



875209
UNIVERSIDAD VILLA RICA

ESTUDIOS INCORPORADOS A LA U.N.A.M.

FACULTAD DE DERECHO 30 24

**ELEMENTOS DE LA ORDEN DE
APREHENSION, ANALISIS LEGAL**

T E S I S

QUE PARA OBTENER EL TITULO DE
LICENCIADA EN DERECHO

P R E S E N T A

Patricia Reyes Pérez

DIRECTOR DE TESIS:

LIC. CUAUHEMOC SANCHEZ SERRANO

REVISOR DE TESIS:

LIC. MIGUEL GONZALEZ GONZALEZ

**TESIS CON
FALLA DE ORIGEN** BOCA DEL RIO VER

272369



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:

Por darme la oportunidad de vivir,
guía de mi camino, por
quererme y cuidar de mi familia,
de mis padres y de mis hermanas.

A mi Papá:

Por su apoyo moral y económico,
el cariño que me brindas, el apoyo
en todas mis metas, por ser un gran
Padre, un gran ejemplo, Te amo.

A mi Mami:

Por ser un gran ejemplo, el cariño que
me das en todo momento, por querer
a mi hijo, por tu tiempo invertido en mí
por que ahora que soy madre, me doy
cuenta de todo el amor que existe en tí,
los sacrificios sin recompensa, pero
si la hay, mi amor, Te amo.

A mi Hijo:

Por ser mi ilusión, mi esperanza, mi vida,
mi fuerza para seguir adelante, para que
algún día te sientas orgulloso de mí, Te
Amo con todo mi corazón

A ti Adolfo:

Por ser mi compañero, amigo, esposo,
gracias por el tiempo compartido, por tu
apoyo, por tu amor, Te Amo muchísimo.

A mi hermano Hugo:

Que Dios te tenga en su gloria, por el tiempo que estuviste con nosotros, por tu enseñanza de superación, te seguire amando toda mi vida.

A mis Hermanas:

Laura y Lili, por compartir conmigo tantos momentos hermosos de mi vida, por su compañía y apoyo. Las quiero muchísimo.

A mis Catedráticos:

Por sus conocimientos, dedicación, entrega, paciencia, por ayudar a realizar este sueño, muchas Gracias.

A mis Amigos:

Por los momentos buenos y malos que pasamos juntos en esas aulas, por su amistad, Gracias.

A el Director de mi Tesis:

Por ayudar a realizar este sueño, por sus conocimientos, apoyo y brindarme su amistad. Muchas Gracias Lic. Cuahatemoc.

INTRODUCCION

Desde la época primitiva el hombre al relacionarse con otros hombres, se crearon conflictos, en donde para la solución de estos no existía otra cosa más que la venganza privada, que era precisamente la de "ojo por ojo, diente por diente", que fue originalmente la forma de castigar; donde el que cometiera o privara de la vida a alguna persona pagaba hasta con su propia vida, en este entonces era el Pater familia quien estaba a cargo de la familia e incluso podía disponer de su vida como el quisiera; posteriormente se dio la acusación popular en donde aparecen figuras con facultades muy similares a las que tiene el Ministerio Público. La religión estaba muy marcada en esas épocas por lo tanto el delito más grave era las herejías, los brujos eran severamente castigados. Fue ya en la época medieval cuando se desarrollan cambios en los procedimientos y la base de todos ellos se encuentra en la Revolución Francesa en donde se establecen las primeras Garantías Individuales del Hombre que posteriormente se copian los demás países.

Al ir evolucionando el Derecho se concede la Acción Penal, al Ministerio Público, se reglamenta en la Constitución y en las leyes comunes; y es precisamente con este acto que da marcha al procedimiento, ya que se encuentra en la etapa de Averiguación Previa, que tiende a la investigación de los delitos y de la presunta responsabilidad del inculpado.

Dentro del proceso penal encontramos cuatro etapas, que son: la que ya mencionamos Averiguación Previa, la Instrucción, el Juicio y la Ejecución. Aunque en este trabajo de Tesis no estudiaremos todas estas etapas es muy importante mencionarlas. Analizaremos de manera simple a la averiguación previa y el principio de la instrucción, ya que en este trabajo trata solamente del análisis de la orden de aprehensión, además veremos cuales son sus elementos, de fondo y de forma, así como su ejecución para poder evitar que existan violaciones procesales y constitucionales al realizar o ejecutar estas órdenes. Tomando en cuenta los principios de Justicia, Equidad, Legalidad que se deben tomar en cuenta en la petición, autorización, realización, ejecución de dichas ordenes, así como cualquier otro acto que realicen las autoridades.

Ya que en nuestros días se cometen muchas violaciones a los derechos del hombre por falta de los elementos

de fondo y forma que deben contener las mencionadas ordenes así como en la ejecución, de donde no se tienen ningún recurso procedente para evitar que sean aprehendidos o detenidos los presuntos inculcados cuando existan violaciones procesales, teniendo que pedir la protección judicial federal a través del Juicio de Amparo, en su forma de indirecto o bi-instancial, y a petición de parte solicitar la suspensión de dicho acto.

Con este trabajo de Tesis busco que las autoridades judiciales se sometan a lo establecido en las leyes tanto Constitucional como procesales, atendiendo los principios de legalidad en sus actos para evitar violaciones en la libertad personal del individuo; así como abolir la actitud arbitraria que existe por parte de la autoridad ministerial y de la policía que se encuentra bajo su subordinación, al ejecutar los actos ordenados por el Tribunal, quedando intactos las garantías Individuales que todo hombre gozamos, porque las garantías no están hechas para violarlas sino para proteger a todos los individuos de las autoridades arbitrarias; así se fomentaría la confianza que ha perdido la figura del Ministerio Público y la Policía, y más aún la del Poder Judicial dentro de nuestro país.

INDICE

INTRODUCCION

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL AGENTE INVESTIGADOR DEL MINISTERIO PUBLICO:

1.1 ROMA Y GRECIA.....	1
1.2 INFLUENCIA RELIGIOSA EN EL PROCESO Y EN LOS MAGISTRADOS PARA LOS SENTENCIADOS.....	19
1.3 EJERCICIO DE LA ACCION PENAL EN EL PUEBLO GRIEGO Y ROMANO...23	
1.4 SENTENCIAS APPLICATIVAS A LOS DIFERENTES ESTRATOS SOCIALES...29	

CAPITULO II

ANTECEDENTES DEL MINISTERIO PUBLICO EN LA EDAD MEDIA (CANONICA Y ESCOLASTICA).

2.1 EDAD MEDIA.- ESPAÑA, INGLATERRA, FRANCIA.....	43
2.2 DETENCION MEXICO COLONIAL.....	62
2.3 EDAD MODERNA.- REVOLUCIÓN FRANCESA DEL 14 DE JULIO DE 1789..66	
2.4 ENUNCIACIÓN DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE.....	78
2.5 ANALISIS DE LAS GARANTIAS DE PROCESABILIDAD EN FORMA GENERAL. ARTICULOS 14, 16, 19, 20 Y 21 CONSTITUCIONAL.....	91
2.6 PRINCIPIOS DE LEGALIDAD.....	102

CAPITULO III

GENERALIDADES DE LA ORDEN DE APREHENSION.

3.1 LA ORDEN DE APREHENSION Y SUS PRINCIPIOS.....	110
3.2 LA ORDEN DE APREHENSION Y EL ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL....	115
3.3 OTRAS FORMAS DE DETENCION.....	122
A) JURISDICCION PARA EFECTUARLA.....	128
3.4 LA ORDEN DE APREHENSION Y SU EJECUCION:	
A) PEDIMENTOS DEL MINISTERIO PUBLICO EN EL OFICIO DE CONSIGNACION.....	129
B) FORMA DE EJECUCION.....	131
C) MEDIOS LEGALES PARA EVITARLA:.....	136
I.- ANTE EL AGENTE INVESTIGADOR DEL MINISTERIO PUBLICO.- AVERIGUACION PREVIA.....	137
II.- ANTE EL JUEZ.- CAUSA PENAL.....	138

CAPITULO IV

ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DE LA ORDEN DE APREHENSION:

4.1 ELEMENTOS DE FONDO.....	143
4.2 ELEMENTOS DE FORMA.....	149
4.3 LA FORMA DE EJECUCION DE LA ORDEN DE APREHENSION: COMENTARIOS Y CRITICAS.....	153
CONCLUSIONES.....	160
BIBLIOGRAFIAS.....	163

CAPITULO I

ANTECEDENTES HISTORICOS DEL MINISTERIO PUBLICO.-

1.1 ROMA Y GRECIA.-

Para comprender la evolución que ha sufrido el Proceso Penal es preciso que estudiemos sus etapas o periodos por los que atravesó este sistema, ya que tiene gran repercusión en las transformaciones políticas y sociales. Como es sabido el origen de la Ley es la costumbre, que las leyes jurídicas se diferencian de las físicas en que aquéllas son mutables y se encuentran limitadas por las necesidades que demanda la vida colectiva y por las modificaciones que se introducción en la organización estatal de un pueblo determinado, en el curso del tiempo.

El Proceso Penal ha pasado por cuatro periodos. El primero comprende el Proceso Penal de la antigüedad, donde se encuentran las instituciones griegas y romanas sus principales exponentes. El segundo, el Proceso Penal canónico, la creación de la Iglesia, que conserva substanciales modificaciones dentro del proceso penal antiguo. El tercer periodo, el Proceso Penal común o proceso mixto, este periodo esta constituido por elementos del proceso penal romano y del canónico. Y por último el cuarto periodo, el advenimiento de proceso penal moderno, donde revive y perfecciona las excelencias del proceso penal antiguo y es la consecuencia de la labor ideológica de los pensadores que precedieron a la Revolución Francesa, al consagrar el reconocimiento de los postulados democráticos y los derechos del hombre de la Francia Revolucionaria de 1791.

Durante las etapas primitivas de los pueblos, en todas y cada una de sus manifestaciones culturales, religiosas,

morales e incluso en el derecho se da un fenómeno en donde se presentan rasgos similares de evolución. Las cuestiones se resolvían inicialmente por el jefe de la Domus, mediante la venganza, pasaron a ser dirigidas por la clase sacerdotal; ya que en ese entonces privaba el animismo y que el hombre veía un dios en todas las cosas. En cualquier comunidad primitiva se observaba que la administración de la justicia, estaba en manos de un jefe, de un consejo de ancianos o de un brujo, y que la solución de los litigios tendrá características místicas o mágico-religiosas. Ante la impotencia para controlar los fenómenos que lo asediaban, el hombre recurrió a esos dioses, a través de los sacerdotes y brujos. Con estos sacerdotes eran con quien tenían más contacto los primeros moradores, a ellos recurrían para solucionar los problemas del ser humano, primero como mediadores (entre la divinidad y el hombre) y luego como jueces (intérpretes de la divinidad o delegados de la misma), los sacerdotes fueron quienes inicialmente implantaron mecanismos para dar solución a la conflictiva humana. Los lazos entre las Tribus y Hordas se estrecharon con la finalidad de protegerse de los enemigos, es posible que dos o tres aldeas hayan designado a una persona para que dirigiera la defensa de sus asentamientos como jefe militar. Este nombramiento originalmente era accidental, posteriormente definitivo debido a los constantes ataques.

El primer líder debió haber sido militar. Al regresar a la aldea lo hizo incrementando prestigio y fueron a menudo, durante los intervalos de paz, poderosos jueces. Dentro de esta combinación podemos encontrar al rey asistido por la nobleza y los sacerdotes.¹ Estos jefes victoriosos, cuando regresaban a sus aldeas, además de vigilar la seguridad externa del conglomerado comenzó en el interior de la aldea una carrera para imponer la paz social interna; lo que significo cierta función destinada a procurar la resolución de los conflictos. El fin de la venganza privada desproporcionada tuvo lugar cuando se estableció un sistema de tarifas para graduar la venganza. Así apareció la Ley del Talión. Es casi seguro que los primeros jefes carecieron de una fuerza (*imperium*), pues el pueblo eran quien los apoyaba y quien realmente tenía el poder. De ahí que los pueblos antiquísimos las reuniones del pueblo eran las encargadas de resolver. Al ocuparse de las funciones que originalmente tenía el pueblo para resolver los conflictos, obtuvo gran parte de la función jurisdiccional. Pero ésta no apareció de inmediato y como hoy la conocemos. El jefe carecía de la fuerza suficiente frente a todo el pueblo, ni había podido consolidarla de manera definitiva, en un primer estadio mediara para solucionar la conflictiva, posteriormente conciliar, luego arbitraria, en tanto que la función del pueblo ya tendría más a la función jurisdiccional. De aquí que el juez primitivo sea tan sólo un arbitro que propone un arreglo, su sentencia puede ser aceptada por las partes, pero no va acompañada de suficiente fuerza coactiva. Al ir evolucionando estas comunidades se van reglamentando ciertas formas autocompositivas que inclusive en delitos graves, como el homicidio, se contara con un amplio margen de negociación entre las partes afectadas. Por ejemplo, si un miembro de una familia mataba a otro, miembro de diversa familia, el grupo social victimado podía arreglarse con el defensor mediante algún tipo de

¹ FLORIS MARGADANT, GUILLERMO. Panorama de la historia universal, page. 27 y 28.

compensación, como podía ser la entrega de animales o bienes o la prestación de cierto servicio.

