de Derecho Criminal. Tomo primero. Volumen I. Traducción de Luis Jiménez de Asúa. Editorial Reus. Madrid, España 1925.

CASTELLANOS TENA, Fernando. Lineamientos Elementales de Derecho Penal. 45ª. Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 2004.

CASTRO, Juventino V. Lecciones de Garantías y Amparo. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1974.

CASTRO, Juventino V. Garantías y Amparo. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 2000.

COLÍN SÁNCHEZ, Guillermo. Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. 18ª Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1999.

CONTRERAS CASTELLANOS, Julio César. Las garantías individuales en México. Editorial Porrúa-UNAM. México Distrito Federal 2006.

CUELLO CALÓN, Eugenio. Derecho Penal. Tomo I. 9ª. Edición. Editora Nacional México Distrito Federal 1951.

DEL CASTILLO DEL VALLE, Alberto. Garantías en Materia Penal. Editorial EJA. México, Distrito Federal 2009

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Código Penal Federal con Comentarios. 3ª. Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1998.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. Ensayos Sobre el Derecho de Amparo. 2ª. Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1999.

FIX-ZAMUDIO, Héctor. La Constitución y su defensa. UNAM. México Distrito Federal 1984.

FRANCO VILLA, José. El Ministerio Público Federal. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1985.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. Curso de Derecho Procesal Penal. 5ª. Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1989.

GONZÁLEZ BUSTAMANTE, Juan José. Principios de Derecho Procesal Penal. 8ª. Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1959.

HERNÁNDEZ PLIEGO, Julio Antonio. Programa de Derecho Procesal Penal. 7ª. Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 2001.

IZQUIERDO MUCIÑO, Martha Elba. Garantías Individuales y Sociales. 2ª. Edición. Universidad Autónoma del Estado de México. Toluca, Estado de México 2000.

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. La Teoría Jurídica del Delito. Universidad Nacional del Litoral. Santa Fe Argentina 1958.

JIMÉNEZ MARTÍNEZ, Javier. La Estructura del Delito en el Derecho Penal Mexicano. Ángel Editor. México Distrito Federal 2004.

KELSEN, Hans. Teoría pura del Derecho. Traducción de Roberto Vernengo. Editorial U.N.A.M. México Distrito Federal 1979.

LARA ESPINOZA, Saúl. Las garantías constitucionales en materia penal. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1999.

LÓPEZ BETANCOURT, Eduardo. Derecho Procesal Penal. Iure Editores. México Distrito Federal 2002.

MARQUET GUERRERO, Porfirio. Derechos Humanos. Editorial UNAM. México Distrito Federal 1975.

MARTÍNEZ BULLÉ-GOYRI, Víctor M. Las garantías individuales en la Constitución de 1917. Instituto de Investigaciones Jurídicas. UNAM. México Distrito Federal 1992.

MICHEL HIGUERA, Ambrosio. El Decomiso. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 2001.

OLIVOS CAMPOS, José René. Las Garantías Individuales y Sociales. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 2007.

OROZCO ENRIQUEZ, José de Jesús. Los Derechos Humanos de los mexicanos. 3ª. Edición. Comisión Nacional de Derechos Humanos. México, Distrito Federal 2002.

ORTOLÁN, Joseph Louis Elzéar. Tratado de Derecho Penal. Tomo I. Traducción de Melquiades Pérez Rivas. Librería de Leocadio López. Madrid España 1878.

PADILLA, Miguel M. Lecciones sobre Derechos Humanos y Garantías Individuales. Editorial Abeledo-Perrot. Buenos Aires Argentina 1989.

PORRÚA PÉREZ, Francisco. Teoría del Estado. 18ª. Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1996.

QUINTANA ROLDÁN, Carlos y Norma SABIDO. Derechos Humanos. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 2001.

SILVA SILVA, Jorge Alberto. Derecho Procesal Penal. 2ª. Edición. Oxford University Press. México Distrito Federal 2001.

TENA RAMÍREZ, Felipe. Derecho Constitucional Mexicano. 3ª. Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1979.

VILLALOBOS, Ignacio. Derecho Penal Mexicano. 5ª. Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 1990.

LEGISLACIÓN

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Editorial Sista. México Distrito Federal 2012.

CÓDIGO PENAL FEDERAL. Editorial Sista. México Distrito Federal 2012.

CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES PARA EL DISTRITO FEDERAL. Editorial Sista. México Distrito Federal 2012.

CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. Editorial Sista. México Distrito Federal 2012.

DICCIONARIOS JURÍDICOS ESPECIALIZADOS

BURGOA ORIHUELA, Ignacio. Diccionario de Derecho Constitucional, Garantías y Amparo. 6ª. Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 2000.

CARRANCÁ Y TRUJILLO, Raúl y CARRANCÁ Y RIVAS, Raúl. Código Penal Anotado. 21ª. Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 2001.

DICCIONARIO JURÍDICO HARLA. Volumen 3. Derecho Administrativo. México Distrito Federal 1996.

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Procesal Penal. Tomo II. 5ª. Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 2004.

FIX ZAMUDIO, Héctor. Diccionario Jurídico Mexicano. 9ª. Edición. Editorial Porrúa-UNAM. Tomo A-CH. México Distrito Federal 1996.

PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. 27ª. Edición. Editorial Porrúa. México Distrito Federal 2003.

VOZ DECOMISO. Diccionario Jurídico Mexicano. 9ª. Edición. Editorial Porrúa- UNAM. México Distrito Federal 1996.

VOZ ESTADO. DICCIONARIO JURÍDICO MEXICANO. TOMO D-H. 2ª. Reimpresión Editorial Porrúa UNAM. México Distrito Federal 1988.

VOZ ESTADO DE DERECHO. Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo D-H. Editorial Porrúa UNAM. México Distrito Federal 2002.

VOZ GARANTÍAS CONSTITUCIONALES. Diccionario Jurídico Mexicano. 9ª. Edición Tomo D-H. Editorial Porrúa-UNAM. México Distrito Federal 1996.

VOZ GARANTÍAS INDIVIDUALES. Diccionario Jurídico Mexicano. 9ª. Edición Tomo D-H. Editorial Porrúa-UNAM. México Distrito Federal 1996.

VOZ INCOMPETENCIA. Diccionario Jurídico Mexicano. 9ª. Edición. Tomo I-O. Editorial Porrúa-UNAM. México Distrito Federal 1996.

VOZ PARTES DE LA CONSTITUCIÓN. Diccionario Jurídico Mexicano. 9ª. Edición Tomo P-Z. Editorial Porrúa-UNAM. México Distrito Federal 1996.

VOZ SEGURIDAD JURÍDICA. Diccionario Jurídico Mexicano. 9ª. Edición Tomo P-Z. Editorial Porrúa-UNAM. México Distrito Federal 1996.