En las comunidades primitivas, los procesos se caracterizaban por su formalismo y teatralidad. Estos rasgos consistían en gestos, actuaciones, determinadas palabras sacramentales, inclinaciones, etc., sin los cuales los actos procesales carecían de validez. Estos gestos y actitudes constituyen el antecedente de los formalismos procesales actuales.

Con la aparición de la escritura y la constitución de los imperios orientales marca el fin de la época prehistórica y da nacimiento de la que se conoce como época antigua, en donde los grupos más destacados fueron Grecia y Roma.

El proceso primitivo de cualquier pueblo de la Tierra, es similar, en sus rasgos fundamentales. Así, el proceso primitivo romano, el de la etapa de las acciones de la Ley, es también un proceso severo, cruel, con procedimientos rápidos, con ausencia de tecnicismos, con posibilidades limitadas de defensa y con crueldad en las penas o soluciones. Por ello no podemos decir que estos rasgos mencionados con anterioridad sean exclusivos del proceso azteca como lo manifiesta Esquivel Obregón.² La crueldad en las soluciones, no puede ser exclusiva de ningún pueblo primitivo. La brutalidad y el primitivismo no son, pues, tampoco patrimonio exclusivo de ningún pueblo y todos de la tierra, con partes en menor o mayor medida, dosis de tales brutalidades.

Comenzaremos hablar de los aspectos más relevantes del proceso penal en Roma. Se inicia a partir del año 1000 aC, cuando diversas tribus comienzan a penetrar en el territorio. Hacia 900 aC aparecen los etruscos y alrededor de 750aC se fundan algunas ciudades griegas en el sur de Italia (los fenicios de Cartago se extendieron hasta Sicilia), Cerdeña y Córcega. Para esta fecha se funda la ciudad de Roma, a la que confluye el grupo latino. Al pueblo Romano le tocó en suerte llevar el desarrollo de su derecho, desde el punto de vista técnico y sistemático, a alturas jamás alcanzadas por otros pueblos de la antigüedad. Se ha señalado con insistente reiteración el carácter militar y jurídico de Roma. Son probablemente estas dos características de los romanos, es decir, las de ser de un pueblo jurista y guerrero, las que determinaron a las instituciones romanas, las cuales perfeccionadas y recatadas permitieron la existencia de un imperio de tan larga duración en la historia de la humanidad. Las instituciones romanas perduraron a través de los siglos, y muchas de ellas siguen aún vivas, no solamente en el campo del derecho, en cuanto a los aspectos de análisis técnico de varias de las instituciones fundamentales que le son propias.

La historia de Roma se divide en tres etapas históricas que son: La Monarquía, La República y el Imperio.,

²ESQUIVEL OBREGON, TORIBIO, Apuntes para la historia del Derecho en México, Editorial Polis, México, 1937, t I, p391

también tenemos tres etapas de desarrollo histórico del Proceso en Roma. Así durante la Monarquía que es una etapa primitiva de desarrollo en todos los ámbitos culturales y sociales, tenemos la etapa llamada de las Acciones de la Ley. Durante la República se nos presenta la etapa denominada del proceso formulario; y el Imperio, surge el llamado proceso extraordinario. Es decir, tenemos tres etapas de desarrollo histórico del proceso jurisdiccional romano, las dos primeras pertenecientes a lo que se llamó el orden judicial privado, y la tercera y última, perteneciente a los que se denomina el orden judicial público.

Durante la vigencia del denominado Procedimiento Formulario, o sea, durante la época del llamado orden judicial privado, se contemplan aspectos significativos de tendencia autocompositiva. Se le llama orden judicial privado, porque las partes acudían primero ante un magistrado, funcionario público, y ante él exponían sus pretensiones. Este magistrado o pretor, no resolvía el conflicto, sino que únicamente expedía una fórmula y las partes llevaban esta fórmula ante un juez privado que era quien resolvía. El orden judicial privado es por ello toda una etapa en donde el proceso presenta vestigios muy fuertes de autocomposición y se asemeja todavía al arbitraje. Por el contrario, en el orden judicial público, las partes acuden ante un magistrado, pero ya el proceso no presenta dos etapas, sino que ellas se han unificado para desenvolverse ante un solo funcionario. Aquí, en el orden judicial público, las pretensiones y resistencias de los litigantes se presentan ante el magistrado, funcionario público, las partes acuden ante un magistrado. El Orden Judicial Público, las pretensiones y resistencias de los litigantes se presentan ante el magistrado, funcionario público, sin embargo, éste ya no expide una fórmula sino que toma nota de la posición de cada parte, conduce el proceso a través de sus ulteriores pasos y, finalmente, dicta la resolución.

Para poder entender esta etapa histórica, debemos desentrañar estos tres procesos que existieron en Roma, como lo fueron las acciones de la Ley, el procedimiento formulario y el extraordinario. Comenzaremos hablando de las acciones de la Ley, estas son procedimientos rigurosos dentro de cierto ritualismo muy parecido a la religiosidad. En efecto la administración de la justicia tenía gran influencia religiosa que establecía ciertas acciones que había de realizarse para poder satisfacer la pretensión, especialmente en la de los delitos privados, dichas acciones consistían en rituales, movimientos y frases sacramentales que debían de pronunciarse para someter la pretensión ajena a la propia. Su fundamento lo podemos encontrar en la Ley de las Doce Tablas; esta constituía diversas formas autorizadas de procedimientos con características propias. "Cuando se habla de Legia Actio, se entiende pues, que se habla de un modo de proceder que se adapta a diversos derechos, y no de acción en sentido de aquella determinada acción que corresponde a aquel determinado derecho..."³

³SCIALOJA, VITTORIO, op cit, p 132.

En el desarrollo de estas acciones ante los magistrados, y más que desarrollo de acciones debería de hablarse de desarrollo de procedimientos, las palabras, los gestos y las actitudes prescritas por la ley deberían de adoptarse por las partes. Un error en la palabra, en la actitud o en el gesto, determinaría que el pleito pudiera perderse. Es decir, hay un exceso rigorista y formalista en estas primitivas acciones de la ley. Las acciones de la Ley eran cinco formas de actuación, de las cuáles tres de ellas eran de carácter declarativo y las dos últimas de carácter ejecutivo.

Las acciones de la Ley de carácter Declarativo eran: La Legis actio Sacramento, La legis actio per iudicis postulationem y la Legis actio per conditionem. Las acciones de la Ley de carácter Ejecutivas son: Lagis actio per manus iniectioem y la per pignoris capionem. La primera de estas acciones, la legis actio Sacramento, las partes en litigio hacían una especie de apuesta y el perdedor debería de pagarla. El monto de lo perdido se destinaba a los gastos del culto, existe toda la teatralidad de esta acción un verdadero reto entre las partes afirmando tener derecho sobre una cosa o sobre una persona. La segunda, la Legis actio per iudicis postulationem tenía como objeto fundamental que el pretor, previo pedimento de las partes, nombrase a un juez o a un árbitro para dirigir el litigio. En la actio perconditionem, las partes también ante el pretor afirmaban sus pretensiones y resistencias y, si el demandado negaba la pretensión del actor, entonces éste lo emplazaba para que dentro de treinta días compareciesen ambos ante el juez. Finalmente, ya dentro de las acciones ejecutivas, la manus iniectioem es una acción ejecutiva que se ejercita sobre personas, es decir, sobre la persona del deudor el cual era llevado ante el magistrado, por el acreedor, inclusive por la fuerza si el deudor se resistía. Mediante esta forma primitiva, se llegó a establecer una verdadera prisión particular por deudas de carácter privado y el sometido a la manus iniectioem podía inclusive ser sometido a la esclavitud. La pignoris capionem se tiene antecedente de las ejecuciones sobre las cosas. Se requiere de la constitución de una garantía del propio crédito por el deudor. Hay antecedentes como lo son la prenda y el embargo. Se trataba de una aprehensión sólo a título de pena, se retenía la cosa hasta que se hubiese realizado el pago para rescatar la cosa y, posteriormente, se podía llegar a la destrucción del objeto mismo en pena, por la falta de pago.⁴

En los delitos públicos, aunque inicialmente el pueblo decidía tales cuestiones, la delegación de poder a órganos especialmente creados dio surgimiento a una burocracia encargada de administrar justicia penal. Los comicios por centurias eran las únicas organizaciones que podían imponer la pena de muerte, el destierro o las multas. Más que realizar función jurisdiccional, estos comicios que representaban al pueblo se encargaron de la represión política.

El derecho de presentar el asunto a los comicios por centurias (derecho de acusación) no perteneció a todos los ciudadanos, sino a los magistrados, los cónsules, los pretores y los

⁴ibidem, p 154.

tribunos. Los ciudadanos a lo único que les quedó fue el derecho a denunciar los delitos ante estos últimos.

Con el transcurso del tiempo, el derecho a juzgar las cuestiones penales pasó al Emperador, el cual ejerció esa función, especialmente en asuntos graves, penso que podía delegar el conocimiento a ciertos funcionarios que fue creado especialmente para conocer (quaestio) cada caso que se planteaba. Surgieron así los Quaestores.

Originalmente éstos Quaestores, sólo conocían del caso que se les planteaba y luego desaparecían, (eran juzgadores por comisión); pero después se empezó a dictar una serie de leyes que permitieron a los Quaestores profesionalizarse; es decir, tener mayor permanencia en sus puestos. Esto se presentó prácticamente en la época de la República.

Las Quaestiones perpetuae, especie de leyes especializadas, dieron esta permanencia, pero no para todos los delitos, sino sólo para cada tipo de delito. Aparecieron entonces los quaestores de clandestinis conjurationibus (para conjuraciones), majestate (para la seguridad de la nación), veneficiis (de envenenamiento), Homicidiis (de homicidio), peculatus (peculado), pecuniae respetundae (exacciones ilegales).

Se tuvo, un tribunal para cada delito, donde un magistrado conocía questio, y otro grupo de personas (jurado) resolvía. Para entonces ya se permitió a todo ciudadano acusar, y se le exigía tan sólo el juramento de no acusar calumniosamente (juramento calumniae).

Este tipo de enjuiciamiento, con tintes más democráticos, poseía dos fases, una in iure, donde el magistrado conocía o instruía en torno a los hechos que le eran denunciados, y otra la fase en la cual este magistrado sometía a la consideración del jurado el asunto para que lo resolviera (iudicium).

En la fase in iure, tratándose de delitos privados, se llegaba hasta la entrega de la fórmula (que hablaré más adelante) y, cuando se trataba de delitos públicos, el caso se turnaba a los quaestores para que resolvieran.

En la fase iudicium, el número de jurados era variable, dependiendo de la quaestio perpetuae de manera que los jurados podían ser 32, 50, 75,, etc., Este tribunal resolvía en tres sentidos. in condemno (condenado), in absolve (absolviendo) o con un nom liquet (que equivale a la absolución de la instancia. no condena ni absuelve).

Al procedimiento de las acciones de la ley sólo tenían acceso los ciudadanos romanos patricios. Como el procedimiento estaba íntimamente ligado con las prácticas y con el

espíritu religioso, entonces no eran accesibles ni para plebeyos ni mucho menos para los peregrinos o extranjeros. Al crecer y desarrollarse Roma, comenzaron a idear otras formas o sistemas de solución de los conflictos a los cuales tuvieran acceso los plebeyos y los no romanos (peregrinos). Aparece entonces la figura de un nuevo magistrado, el pretor peregrini, había de ser determinante para crear el procedimiento formulario, el cual venía a permitir formas más ágiles y más rápidas de soluciones de los conflictos sin que dentro de este procedimiento hubiese necesidad de sujetarse al rigorismo y al enmarcamiento de las acciones de la Ley. El periodo formulario, que persiste casi sin alteración desde Augusto hasta Diocleciano, coincide con la época de oro del derecho civil romano, cuyo fundamento procesal es precisamente la fórmula.

La fórmula, es una instrucción escrita con la que el magistrado nombra al juez y fija los elementos sobre los cuales éste deberá fundar su juicio, dándole a la vez el mandato, más o menos determinado, para la condenación eventual o para la absolución en la sentencia.⁵ A través de este proceso formulario, el pretor magistrado tiene una mayor posibilidad de adaptar la fórmula al caso concreto que se somete a su consideración y, es precisamente aquí, donde surge esa institución tan admirablemente manejada por los juristas romanos, que es la equidad entendida como la justicia aplicada a un caso concreto. Las partes fundamentales de la fórmula eran la Intentio, la Demonstratio, la Adjudicatio y la Condenatio, La demonstratio es una sustancia una enunciación del hecho que, constituye el fundamento de la litis. . . la intentio . . . es aquella parte de la fórmula en la que el actor concluye o expone sucintamente su demanda. . . la adjudicatio implica la potestad por la cual. . . el juez debe atribuir la cosa, o parte de la cosa, o derechos sobre la cosa, a alguno de los litigantes. . . la condena, es la última parte de la fórmula y aquella con que se llega a un resultado ejecutivo, lo afirma Scialoja.⁶

Las anteriores partes no son las únicas partes de la fórmula, sino las más importantes. A medida que se va desarrollando el proceso formulario en la evolución del derecho romano, la fórmula se fue enriqueciendo con diversos elementos, así pues, se insertaron las prescripciones a favor del actor, o a favor del reo, y finalmente las excepciones como elementos condicionantes de la condena. Se indicaba por el pretor al juez que si daba equis condición debería condenar siempre y cuando no se presentara la circunstancia zeta, constituye la excepción de la fórmula.

Durante esta época, la fórmula se regía según las Quaestio perpetuae. Igualmente, mientras que en el civil los juzgadores eran escogidos por las partes; en lo penal aunque también había posibilidad de escoger, era el que les designaba el magistrado o el factor suerte era el que decidía. Al respecto se sabe que existía listas de personas para escoger.

En el Imperio cuando Cesar Octavio fue adquiriendo paulatinamente mayores poderes y funciones para si

⁵Ibidem, p 159.

⁶Ibidem, pp 159 y 160.

hasta el momento en que recibe el título de emperador. Es entonces cuando comienza la tercera época de la vida política de la Roma antigua. Los procedimientos formulario y de las Quaestio perpetuae no cambiaron bruscamente, sino que fueron sustituidos de manera paulatinamente. Es precisamente cuando nace llamado proceso extraordinario que aparece como una manifestación del orden judicial público. Ya desde la época de los reyes, el magistrado en casos excepcionales podía resolver (extraordinem) haciendo uso también de su extraordinario imperio, facultad que vino a sustituir la ordinaria de la fórmula y de la quaestio perpetua, que exigían dos fases en el enjuiciamiento (in iure e in iudicio), para que el mismo sujeto (magistrado) juzgara también, decidiendo sobre las pretensiones o propuestas. La característica principal de este procedimiento es, que mientras en las acciones de la Ley y en el proceso formulario hay una duplicidad de etapas, puesto que existe una primera ante el magistrado, funcionario estatal, y otra segunda, ante un juez particular o privado, por el contrario en esta tercera etapa, esa duplicidad de etapas desaparece para que tengamos una sola que se desenvuelve toda ella frente aun funcionario estatal, es decir frente a un magistrado. La concentración de poder en el emperador fue seguida por la del magistrado, pues la actividad de éste ya no quedó en la mera cognitio, sino que también alcanzó la juris-dictio; fué en este momento en que dejaron de hacerse listas de jurados que antes se elaboraban, y los miembros del pueblo dejaron de ser jueces. Al asumir el iudicium, los antiguos magistrados recibieron también el nombre de iudex o de iudicij mayores. Así, del iudicium populi se pasó al iudicium publicum. Parece ser que los jueces privados cayeron en descrédito y, por otra parte, es indudable el robustecimiento del Estado romano.

Ahora veremos los derechos que gozaban los individuos Romanos en sus tres etapas históricas, para poder entender la situación jurídica como gobernado, con el fin de constatar si en algunas de ellas el hombre o la persona era titular de garantías individuales o derechos y prerrogativas establecidas por el orden jurídico estatal legal o consuetudinario y obligatorias para los órganos gubernamentales. Para poder entender comenzaremos hablando de los pueblos primitivos. En estos tiempos no es posible hablar no sólo de la existencia de los derechos del hombre considerados éstos como un conjunto de prerrogativas del gobierno de observancia jurídicamente obligatoria e imperativa para los gobernantes, sino ni siquiera de potestades o facultades de hecho que pudieran gozar el individuo dentro de la comunidad a que pertenecía y que constituyesen una esfera de acción o actividad propia frente al poder público. En los regímenes matriarcales y patriarcales, la autoridad de la madre y del padre, era desarrollo imperativo. Con esto nos estamos refiriendo a que la madre y posteriormente el padre, como jefes de la sociedad familiar, cuyo conjunto componía la tribu, disfrutaban de absoluto respeto por parte de sus subalternos, sobre los cuales, en muchos casos, tenían derechos de vida o muerte. Además, se observa invariablemente la existencia de la esclavitud, al menos en el orden a la libertad e igualdad humana, una negación de los derechos del hombre o garantías individuales, como se denomina éstos entre nosotros. La sanción a la rebeldía justa o injusta contra los mandatos supremos e

⁷ORTOLAN, M., Explicación de las Instituciones del Emperador Justiniano, vol. correspondiente a la historia de la legislación Romana especialmente las páginas 161, 164, 224 y 341.

inapelables de los patriarcas y jefes de tribu, consistía en el destierro de la comunidad, sin que el afectado por este acto tuviese ningún derecho que hacer valer frente a tal decisión.⁸

En Roma, la situación del individuo, su libertad como derecho exigible y oponible al poder público, era parecida a la que privaba en Grecia, la cual hablare más adelante. El *civis romanus* tenía como elemento de su personalidad jurídica el *status libertatis*, pero esta libertad se refería a sus relaciones civiles y políticas, no se concebía como un derecho intocable por el orden jurídico. El *status libertatis* se reputaba como una cualidad en oposición a la condición del *servus*, como una facultad de actuar y comportarse por propia voluntad y determinación. La libertad en el régimen romano estaba reservada a cierta categoría de personas, como el *pater-familia*, quien gozaba de amplio poder sobre los miembros de su familia y sobre los esclavos.

En las relaciones de derecho privado, el ciudadano romano estaba plenamente garantizado como individuo, al grado que el Derecho Civil en Roma alcanzó tal perfección, que aún hoy en día constituye la base jurídica de gran parte de las legislaciones, principalmente en los pueblos de extracción latina. Igual como sucedía en Grecia, el romano, el *homoliber*, disfrutaba también del derecho de votar y ser votado, de la facultad de intervenir en la vida pública, integrando los órganos de autoridad y teniendo injerencia en su funcionamiento. El derecho Romano tanto la libertad civil como la libertad política alcanzaron gran incremento, mas en el campo de las relaciones entre el poder público y el ciudadano romano, no como depositario de una cierta actividad política, sino como mero particular, como simple individuo, la libertad humana como el derecho público era desconocida.

La libertad del hombre como tal, se conceptualiza como un derecho público individual inherente a la personalidad humana, oponible al Estado en sus diversas manifestaciones y derivaciones no existía en Roma, pues se disfrutaba como un hecho, sin consagración jurídica alguna, respetable y respetada sólo en las relaciones de derecho privado y como facultad de índole política.

La única garantía del pueblo frente a las arbitrariedades posibles de la autoridad radicaba en la acusación del funcionario cuando expiraba el término de su cargo, lo cual de ninguna manera implicaba un derecho público individual, pues éste es un obstáculo jurídico, cuyo titular es el gobernado, frente al poder público, que siempre tiene que respetarlo, mientras que la mencionada acusación era el acto inicial de una especie de juicio de responsabilidad iniciado en contra de la persona física que encarnaba a la autoridad. Además, el juicio de responsabilidad tiene como finalidad esencial sancionar al funcionario público y nunca implica una verdadera protección del gobernado frente al gobernante, como es la garantía individual.

⁸ Las anteriores apreciaciones se corroboran por el maestro Antonio Caso al afirmar que : " El patriarca rige la vida social, familiar y política. . . Sociología, cuarta edición, pág. 301.

Independientemente de que, la libertad en Roma, como tributo esencial del estatuto personal, era de carácter civil y político, sin registrarse como contenido de un verdadero derecho público subjetivo, la desigualdad jurídica fue lo que peculiarizó al derecho público romano durante las tres etapas históricas de este gran pueblo.

Durante la época de los reyes, la población de los hombres libres se dividía en dos primordiales clases sociales: la de los patricios y la de los plebeyos. Aquéllos gozaban en plenitud de su libertad civil y política; éstos, en cambio, estaban privados del disfrute de la segunda. Las funciones del Estado romano se depositaron durante el periodo de los reyes en tres cuerpos políticos que eran el pueblo, constituido exclusivamente por los patricios, el senado, que era un órgano aristocrático y el rey. Entre dichos cuerpos políticos no existía una verdadera diferenciación funcional, pues la actividades gubernativas de cada uno de ellos se interferían.

La familia era considerada la célula primaria de la clase patricia, cuyos miembros componentes estaban colocados bajo la autoridad omnimoda y hasta despótica del pater. Este era el único libre e independiente (sui juris) y su poder era tan monstruosamente ilimitado, podía inclusive, privar de la vida no sólo a sus esclavos sino a sus hijos. Ante esta situación, dentro del sistema del jus quiritum, rigorista y esencialmente formalista, que reconocía esa tremenda potestad al paterfamilias, no es posible hablar siquiera de derechos de la persona humana oponibles de una verdadera autoridad que se depositaba en el jefe de la familia patricia, como base de la organización social de Roma en la época monárquica.

La ciudadanía en Roma estaba exclusivamente por los patricios que componían el grupo político en quien residía el gobierno del Estado, formando una porción minoritaria de la población. En situación de inferioridad se encontraban numerosos sectores humanos integrados por los vecinos, los extranjeros, los libertos y los clientes de familias patricias extinguidas. Todos ellos eran la plebe (plebs) y sus individuos estaban proscritos de los derechos civiles y políticos, sin poder unirse matrimonialmente a los patricios, aunque frecuentemente eran utilizados como soldados, como sucedió bajo el gobierno de Servio Tulio.

En la República romana, los plebeyos lograron mejorar su situación política dentro del Estado, conquistando ciertos derechos y prerrogativas que antes estaban reservadas a los patricios.⁹ De esta manera, la plebe ya pudo participar en las funciones gubernativas, puesto que podía concurrir a las asambleas

⁹ Es bien conocida la lucha de clases emprendida por la plebe contra los patricios, y cuyo hecho más sobresaliente consistió en el retiro de los plebeyos armados al Monte Sacro en actitud hostil, ante la cual el senado les envió al célebre Menenio Agrippa, quien, valiéndose de la metáfora de "los miembros y el estómago", demostró que los patricios y plebeyos componían un solo organismo en la sociedad romana con tareas y funciones específicas pero coordinadas que en concurrencia lo mantenía vivo y actuante. Burgoa, Ignacio, Garantías Individuales, p 69.

populares y oponerse a las leyes que afectaran sus intereses a través de un funcionario denominado tribunos plebis. La ley de las Doce Tablas, expedida durante la época republicana, consagró algunos principios muy importantes que significaron una especie de seguridad jurídica de los gobernantes frente al poder público. Así, la Tabla IX consigno el elemento generalidad como esencial de toda Ley, prohibiendo que ésta se contrajese a un individuo en particular. Esta prohibición significa el antecedente jurídico romano del postulado constitucional moderno que veda que todo hombre sea juzgado por leyes privativas. Además, se estableció una garantía competencial, en el sentido de que los comicios por centurias eran los únicos que tenían la facultad de dictar decisiones que implicasen la pérdida de la vida, de la libertad y de los derechos del ciudadano.

Las instituciones jurídicas romanas, sufrieron una notoria decadencia en la época de los emperadores, a pesar de que alcanzaron su plenitud durante la república. Al emperador se le divinizó, el pueblo degeneró en una muchedumbre indolente, que contemplaba impasible los desmanes y las arbitrariedades del César, el senado se convirtió en un órgano incondicional de éste y la preponderancia política recayó en las manos de los militares que, con la fuerza de las armas y la violencia, deponían a su capricho al jefe del Estado. Los romanos hicieron siempre una radical distinción jurídica y política entre el *civis* o ciudadano y el que no tenía esta calidad, a pesar de ser hombre libre. Dentro de los no ciudadanos se contaban los peregrinos, los enemigos y los bárbaros. Si bien ninguno de estos tres tipos era reputado como esclavo, tampoco gozaban, por el contrario, de la libertad civil ni de libertad política, como *substratum* de un derecho subjetivo. El peregrino era el extranjero radicado dentro de los confines del Estado romano, sin gozar de ninguna prerrogativa política ni civil. Su discriminación de la vida pública de Roma llegó a tal extremo, que los tribunales ordinarios estaban impedidos para impartirle justicia, habiendo sido necesaria la creación de un funcionario judicial especial que se encargara de ventilar y dirimir los conflictos en que era parte (*praetor peregrinus*). El enemigo (*hostis*) era el extranjero que aún no se había sometido a la denominación romana; y el bárbaro era el sujeto que se hallaba fuera del ámbito de la civilización de Roma y de los confines geográficos del Estado romano.

La existencia de dos clases sociales diferentes, como eran los patricios y los plebeyos; la esclavitud como institución del Derecho Romano; la diversidad de sujetos que carecían de la ciudadanía, nos orillan a afirmar que dentro del régimen jurídico político romano, la desigualdad humana y social fue su signo característico durante las tres etapas de su historia.

El pensamiento de Cicerón, Marco Aurelio y Epicteto, quienes adoptaron la existencia de una ley universal aplicable por igual a todos los hombres. Cicerón proclamó la igualdad humana, afirmando que existen normas naturales que rigen la vida del hombre y de la sociedad, basadas en los principios del Derecho y de la Justicia y que, por el hecho de estar investidas con un carácter supremo, debían prevalecer sobre las leyes positivas que se les contrapusiesen. De esta manera, reconoció, aunque tácitamente, la existencia de derechos propios de la persona humana

superiores al ordenamiento estatal, el cual carecía de validez en cuanto vulnerara las normas relativas a la naturaleza del hombre.

El derecho está fundado en la naturaleza del hombre y no sólo se le encuentra en la scripta lex, sino en la nata lex. De ahí que todo ordenamiento jurídico positivo que vulneraba esa "ley natural", afectando los "derechos" que conforme a ella tiene toda persona, sería a todas luces injusto, conluyo: " si todo lo que ha sido instituido en virtud de una decisión de los pueblos, de un decreto de los príncipes y de una sentencia de los jueces, fuese el derecho, en tal caso el robo, el divorcio, los testamentos falsos, con tal de que estén firmados, serían derecho, desde el momento en que habían sido admitidos por el consentimiento y la decisión de la multitud.¹⁰

El Cristianismo que brotó como doctrina de la fuente luminosa del evangelio, transformó el régimen jurídico-político del imperio romano. El politeísmo pagano, que se manifestaba en la legendaria y ficticia existencia de múltiples dioses, con poderes específicos y tareas determinadas, fue substituido por la preconización de un solo Dios, que mediante la ascunción de la naturaleza humana en la persona de Jesucrito, señaló el fin último y definitivo del hombre. Este, era simplemente un sujeto de placer y de bienestar material; su vida no trascendía de la efímera y mezquina existencia mundana. Al indicarse por el cristianismo que el hombre tiene un destino ultraterreno, que se realiza como substrátum de la inmortalidad del alma, las concepciones de la antigüedad dejan de constituir el fundamento y la justificación del Estado. El principio de que todo poder emana de Dios, originó la idea de que el gobernante no es sino un simple depositario de la potestad divina en el orden temporal, con la obligación moral y religiosa de conducir a los gobernados hacia la consecución de su felicidad como criaturas. De ahí que si éstas son hijas de Dios, sin distinción de ninguna especie, la igualdad de todos los hombres fue el principio ideológico que se opuso como réplica a las desigualdades sociales existentes.

La historia jurídica, política y religiosa de Roma experimentó en el siglo IV de nuestra era una radical transformación mediante la adopción por el emperador Constantino de la religión cristiana. Esta adopción, en lo que a la organización del Estado romano respecta, operó cambios radicales en su derecho público, preparando el terreno propicio para la gestación de los pueblos cristianos que comenzaron a formar Estados independientes al desmenbrarse el vasto imperio romano de occidente, con la invasión de las tribus germánicas, que el egocentrista espíritu de Roma calificaba con el epíteto despectivo de "bárbaras".

Una vez que hemos establecido la forma en la que estaban integrados los tribunales, la forma de gobierno y los derechos y prerrogativas que existieron en Roma, hablaremos de Grecia en la misma forma en la que lo hicimos con Roma.

¹⁰ Citado por ROMMEN, op. cit., pág. 30.

El origen del procedimiento penal se remonta a las viejas costumbres y formas observadas por los Atenienses, en el Derecho Griego, en donde el Rey, el Consejo de Ancianos y la Asamblea del pueblo, en ciertos casos, llevaban a cabo juicios orales de carácter público para sancionar a quienes ejecutaban actos atentatorios en contra de ciertos usos o costumbres. Este se inicia en la prehistoria, pero nos resulta de mayor interes la época antigua, los griegos se organizaron según el regimen de la gens, familia amplia, que para entonces ya giraba en torno al varón. Para los fines de llevar a cabo los juicios, el ofendido o cualquier ciudadano presentaba y sostenia la acusación ante el Arconte, el cual, cuando no se trataba de delitos privados y, según el caso, convocaba al Tribunal del Areópago, al de los Ephetas y al de los Heliastas.

El acusado se defendía por sí mismo, aunque en cierta ocasiones le auxiliaban algunas personas; cada parte presentaba sus pruebas, formulaba sus alegatos, y en esas condiciones, el tribunal dictaba sentencia ante los ojos del pueblo.

El Areópago correspondia al consejo de ciudadanos (eupátridas) que administraban justicia criminal, en tanto que el arconte poseía entre otras facultades: las políticas y las militares. Era ante el arconte, ante el cual se presentaba la acusación, para después convocar al tribunal Areópago.

Dracón (621 aC), un de los arcontes, prohibió la venganza privada (autodefensa unilateral), aunque es más conocido por la drasticidad de sus sanciones (sanciones draconianas).

Ya durante el periodo clásico, ciertas cuestiones políticas entre Pericles y Cimón condujeron a la promulgación de una ley (de Efiates) que le restó facultades al Areópago, y más tarde el arcontado dejó de ser un privilegio de los ricos y se estableció que las funciones públicas debian ser remuneradas.

Después de Pericles aparece en escena la Eliae, tribunal cuyos miembros se elegian democráticamente. No había acusador o actor y el procedimiento tenia dos fases: instructora, donde los magistrados instruían; y resolutora, en la que los jurados resolvían. Cualquier persona podia denunciar.

En Atenas, según Margadant, " las funciones oficiales eran anuales y se procuraba que en el transcurso de su vida la mayor parte de los ciudadanos recibieran la oportunidad de participar en la vida pública, ya sea como magistrados, jueces o consejeros. Todo magistrado era controlado severamente en forma represiva, después de entregar la administración a su sucesor, pero también anticipadamente, mediante un control llevado a cabo, de ordinario por una comisión de arcontes (los seis thesmothetati)

respecto del cumplimiento del candidato con ciertos requisitos formales y morales".¹¹

Fue durante esta época cuando se introdujo la oratoria en el foro. Así, apareció la costumbre de que los interesados llevaran a un orador para que alegara. A partir de Anfitón se escribieron los alegatos y se recibían una recompensa, esto fue el germen del defensor.¹²

Durante el mismo período coexistieron Grecia y Roma. Una rebelión de los macedonios dio lugar a la caída de Corinto (146), fecha a partir de la cual la historia griega quedó subordinada a la romana.

Los griegos contribuyeron al régimen constitucional. Sus reflexiones sobre los fenómenos, abrieron el campo para referirse a la justicia. Incluso las sentencias se debían elaborar en base a un sentimiento de justicia, más que de reglas jurídicas legisladas.

Un instrumento dado a conocer por los griegos - la lógica - marcó la pauta para posteriores desarrollos. La Lógica, aún en la actualidad, sigue siendo uno de los principales instrumentos del jurista.

A la vez, la dualidad de fases en el enjuiciamiento nos recuerda a otras que habrían de acogerse después de la Revolución Francesa; la instrucción y el juicio.

En Grecia, el individuo tampoco gozaba de sus derechos fundamentales como persona reconocidos por la polis y oponibles a las autoridades, es decir, no tenía derechos públicos individuales. Su esfera jurídica estaba integrada casi exclusivamente por derechos políticos y civiles, en cuanto que intervenía directamente en la constitución y funcionamiento de los órganos del Estado y en cuanto que tenía una situación protegida por el derecho en las relaciones con sus semejantes, mas no gozaba de ninguna prerrogativa frente al poder público.¹³

En Esparta había una verdadera desigualdad social, estando dividida la población en tres capas, que eran: Los ilotas o siervos que se dedicaban a los trabajos agrícolas; los periecos o clase media, quienes desempeñaban la industria y el comercio; y por último, los espartanos propiamente dichos que constituían la clase aristocrática y privilegiada. Ante esta jerarquía social, es inútil hablar de la existencia de derechos del hombre o garantías individuales como conjunto de potestades

¹¹ FLORIS MARGADANT, GUILLERMO, Panorama de la Historia universal, pág. 68.

¹² BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO, Derecho Procesal, t. I, pág. 448.

¹³ DE COULANGES, FUSTEL, la ciudad Antigua, edición 1908, pág. 307

jurídicas oponibles coercitivamente al poder público. Siendo el Estado en Esparta una estructura superhumana a la cual todo miembro de la comunidad debía una natural sumisión, el gobernado como tal no tenía ningún derecho frente al poder público, frente a las autoridades. Su esfera jurídica se integraba exclusivamente por derechos políticos y civiles, como ya dijimos, por potestades que lo hacían participar activa o pasivamente en los destinos sociales como elector o funcionario, y por factores jurídicos en las relaciones de coordinación con sus semejantes.

Como en casi todas las ciudades griegas, su forma de gobierno se asentaba sobre bases democráticas; la función administrativa estaba encomendada a dos reyes denominados arqueuetas, sus facultades estaban muy restringidas, sólo se dedicaban a recibir a los embajadores extranjeros y a presidir el Senado o Consejo de Ancianos. Los monarcas espartanos eran una especie de sumos sacerdotes que celebraban las ceremonias religiosas y designaban a los prelados inferiores. En tiempos de guerra, los reyes dirigían personalmente el ejército y marchaban al combate en el primer puesto.¹⁴

La actividad gubernativa en Esparta se depositó en el senado o Consejo de Ancianos, llamado Gerusia, el cual desplegaba también funciones judiciales, decidiendo en última instancia los negocios importantes en que el Estado tuviese interés. La asamblea del pueblo, compuesta exclusivamente por los espartanos, ejercía una especie de control, ya que debía someterse a su aprobación cualquier asunto.

Los éforos quienes velaban sobre la educación de la juventud, convocaban las asambleas populares, presidían los juegos y los festines, trataban con los enviados del extranjero e intervenían en las controversias de carácter privado. Podían pedir la acusación y destitución de los magistrados, incluso de los reyes, cuando ciertos fenómenos sobrenaturales indicaban, de acuerdo con su propia interpretación que los dioses no estaban satisfechos con el gobierno. Su autoridad les permitía condenar a muerte a cualquier ciudadano sin explicar los motivos de la sentencia.

En Atenas la situación social era diferente de la prevalencia en Esparta. No existía esa diferenciación jerárquica entre tres clases sociales diversamente colocadas ante el derecho y en la realidad; había, es verdad, cierta desigualdad entre los hombres, aunque no tan marcada como en el régimen espartano. El ateniense gozaba de una libertad fáctica frente al poder público; podía libremente actuar ante éste y aun impugnar o criticar su proceder en las asambleas cuando fuere contrario a su criterio; mas esa libertad sólo tenía una existencia de hecho, sin que significara, una obligación para la autoridad estatal su respecto; la libertad del ateniense, manifestaba en diversos actos concretos, no implicaba un derecho público individual, esto es, una exigencia jurídica frente al Estado con obligación ineludible de parte de sus autoridades en el sentido de acatarla.

¹⁴ DE VEDIA Y MITRE, MARIANO, Historia de las Ideas Políticas. Tomo I, pág.15.

Se atribuye a Solón la estructuración legislativa de la polis ateniense, en su obra fue tan trascendental, las más importantes instituciones jurídicas de Atenas derivaron de su genio como estadista. La organización estatal no se compendia en una constitución unitaria, sino que se establecía en diferentes cuerpos legales aislados, cuya materia de regulación era diferente. En Atenas la labor de Solón no trajo la confección de un solo ordenamiento, sino en la expedición de diversas leyes especiales.

Así desde los remotos orígenes de Atenas, los individuos se agrupan en clase sociales diferenciadas unas de otras por razón de la sangre; y sobre el que descansaba la desigualdad social, por el que se fundaba en una diferencia plutocrática. De esto, el pueblo ateniense se dividió, durante la época de Solón, en cuatro clases, colocadas jerárquicamente en atención a los bienes de fortuna que cada una de ellas poseía. Los ciudadanos componían la clase social superior, dotada de todos los derechos políticos y formada por los individuos de mayor poderío económico; los caballeros integraban la segunda clase social y aunque gozaban de tales derechos, éstos sólo los habilitaban para ocupar magistraturas inferiores dentro de la polis; la tercera clase social estaba compuesta por los zeugitas, entre quienes se reclutaban los soldados; y por último, eran los tetes los que componían la clase social más baja en Atenas, habiendo estado privados de derechos políticos.

El régimen plutocrático de Atenas, fue evolucionando hacia el sistema democrático directo, cuya implantación se consuma definitivamente bajo el gobierno de Pericles. Una de las conquistas logradas fue la consistente en el establecimiento de igualdad ante la ley. Una especie de garantía de legalidad, implicada en la circunstancia de que todo acto público y toda norma legal deberían estar de acuerdo con la costumbre jurídica. Se crearon importantes funcionarios que recibían el nombre de nomotetas o guardianes de las leyes, y cuya primordial misión estribaba en impugnar ante la asamblea las normas legales inadecuadas o impertinentes. Las asambleas de ciudadanos revisaban sus propias leyes con el objeto de constatar lo que suele llamarse su causa final, es decir, su idoneidad desde el punto de vista social, económico o político en aras de los intereses de Atenas.

Sin embargo, el órgano supremo del Estado, no existía dentro del régimen jurídico de la luminosa polis griega ninguna institución que hubiese establecido derechos en favor del gobernado frente al gobernante, circunstancia que no fue sino la consecuencia de la concepción política dominante de la época, en el sentido de que sólo a través de la organización estatal el individuo encontraba su verdadera perfección, por lo que el poder del Estado no tenía límites, pudiendo inclusive injerirse hasta en los detalles más mínimos de la vida privada.

En resumen, podemos decir que el individuo como gobernador no era titular de ningún derecho frente al poder público, en las llamadas relaciones de supra a subordinación o de gobierno

propriadamente dichas. Su personalidad como hombre se diluía dentro de la polis. Sólo valía o tenía alguna significación en la medida en que, como ciudadano, intervenía en la actividad estatal como miembro de los diferentes órganos de gobierno, tales como las asambleas y los tribunales. En Atenas, el pueblo lo era todo, a él incumbía la elaboración de las leyes y la administración de justicia, misma que impartía constituyéndose en el célebre tribunal de los heliastas. Lo que trajo como consecuencia la minización de la persona humana como tal, en su calidad de gobernado; y si el ateniense pudo escalar las más altas cúspides del pensamiento y de la expresión artística y cultural, fue debido a la actitud de tolerancia y de respeto extrajurídicos que los gobernantes asumían frente a la libertad natural del hombre, que no se erigió a la categoría de derecho público subjetivo.

Los sofistas reaccionaban contra estas concepciones. Llegaron a presuponer a la anarquía como la situación natural del individuo. Por tal motivo, no se ocuparon de la cuestión relativa a los derechos del hombre o garantías individuales como prerrogativas jurídicas de éste frente a la autoridad estatal, ya que para ellos ésta no debería existir, aun cuando, ante la realidad que vivían, explicaban al Estado como el fruto de un pacto social, sin que esta explicación significara la justificación de su existencia.

Para apoyar esta tesis los sofistas, a través de las ideas de Hippias y Alcidas, sostenían la existencia de los derechos del hombre, pero no a título de prerrogativas que el gobernado dentro del Estado o polis debería tener frente a la autoridad, sino reputándolos como elementos inseparables de la persona humana en un estado de naturaleza, en que nadie está supeditado a nadie y en que todos son libres e iguales, situación que significa para los discípulos de Heráclito el ideal de la humanidad que se alcanzaría al suprimir la organización estatal.¹⁵

Sócrates impugnó las ideas sofistas, aun cuando su pensamiento coincidía en muchos aspectos con el contenido de éstas. Estimaba que el hombre había nacido en un plano de igualdad con sus semejantes; proclamó el principio de la racionalidad en todos los actos de la vida individual y pública, llegando hasta sostener que el gobernado debía obedecer los imperativos de su razón con preferencia a las leyes positivas estatales injustas e irracionales, pretendiendo que toda la actuación humana, social o particular, se sujetarse a una norma ética de validez universal. Sócrates también decía que la razón era la base o factor determinante de la vida, por lo que es dable presumir, de acuerdo con su pensamiento, que el gobernado debería tener todas aquellas prerrogativas que estuvieron fundadas racionalmente frente a las arbitrariedades y despotismos de la autoridad del Estado.

Platón siguió en términos generales los lineamientos de la doctrina de su maestro Sócrates, en muchos puntos las ideas de ambos discrepan profundamente, en especial por lo que

¹⁵ ENRIQUE ROMMEN, Derecho Natural, ed. 1950, pág. 18.

concierno a la situación del individuo como gobernado frente a las autoridades. Platón justificaba la desigualdad social, propugnando la sumisión de los mediocres respecto de los mejores a quienes debía encomendarse la dirección del Estado. Se puede concluir que en la doctrina platónica estaban proscritas las ideas de derechos del individuo frente al poder público, puesto que éste se suponía desempeñado por personas capacitadas intelectualmente y culturalmente, a las cuales el gobernado debía sumisión. Platón hasta el extremo de considerar a éste la realidad non plus ultra que debía absorber toda la actividad individual. Fue por esto que la teoría platónica proponía la abolición de la propiedad privada y de los lazos familiares para asegurar la unidad orgánica del Estado.

Aristóteles, discípulo adopta la teoría política de su maestro, se muestra liberal, en cuanto al problema de la situación del individuo frente al poder público. Para que el hombre pueda alcanzar un grado de perfección, que no se lograba fuera de la convivencia social, era menester gozar de cierto radio de libertad, el cual implicaba, correlativamente, ciertas limitaciones al poder estatal. Según este pensador las autoridades deberían asumir el papel de tolerancia o consenso frente a una determinada actividad libre del ciudadano, pero nunca se debería ver obligadas a respetarla como si se tratara de un verdadero derecho. Por lo que ve a la igualdad, tratando de justificar la esclavitud y la existencia de clases sociales completamente diversas.

No obstante, ello no implica que para aristóteles no existiera una ley natural anterior a las leyes positivas de la polis, ya que para él éstas deberían corresponder a la justicia que debería integrar su contenido. De ahí que, cuando no existiese esa correspondencia, incumbía al juzgador, mediante la equidad, resolver en justicia cualquier caso concreto que se presentase. Sin embargo, las ideas de Aristóteles sobre la supervivencia de una ley natural sobre las leyes positivas, deben sólo considerarse como un pensamiento tímido que cede a la concepción vigorosa de la polis, considerada por el estagirita, siguiendo a su maestro Platón, como el estado en que el individuo encuentra su perfección, de lo que concluye Rommen que, contra la polis, según las ideas aristotélicas, no podía prevalecer propiamente hablando, ningún derecho natural subjetivo del ciudadano. ¹⁶

En este Estado podemos resumir que el ciudadano tenía su esfera completa, en cuanto a los derechos civiles y políticos; pero no tenía derechos oponibles a las autoridades en cuanto a tales, es decir, carecían de garantías o derechos humanos.

¹⁶ ROMMEN, op. cit., pág. 27.

1.2 INFLUENCIA RELIGIOSA EN EL PROCESO Y EN LOS MAGISTRADOS PARA LOS SENTENCIADOS.-

En el año 753 de la fundación de Roma, y 30 del Reinado de Augusto, un niño nació en un humilde establo de la aldea judía de Belén. Su madre lo envolvió en pañales y lo acostó en un pesebre, sobre paja de los animales, y lo calentó con el aliento de las bestias, por que no había encontrado posada.

El nacimiento de aquel niño habría de tener enorme repercusión no sólo en el porvenir del imperio, sino también en los siglos futuros y en la vida misma de la humanidad. Desde aquel momento empezó a contarse la era cristiana, por la que rige su tiempo la mayor parte del mundo civilizado.

El reino de Judea se hallaba entonces bajo la denominación de Roma; ésta, fiel a su norma de dejar que los países que formaban el imperio se gobernarán por sí mismos, había reconocido como rey de los judíos a Herodes el Ascalonita de origen árabe, y no intervenía mucho en los asuntos internos del país. Por las importantes obras que realizó Herodes, recibió el sobrenombre de "grande", pero en realidad los judíos lo odiaban por haber usurpado el trono de la dinastía de los príncipes asmoneos y exterminado sus últimos representantes. Subyugado y degradado, el pueblo cifró todas sus esperanzas en las profecías que en los antiguos textos hebreos anunciaban la venida de un mesías, o "ungido", para redimirlos, y muy pronto añadió a este conjunto los libros del Nuevo Testamento en donde veían confirmadas gran parte de las profecías.

Con excepción del corto incidente de la fuga a Egipto en su infancia --cuando Herodes mandó a matar a todos los niños menores de dos años--, el drama de la vida de Jesús tuvo como escenario aquel lejano rincón del gran imperio. De su vida anterior a los treinta años, poco y nada se sabe. A esta edad, Jesús salió de la casa paterna de Nazaret y empezó su vida pública. Recorrió Galilea, Samaria y Judea, enseñando con palabras sencillas y con el ejemplo de su propia vida una nueva doctrina. En un mundo que veneraba la fuerza y el poder, predicaba el amor de Dios y el amor al prójimo, que incluye también a los enemigos; exaltando a los humildes, pobres, sufridos y débiles, establecía la dignidad personal de cada individuo, todos hijos del mismo Dios, al que encomendó llamar "Padre nuestro". Era seguido por discípulos, de los cuales escogió a doce apóstoles, o mensajeros, que eran, como el mismo Jesús, de condición humilde, casi todos pescadores de Galilea. A los primeros apóstoles reveló Jesús que él era el Mesías anunciado por los profetas, hijo de Dios y hombre verdadero, enviando para redimir el mundo, y les confirió sus propios poderes para la salvación de los hombres.

Pero la mayoría de los judíos no lo reconoció como el Mesías y no lo comprendió cuando insistía en que su reino no era de este mundo. Esperaban la aparición de un poderoso caudillo que lo liberara del degradante yugo extranjero y restableciera el

reino de Israel en todo su antiguo esplendor. Además, desde el principio surgieron amargos conflictos con los representantes del Templo. En la multitud de las naciones paganas del mundo antiguo, el pueblo judío, constantemente amonestado por sus profetas, había conservado la fe en un solo Dios, pero mantenía una numerosa casta de sacerdotes o fariseos que velaban con excesivo celo por la pureza del rito; la religión judía adquiriría así cada vez mayor formalismo y exclusividad. Los fariseos se escandalizaron cuando Jesús curó a un enfermo de día sábado - que los judíos dedicaban a la oración y al descanso --; también cuando no hacía distinción entre un judío y un samaritano, y tampoco con el siervo del centurión romano; y cuando dijo que era más importante seguir sus enseñanzas que cumplir a la letra con los preceptos del rito. Otro motivo de descontento fue cuando Jesús mandó respetar al emperador romano, al decir: "Dad al César lo que es del César y a Dios lo que es de Dios."

Por fin, después de tres años de predicación, Jesús anunció a sus discípulos que ya se había cumplido los tiempos señalados por los vaticinios. Profetizó la próxima traición de uno de ellos; su muerte en la cruz, y su resurrección. Se dirigió a Jerusalén, donde se reunían grandes multitudes para la celebración de las Pascuas judías, y allí se entregó a sus enemigos. Escarnecido por la muchedumbre, y después de padecer grandes tormentos, fue condenado a la afrentosa muerte en la cruz, donde expiró orando por sus verdugos. Jesús pagó con afrentosa muerte de hermandad a los hombres y abrioles las puertas del reino de los cielos. Acusado y calumniado por los fariseos, fue sometido a tormentos horribles, y por la falta de valor de Pilato, fue condenado a morir en la cruz, muerte deshonrosa sólo aplicada a los ladrones y asesinos. Y, en efecto, en su muerte lo acompañaron dos ladrones, uno a cada lado. Cuando, exámine, pedía como muerto de la cruz, Longinos, un centurión romano, obediendo órdenes expresas, le clavó su lanza en el costado izquierdo para acelerar su muerte. Y ante el asombro y la consternación de la gente reunida, de la herida comenzó a manar sangre y agua. Doloroso fue el momento en que bajó de la cruz de Jesús. Su madre y sus discípulos más queridos se ocupan de la penosa tarea. Pero en ese cuerpo sin vida se albergaba, según los evangelios el espíritu inmortal que al tercer día resucitaría para no morir jamás. Y Jesús, triunfante en cuerpo y alma, ascendería hasta el trono de su Padre para compartir su gloria y velar por todos nosotros.

Los apóstoles, aterrorizados y desorientados, se escondieron en las casas de sus amigos y simpatizantes; pero los judíos que se encontraban en Jerusalén no se dispersaron, como si esperaran algún otro epílogo del drama presenciado en la Gólgota; y para el día de Pentecostés; la muchedumbre reunida en la ciudad aumentó. Ese día los apóstoles empezaron intrépidamente a predicar en las calles. Anunciaron que a los tres días de su muerte Jesús resucitó glorioso y que permaneció aún cuarenta días en la tierra antes de subir al cielo para tomar posesión de su gloria y ser el intercesor de los hombres ante su divino Padre. Durante ese tiempo les había dado instrucciones y poderes para la constitución de su Iglesia, nombrando a Pedro como su jefe supremo. Y ahora, tal como les había prometido Jesús, el Espíritu Santo purificó e iluminó sus almas y les comunicó el don de la palabra para que, fieles al mandato de "id y enseñad a todas las naciones", propagaran su evangelio en toda la faz de la tierra.

Tales afirmaciones son el principal objeto de la doctrina cristiana y se relatan en los cuatro Evangelios, escritos por algunos de los apóstoles y sus discípulos. En ellos, como en las demás obras de los apóstoles, y en la tradición oralmente transmitida, se hallan la revelación de la divinidad de Jesucristo y los dogmas en que basa el cristianismo: Que existe un solo Dios en tres Personas, Padre, Hijo y Espíritu Santo; que Dios ha creado el cielo y la tierra, y al hombre a semejanza suya, pero que por el pecado el hombre perdió su unidad con Dios, hasta que fue restablecida por Jesucristo, milagrosamente nacido de María Virgen, mediante su encarnación y muerte redentora. Y finalmente, que el único camino para la salvación del hombre es la imitación de Jesús, presente en la Iglesia que fundó.

Esta doctrina, contenida en las palabras del credo, es la que profesan todos los cristianos, que actualmente representaban un tercio de la población del mundo, incluyendo los católicos romanos, la iglesia ortodoxa y muchas de la iglesias protestantes.

Los apóstoles predicaban al comienzo en toda Judea, estableciendo numerosas iglesias o comunidades gobernadas por obispos; pero luego empezaron a evangelizar en otros países, entre paganos o gentiles; y a los pocos años, en Antioquia, capital de Siria, la multitud de los creyentes era tan numerosa que Pedro estableció allí su sede. Fue en Antioquia donde los adeptos de la nueva fe empezaron a llamarse "cristianos". Los apóstoles recorrieron incansablemente todas las provincias del imperio y llegaron hasta los límites del mundo conocido, ayudados por la magnífica red de comunicaciones romanas; y el evangelio, o "buena nueva", que propagaban se difundió con rapidez asombrosa. En el año 42, Pedro se encaminó a Italia, para propagar la doctrina desde el centro del mundo pagano, y en el 54 se estableció definitivamente en Roma para regir desde allí la Iglesia.

Pero el apóstol que con mayor éxito se dedicó a la conversión de los paganos fue Pablo, un hombre de gran talento, merecidamente llamado el "apóstol de los gentiles". Pablo ni siquiera conoció a Jesús, como los demás apóstoles: su verdadero nombre era Saulo y había nacido en tarso, en el seno de una familia judía, pero era ciudadano romano. Al principio se distinguió por su celo en perseguir a los cristianos, pero luego de su conversión se consagró con entusiasmo a la propagación de la nueva fe. Desde Damasco, que fue centro de sus actividades, hizo varios viajes que lo llevaron por toda Asia Menor, Grecia y casi toda península Balcánica, España y parte de Italia. Preso de Jerusalén, y después en Roma, no dejó de evangelizar de viva voz, y con sus cartas o epístolas, dirigiendo desde lejos las comunidades cristianas.

Los primeros cristianos daban al mundo el ejemplo de todas las virtudes; vivían muy unidos entre sí; tenía todo en común; los ricos vendían sus bienes para que el producto fuera distribuido entre todos, y diariamente se reunían para orar y dar instrucción a nuevos deptos.

Al principio no encontraron seria dificultades, pero a medida que las congregaciones cristianas se fueron extendiendo y cobraban importancia, los sacerdotes de otras religiones empezaron a inquietarse. Las primeras persecuciones en Judea fueron iniciadas por los fariseos que vieron en la nueva religión una amenaza para la situación privilegiada de que gozaban. Pero donde las persecuciones fue entre los paganos, a pesar de que el imperio era bastante tolerante en materia de religión. La veneración de los dioses paganos de Roma constituía la religión oficial del estado, mas en conglomerado de naciones que formaban el imperio se practicaba libremente una multitud de cultos exóticos. Pero desde que se instituyó el culto de la persona de los emperadores, éste era el único obligatorio para todos, y la intransigencia de los cristianos, que rehusaban rendirles homenaje como la divinidad, era considerada por los romanos equivalente de traición. La vida ejemplar de los primeros cristianos -- al principio blanco de burlas -- abrió los ojos sobre los males sociales del tiempo. Una doctrina que no se limitaba al culto y rito, sino que regía la vida misma de los que la profesaban, imponiendo sus propias normas, empezaban a amenazar el orden de la sociedad establecido en Roma. Se desencadenó una campaña de calumnias, seguida por edictos en contra de los cristianos, y después por persecuciones.

La primera gran persecución la inició Nerón, quien quiso distraer sobre los cristianos las sospechas del pueblo de que era él quien había incendiado a Roma. Durante esa sangrienta persecución Pedro y Pablo sufieron el martirio, junto con numerosos cristianos. Ambos murieron el mismo día: Pablo, como ciudadano romano, fue decapitado; pero a Pedro se le condenó a morir del mismo modo de Jesús, pidió que lo crucificaran cabeza abajo. Todos los apóstoles, excepto Juan, rubricaron con el martirio su apostolado: Santiago el Menor, en Jerusalén; Simón, Judas Tadeo y Mateo, en Persia; Matias, en Etiopia; Andrés, en Grecia; Bartolomé, en America y Felipe y Tomás en Asia, este último en la costa de Coromandel.

Durante casi tres siglos se desencadenaron en toda la extensión del imperio las persecuciones más sangrientas, pero la constancia en la fe y el heroísmo con que los cristianos sufrieron los más crueles tormentos inducían a muchos de los que perseguían a abrazar la religión de sus víctimas, y el número de cristianos iba aumentando. A comienzos del siglo IV, el emperador Constantino se convirtió al cristianismo, y éste pasó a ser religión del estado.

Cuando en el siglo V las sucesivas invasiones de los bárbaros llevaron a cabo, lentamente, la definitiva destrucción del imperio, la Iglesia fue la única fuerza cohesiva que entre sus ruinas pudo, sobre todo en los monasterios, preservar la herencia del mundo antiguo, emprender la tarea de civilizar los nuevos pueblos, moderar las ambiciones de los reyes y señores feudales, y hacer menos dura la vida de los humildes durante la Edad Media.

En resumen, podemos decir que los magistrados y encargados de hacer valer la justicia estaban influenciados por las creencias de la religión de aquellos días, un ejemplo claro fue la

vida de Jesucristo que fue sentenciado, golpeado, turturado como si fuera el peor de los delincuentes; todo por predicar que era el mesías, el hijo de Dios Padre nuestro, donde se le aplicaron las más crueles y severas penas por considerar esto una herejía, que en ese tiempo era el delito más grave.

Vemos así pues, la gran influencia que tenía la religión, que cualquiera que se atreviera u ostentara a amenazar o lesionar la religión o al rey, era castigado con los más sanguinarios, crueles y bestiales penas que en ese entonces era el sacrificio.

1.3 EJERCICIO DE LA ACCION PENAL EN EL PUEBLO GRIEGO Y ROMANO.

El ministerio público es una de las instituciones más discutidas desde su nacimiento e instalación en el campo del Derecho Procesal Penal, debido por una parte, a su naturaleza singular y por otra, a la multiplicidad de facetas en su funcionamiento.

Sus orígenes continúan siendo objeto de especulación, su naturaleza y funciones aún provocan constantes y enconadas discusiones.

Entre sus antecedentes estudiaremos su organización jurídica de Grecia y Roma, aunque otros autores le otorgan al Derecho francés la paternidad de la institución.

Al consagrarse el principio del monopolio de la acción penal por el Estado, se inicia el período de la acusación estatal en que uno o varios órganos son los encargados de promoverla. El Ministerio público ha sido duramente combatido y se le ha llamado "el ente más monstruoso y contradictorio, inmoral e inconstitucional que se mueve como autómatas a voluntad del Poder Ejecutivo" o "un invento de la monarquía francesa destinado únicamente a tener de la mano a la Magistratura". Sus partidarios llegaron a considerarlo como una magistratura independiente que tiene la misión de velar por el estricto cumplimiento de la ley y que es depositaria de los más sagrados intereses de la sociedad. Esa es una de sus principales características que tiene el Ministerio público, pero esto no es lo que estamos investigando, sino investigar los orígenes de éste; nos resulta encontrar conexiones en el pasado con la moderna institución. Se afirma que existió en Grecia, donde un ciudadano llevaba la voz de la acusación ante el Tribunal de los Heliastas. En el Derecho Atico, era el ofendido por

el delito quien ejercitaba la acción penal ante los tribunales. No se admitía la intervención de terceros en las funciones de acusación y de defensa. Regía el principio de la acusación privada o venganza privada que era cuando se llevaba a cabo un acto lesivo a los intereses particulares o del grupo, el ofendido o sus familiares cobraban en la misma moneda la ofensa recibida, y muchas veces en forma estricta. Para ello, se organizaban de acuerdo con la reacción defensiva natural en todo hombre, y aunque no existía poder estatal regulador de los atentados, dicha etapa sirve de antecedente remoto a lo que más tarde se convierte en el Derecho Procesal Penal. La venganza se caracteriza esencialmente porque se realiza por el propio ofendido y en nombre propio. Por lo demás, hay épocas durante la venganza en las que se aplicaba un procedimiento rudimentario antes de concederla y por eso se daba el asilo previo hasta definir si el perseguido era realmente responsable. De tal manera que, las formas y los actos celebrados en ese orden, no pueden considerarse como un verdadero procedimiento penal.

Después, se encomendó el ejercicio de la acción a un ciudadano, como representante de la colectividad; era una distinción honrosa que enaltecía al elegido y el pueblo lo premiaba con coronas de laurel. Sucedió a la acusación privada, la acusación popular, al abandonarse la idea de que fuese el ofendido por el delito el encargado de acusar y al ponerse en manos de un ciudadano independiente el ejercicio de la acción, se introdujo una reforma substancial en el procedimiento, haciendo que un tercero, despojado de las ideas de venganza y de pasión que insensiblemente lleva el ofendido al proceso, persiguiese al responsable y procurase su castigo o el reconocimiento de su inocencia, como un noble atributo de justicia social.

La acusación privada se fundó en la idea de la venganza, que fue originalmente el primitivo medio de castigar. El ofendido por el delito, cumplía a su modo con la noción de justicia, haciéndosela por su propia mano como ya mencionamos más adelante esta la denominamos la ley del Talion. "ojo por ojo". La acusación popular significó un positivo adelanto en los juicios criminales. Su antecedente histórico se pretende encontrarlo en los Temosteti que tenían en el Derecho Griego la misión de denunciar los delitos ante el Senado o ante la Asamblea del pueblo para que se designara a un representante que llevara la voz de la acusación.

El arconte, que es el antecedente más remoto de esta institución, era un magistrado que en representación del ofendido y de sus familiares o por incapacidad o negligencia de éstos, intervenía en los juicios; sin embargo las atribuciones son dudosas y aunque se ha insistido que entre atenienses la persecución de los delitos era una facultad otorgadas víctimas y a sus familiares, los datos que obran al respecto no suficientes para emitir un juicio preciso. El arconte era el encargado de la acusación y también convocaba al Tribunal de Areópago, al de los Ephetas y al de los Heliastas. El acusado se defendía por sí mismo, aunque en ciertas ocasiones le auxiliaban algunas personas; cada parte presentaba sus pruebas, formulaba sus alegatos, y en esas condiciones, el tribunal dictaba sentencia ante los ojos del pueblo.

Apesar del alto grado de desenvolvimiento jurídico a que llegaron los romanos como los griegos, la institución del Ministerio Público era desconocida para estos pueblos, quizá porque, como ya se indicó anteriormente, la persecución de los delitos estaba a cargo de la víctima y de sus familiares.

En el Derecho Romano sus procesos giraron en relación al derecho de acción y su ejercicio. El procedimiento de las legis acciones se caracterizaba por los siguientes rasgos:¹⁷

a) Se desarrolla en dos fases : una ante el magistrado y otra ante el juez. Ante el magistrado las partes exponían sus pretensiones y preparaban el engocio. Enseguida, era el juez el que zanjaba las diferencias pronunciando la sentencia.

b) el procedimiento ante el magistrado era de lo más formalista. Las partes debían pronunciar palabras, hacer gestos, tal y como la ley lo había establecido sin variar nada, so pena de perder el juicio.

c) Prácticamente el papel del Magistrado era nulo, pues, presidía la realización de la legis actio sin poder variar nada; aquí se ve que la acción es un conjunto de formalidades que el actor debía satisfacer ante el magistrado con independencia del derecho que se reclamaba. Se desdobra de dos momentos: el primero, denominado in iure, tiene por objeto instituir el Tribunal de arbitraje y termina con la litis contestatio, el contrato por el cual las partes se ponen acordes en someterse al árbitro instituido; se accionaba y se admit la demanda ante el magistrado; el demandado contesta en la misma forma ritual y se forma la litis contestatio; con ella se abre el segundo momento, o sea, ante el Judex, quien analiza la "litis" y emite el fallo o sentencia.

En el formulario, el actor accionaba y hacía saber su pretensión al magistrado, el que completaba la litis con las defensas del demandado, redacta un escrito que era la fórmula en la que se vaciaba la litis y designaba al juez, facultándolo para condenar o absolver al demandado según la opinión que se formara del juicio.¹⁸

La acción se sigue desdoblando de dos momentos: ante el magistrado y ante el juez; se integraba de cinco partes la fórmula:

1.- La institutio iudicis, o parte que tenía por objeto designar al juez; 2.- La demonstratio, que era la exposición de los hechos alegados por los litigantes; 3.- La intentio, que resumía las pretensiones del actor; 4.- La condemnatio, o facultad que daba el magistrado al juez, para condenar o absolver

¹⁷RODOLFO SOHM. INSTITUCIONES DE DERECHO PRIVADO ROMANO, p. 363.

¹⁸EUGENE PETIT, TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO, p. 625.

al demandado; 5.- La adjudicatio, que permitía al juez atribuir la propiedad de una cosa a otra de las partes.

El extraordinario sustituyó al formulario y consistía en que el magistrado conocía directamente de litigio y lo resolvía él mismo evitando la intervención del Juez privado, desapareciendo que la instancia se dividiera en procedimiento *in jure e in iudicium*.¹⁹

Las formas de accionar en lo penal variaron, según la distinción que se tenía entre delitos privados y delitos públicos. Se puede decir que la acción penal en un principio era ejercitada directamente por los particulares ofendidos, como consecuencia de la *actio doli* en el proceso penal privado; en el proceso público, en su fase de la *cognatio*, aún la de acusar, reputándose como una de las funciones procesales concedidas al magistrado, quien disponía de amplios poderes discrecionales para ejercer su ministerio; los inconvenientes de semejante régimen de enjuiciar, y los peligros de que se utilizase como arma política de esos funcionarios, originaron que ya en los últimos siglos de la República, se le tuviera como procedimiento insuficiente. Durante la *acusatio*, reducida ya la actividad del Magistrado a la jurisdiccional, la de acusar o accionar en lo penal pasó a ser facultad de un representante voluntario de la sociedad, al que se denominó *accusatore*, cuya actividad era realizada, bien por el ofendido, o por el ciudadano distinto deseoso de perfeccionarse en la práctica del derecho o, en el arte de la oratoria. Como consecuencia de este sistema, el permitir a los particulares accionar con frecuencia ello originó se utilizase tal actividad con fines de venganza y por eso la *acusatio* fue sustituida, en el llamado proceso penal extraordinario, por la práctica y actuación de los llamados *curiosi* o *nunciatores*, que eran los funcionarios o agentes públicos encargados de accionar y realizar las pesquisas en forma oficial.

Había seis Acciones Penales en particular del derecho penal romano., Para darnos una idea de las facultades y consecuencias de accionar penalmente en lo particular, diremos que en el Derecho Romano a los llamados delitos privados se les dividió en delitos civiles y delitos pretorianos.²⁰

De estas divisiones, trataremos tres acciones resultantes de cada una; de los civiles, veremos la acción que se derivaba del *Furtum*, de la *injuria*, y del *damnum injuria datum*; de los pretorianos, la derivada de la *rapina*, el *dolus* y el *metus*.

Comenzaremos hablando del *Furtum* o Robo era en roma el apoderamiento de una cosa ajena con espíritu de lucro. Tenía un concepto más amplio que el actual ya que todo apoderamiento de una cosa ajena lo constituía, pues, tal delito se integraba no sólo por el apoderamiento o robo que actualmente conocemos, sino también

¹⁹RENE FOIGNET. MANUAL ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO, t. 263.
²⁰RENE FOIGNET, MANUAL, Ob. cit., p. 164.

por el uso fraudulento de la cosa ajena, abuso de confianza o sustracción.

Este delito engendraba dos acciones distintas: 1.- Una acción penal, que tenía por objeto el castigo del culpable con resarcimiento patrimonial para el ofendido, o reparación de daño. 2.- Tan sólo la parte final de la anterior, o actio rei persecutoria, de indemnización al robado.

Las características de tal acción son las siguientes: Desde luego que se trata de una acción penal que si bien no se diferenciaba en cuanto a su ejercicio de la civil, si en cambio, se apartaba de ésta respecto de la materia; podía ser ejercitada por toda aquella persona interesada en que no se hubiere cometido el delito si era ciudadano, y después, pudo también ejercitarse por los peregrinos, gracias a la ficción del derecho de ciudad inserto en la fórmula; se ejercitaba únicamente en contra del ladrón, pues ya existía el concepto de la pena es personal.

La Injuria, este concepto se difiere mucho del que actualmente se tiene de la misma; consistía en toda clase de ataque a la persona; incluía, no sólo las palabras injuriantes o libelos difamatorios, sino también los golpes, las heridas, las lesiones, etc.

Al igual que en el furtum, la acción nacía de a injuria, era una acción penal, ejercitada por el ofendido y, sólo en contra del culpable y sus cómplices; no era perseguible de oficio, sino a instancia del agraviado que podía otorgar el perdón, lo que pudiera ser antecedente del derecho de querrela y remisión.

En el Damnum injuria datum; podría decirse que este delito consistía en lo que hoy conocemos como daño en propiedad ajena o daño inflingido injustamente a una persona en sus cosas personales. La acción resultante era penal, y sólo ser intentada por el propietario de la cosa dañada quien debía ser ciudadano; sólo se daba en contra del trasgresor y de sus cómplices;

La Rapina era el robo cometido con violencia, del mismo nacía la actio bonorum raptorum, que también era de carácter penal, se ejercitaba por el perjudicado y en contra del trasgresor.

Esta acción tiene también carácter mixto, pues con ella se penaba al infractor con un cuádruplo del valor de la cosa, o bien por un tanto de restitución patrimonial y el resto penal.

El Dolus, este delito se constituía por las maniobras fraudulentos de que valía el trasgresor para inducir a la víctima al error que le causaba un perjuicio. La acción que se dio era de carácter penal, promovida por el ofendido y en contra del violador, el que podía evitar la condena, si reparaba el perjuicio que hubiere ocasionado.

El Metus, eran las amenazas o medios utilizados por el trasgresor para atemorizar a la víctima con el objeto de que ésta ejecutara algún acto. Los caracteres de esta acción son comunes a las del Dolus.

En los delitos públicos que eran los que atacaban directa o indirectamente al orden público, o a la organización política, o la seguridad del Estado. Daban lugar a una persecución criminal, ejercida según las reglas propias, delante de una jurisdicción especial. El derecho de intentar estas persecuciones estaba abierto a todo ciudadano, aunque de hecho sólo los personajes de cierta importancia osaron asumir el papel de acusador. Los procesos que tendían a reprimir estos delitos eran los llamados crimina o judicia publica. Leyes penales fijaban para cada delito público más o menos graves.

En Roma, todo ciudadano estaba facultado para promover la acción penal. Cuando el romano se adormeció en su indolencia y los hombres de Breno tocaron a las puertas de la gran urbe; cuando las rivalidades entre Mario y Sila produjeron el período de las delaciones secretas, se abandonó la acusación privada y se adoptó la acusación popular y el procedimiento de oficio que es para algunos autores el germen del Ministerio Público.²¹

El procurador del César, de que habla el Digesto en el Libro Primero Título 19, se ha considerado como antecedente de esta institución debido a que dicho procurador, en representación del César, tenía facultades para intervenir en las causas fiscales y cuidar del orden en las colonias, adoptando diversas medidas, como la expulsión de los alborotadores y la vigilancia sobre éstos para que no regresaran al lugar de donde habían sido expulsados.

En Roma, Catón y Cicerón, tuvieron a su cargo el ejercicio de la acción penal en representación de los ciudadanos. Más tarde se designaron magistrados, a quienes se encomendó la tarea de perseguir a los criminales, como los curiosi, stationari o irenarcas, que propiamente desempeñaban servicios policíacos, estas autoridades dependían directamente del pretor y en particular, los praefectus urbis en la ciudad; los praesides y procónsules, los advocati fisci y los procuratores Caesaris de la época imperial, que si al principio fueron una especie de administradores de los bienes del Príncipe (rationales), adquirieron después suma importancia en los órdenes administrativo y judicial, al grado de que gozaban del derecho de juzgar acerca de las cuestiones en que estaba interesado el Fisco. En las legislaciones bárbaras, encontramos a los gastaldi del Derecho Longobardo, los cante o los sayones de la época franca y los misci dominici del Emperador Carlomagno. El procedimiento de oficio, implantado en Roma, se reconoce en el Derecho feudal, por los condes y justicias señoriales.

²¹MANDUCA: El Procedimiento Penal y su desarrollo histórico.

En Resumen, observamos como en estas etapas y a virtud de la "accusatio", al particular ofendido le correspondía las atribuciones que hoy tiene el ministerio público, no sólo de ejercicio de la acción penal, sino también en el aspecto investigatorio, pues el pretor lo investía de la facultad de indagar sobre el hecho para lo cual se le otorgaba un término de treinta días²²

Hemos explicado cuáles eran los sistemas acusatorios en Roma, a saber, por los ofendidos, los ciudadanos y los magistrados, de ninguna manera podríamos afirmar que en la antigua Roma se hubiese tenido idea del ministerio público actual; es de aceptarse, sin embargo, que en ningún momento y principalmente durante el tiempo de la República, ni tampoco bajo el Imperio, los procedimientos de oficio se prohibieron a los magistrados. Establecieronse los Quaestores y cuando se les aumentó la competencia para intervenir en más casos, simultáneamente se les amplió su jurisdicción; éstos en principio tenían por misión especial, buscar a los culpables e informar ante los magistrados, pero no de juzgar. Así pues, pronto se les ensanchó su competencia, creándose los quaestores aerarri a cuyo cuidado fue confiado el tesoro público así como el del príncipe, llamado eratio o fisco. Estos ejercían su acción contra los deudores del Estado, llegando a tener ingerencia en relación a las finanzas en su carácter de defensores del tesoro público, con las persecuciones que ejercieron contra aquellos que dilapiaban las rentas del Estado.

Con las salvedades anotadas, definitivamente negamos que hubiese existido la institución del ministerio público en la antigua civilización romana, aunque podríamos afirmar, que de manera accidental, alguno de los personajes citados pudo haber realizado alguna de las funciones del ministerio público moderno.

1.4 SENTENCIAS APLICATIVAS A LOS DIFERENTES ESTRATOS SOCIALES .-

Antes de comenzar con este tema, debemos hacer mención de los diferentes estratos sociales que existían en Roma y Grecia., para poder entender como se aplicaban las sentencias entre estos.

En Roma existieron diferentes clases., como son los ciudadanos, los no ciudadanos, los ingenuos, los libertos y los esclavos.

²²JORGE A. CLARIA OLMEDO, *Tratado de Derecho de Procedimiento Penal*, T. I, p. 101.

Los ciudadanos son aquellos que gozan de todas su prerrogativas que constituyen el *ius civitatis*, es decir, a participar de toda las instituciones del Derecho civil romano, público y privado. Entre las ventajas que estos tenían era el derecho a contraer matrimonio (*connubium*) y el derecho para adquirir y transmitir la propiedad, valiéndose de los medios establecidos por el Derecho civil. El derecho de votar (*ius suffragii*), el derecho para ejercer las funciones públicas o religiosas, entre otros.

Los no ciudadanos o extranjeros, en un principio, están privados de las ventajas que confiere el derecho de ciudadanía romana y sólo participan de las instituciones derivadas del *ius gentium*. Existen diferentes clases como son los peregrini, son los habitantes de los países que han hecho tratados de alianza con Roma. Estos no gozaban de los derechos que mencionamos para los ciudadanos pero eran susceptibles de adquirirlos. Los latini eran peregrinos tratados con más favor, y para los cuales se habían acordado ciertas ventajas comprendidas en el derecho de ciudadanía romana. Fueron de tres clases: los latini veteres, los latini coloniarii y los latini juniani. Los primeros eran los habitantes del antiguo Latium; poseían el *commercium*, el *connubium* y encontrándose en Roma cuando la reunión de los comicios, disfrutaban del derecho de voto. Los segundos eran aquellos que después de una guerra los pueblos vencedores creaban colonias en medio de sus antiguos habitantes y sobre una parte del territorio conquistado; gozaban del *commercium*, pero no del *connubium*, ejercían derechos políticos en sus ciudades, pero no en Roma. Los terceros y últimos eran los libertos que se les concedía la condición de latinos coloniales, y de cierta capacidades particulares.

Los ingenuos eran aquellos que nacen libres y no han sido esclavos en derecho. Se les aplica la condición del padre en el momento de su concepción; fuera del matrimonio siguen la condición de la madre si esta era libre en cualquier momento de su nacimiento. Estos podían ser los ciudadanos, latinos o peregrinos; tenían todas las prerrogativas de la ciudadanía romana en derecho público y privado.

Los libertos era el que fue liberado de una esclavitud legal, es decir, contándose desde entonces entre las personas libres.

Los esclavos eran aquellos que estaban bajo la propiedad de un dueño. No gozaban de ningún derecho, eran considerados como cosas y el patron podía gozar de disponer de su vida en cualquier momento.

Aristóteles dijo el hombre es un ser esencialmente sociable. El hombre, como el animal, un obrar que satisface sus necesidades se hace costumbre; la costumbre automatizada, mecanizada, viviente sin trasponer los umbrales de la conciencia, se hace instinto. Con el hecho constante de la existencia de los hombres sobre la tierra fueron naciendo los instintos de sociabilidad y, por tanto, la fuerza de aproximación de unos a otros. En el reino de los instintos, en la humanidad primitiva, la aproximación produjo, choques y pugnas que culminaron

con el predominio del más fuerte y luego, del que además fuera más inteligente o astuto. Sobre la fuerza, la inteligencia y la astucia, vinieron por último los intereses generales creando fórmulas de derecho, de paz jurídica, para regular los intereses de todos y hacer posible la convivencia social de unos y otros. Y como la función crear el órgano, así las penas fueron creando el derecho Penal.

Las penas primitivas fueron, primero la reacción natural de cada uno contra la lesión en sus bienes: vida e integridad corporal. En el interés de los propios hombres estuvo reaccionar contra la transgresión de las normas de convivencia comunes, castigando al que hubiera atentado contra los intereses de cada uno. De aquí el carácter social de la venganza. Todo cuanto ofendiera, cuanto atentara contra los bienes de los hombres debía ser castigado. El niño devuelve mal por mal y todo su mundo circunstancial es responsable; así también ha procedido la humanidad, los procesos contra animales en Francia, Inglaterra y España existieron hasta tiempos modernos. El niño reclama lo suyo penalmente nunca civilmente; con violencia ilimitada. Las normas penales protegen eficaz e inmediatamente los derechos, la pena tutela toda protegiendo contra infracciones puramente civiles: el acreedor que no pueda cobrar íntegramente su crédito podrá cortar de su deudor cierta cantidad de carne, y si cortarse más no merecerá castigo.

Los tratadistas distinguen periodos diversos en la evolución histórica del Derecho Penal. La venganza privada (por el ofendido o su familia) y la venganza pública (fase teocrática, de intimidación y de corrección); cuello Calón lo divide en venganza privada, venganza divina, venganza pública, periodo humanitarios y científico; Prins: periodo consuetudinario de reparación (hasta la Edad Media), de expiación o intimidación (hasta Renacimiento), humanitario (hasta el siglo XVIII y parte del XIX), y científico (contemporáneo). La distinción de Carrara advertía diferentes periodos: teológico, metafísico y matemático.

La venganza privada en sus dos aspectos: individual y familiar, y con sus limitaciones: el talión y la composición pecuniaria; y el de la venganza pública en el que, con Florián, destacaremos el elemento religioso, el político o guerrero, y los periodos intimidatorio, correctivo o humanitario y científico.

La venganza privada, Como dijimos, la primera manifestación del derecho fue la de defenderse lo que consideraba el individuo como propio; la segunda etapa evolutiva consistió en que, habiéndose producido la lesión, afloró en esos hombres un sentimiento por demás especialísimo consistente en lavar la afrenta sufrida, o bien si es posible, en recuperar lo perdido. Nació así la venganza, instinto éste que no solo quedó con el particular ofendido, sino que también pasó a sus familiares y después al grupo; consecuentemente, se hacía justicia por su propia mano. Por lo mismo de intervenir las familias, tal sentir se hizo colectivo, ejemplo que se encuentra en la llamada venganza de la sangre que amalgama el carácter de deber y de derecho, por que intervinieron los miembros del clan ofendido para castigar al trasgresor.

El talión, con su dilema que consistía en que, como quiera que en ese caos y desorden social que imperaba la única forma de justicia encontrábase representada por la fuerza, sucedía que en muchas ocasiones la supuesta "justicia" de propia mano cobrada resultaba más injusta que la falta, al imponerse una reacción mayor a la causa. Nuevamente tratan de ingeniarse a modo de evitar tales perjuicios dando origen a la llamada Ley de Talion, que no era otra cosa que la de infligir al infractor un castigo igual a la falta cometida; en esencia, ello pretendía regular los alcances de la venganza que no debían ir más allá de la lesión inferida por el trasgresor. Por más que esta figura se hable pensamos que el problema, del todo, sencillamente no se solucionó con el talión. Si, vino en parte a tratar de corregirlo; de él se derivaron reglas conocidas como: "ojo por ojo", "diente por diente", y en esencia, seguro que se registró un proceso palpable respecto de las épocas que le precedieron, revelando un sentido de proporcionalidad en el castigo, limitando sus efectos y extensión a la venganza que debía llegar tan sólo, hasta el daño originado.

La distinción en periodos no quiere decir que cada uno sea totalmente distinto de los otros, pues lo probable es que todos hayan tenido influencias mutuas, máxime en los primeros. Lo que en Sociología se conoce como fenómeno de reviviscencia o perduración y vuelta a vivir a través de otros medios, como ejemplo. la fórmula usual en los regímenes laicos de la protesta de decir verdad es una reviviscencia del juramento, que a su vez sobre vive de las ordalias y juicios de Dios.

Como todo ser vivo, el hombre accionaba por el impulso de tres fuerzas-instintos: de conservación, de reproducción y de defensa. Los tres no hacen más que afirmar su existir como individuo y como especie. Por ello la defensa se descompone en ofensa. Es defensa-ofensa, dice Ferri. Todo organismo que se siente en precariedad de una ofensa reacciona defendiéndose y ofendiendo a la par. El animal responde al ataque con el ataque; el hombre primitivo, el niño resuelve la ofensa con reacciones puramente animales.

En la pugna triunfal el más fuerte sobre el menos fuerte, el débil es totalmente aniquilado, porque en el mundo de la defensa-ofensa el juego de las fuerzas naturales es enteramente libre. No se puede hablar, entonces, ni de derecho ni de justicia. La naturaleza no es ni justa ni injusta.

Más tarde la convivencia social y los vínculos de sangre entre los hombres, familias y tribus, transportan la reacción de lo individual a lo social. La solidaridad del grupo familiar o social eleva y generaliza, y también depura, la pugna. El nexa de consanguinidad unifica vigorosamente los linajes produciendo una comunidad de cultos, económica, de unos y de relaciones. Un tipismo acusado caracteriza ya a los grupos familiares; y así la gens absorbe la defensa-ofensa, que pasa a adoptar formas históricamente superiores, privación de la paz, persecución. El hombre, reforzado en su gens, que hace suyo el derecho a la venganza, se siente ya ligado al grupo; no está sólo, cuenta ahora

con el derecho a ser protegido y vengado; correlativamente, reconoce su deber de proteger y vengar a los suyos y de someterse a ellos. Puede, así, hablarse de derechos y deberes. Por una supervivencia superada se reconoce hoy que el Ministerio público representa a la sociedad al ejercitar la acción penal contra los delincuentes, la venganza privada ha sido superada por función punitiva del Estado, al servicio de la paz pública.

Entre los de la misma gens o de la misma tribu la reacción ilimitada y excesiva representaba un debilitamiento frente a grupos antagónicos, cuando lo deseable era el debilitamiento de éstos. Por ello la ofensa vindicatoria pasó a ser limitada sólo para los propios; pero ilimitada para los demás. Su primera limitación: el talión, talis, el mismo o semejante: "ojo por ojo, diente por diente, rotura por rotura". Acotó la venganza con sentido humanitario hasta la dimensión exacta de la ofensa. Otra limitación: la composición o rescate del derecho de venganza, por medio del pago hecho por el ofensor, en animales, armas o dinero, humanizó igualmente y dentro de un progreso todavía mayor, las proyecciones de la venganza privada. En la composición se distinguen dos momentos: Ocurrió el delito, ofendido y ofensor, voluntariamente y en cada caso, transan mediante pago hecho por el segundo; después, generalizada esta solución, es el grupo el que exige la composición entre el ofendido y ofensor, ajenamente a la voluntad de éstos; en el primer momento subsiste la venganza privada, pero el grupo castiga cuando el ofendido lo reclama: en el segundo, ante la eficacia del sistema, es el grupo mismo el que impone la solución pacífica.

Talión y composición representan un adelanto moral y jurídico para la humanidad, un progreso que no habría de perderse en los horizontes de la historia: la multa en beneficio del Estado es una supervivencia evolucionada de la primitiva composición.

Así como la humanidad iba desentrañando el misterio circundante por medio de sus religiones, los dioses tomaron asiento entre ella y vinieron a afianzar el sufrimiento de la pena, el juramento vino a hacer presente al Dios en medio de la comunidad con testigo; el incumplimiento de lo prometido habría de ofender e irritar a la divinidad y por ello; en su nombre, la comunidad castigaba. Las reacciones de la ofensa-defensa pasaron, así, a constituir un desagravio a la divinidad.

En el derecho protohistórico de los pueblos encontramos ya la venganza privada en sus dos formas reseñadas, a más del carácter sacerdotal o teocrático de la punición.

La más antigua codificación conocida, el código de Hammurabi que data del siglo XXII a J.C; contiene ya dichas formas:

Art. 196.- si alguno saca a otro ojo, pierde el ojo suyo; el Art. 197.- si alguno rompe un hueso a otro, rómpasele el hueso suyo. Entre otros artículos que contenían este tipo de

venganza. Así el código de Hammurabi perteneció, sin duda, a una civilización muy avanzada, como lo prueba sus graduaciones y aplicaciones ético-psicológicas, su distinción entre derecho patrimonial y público, sus garantías procesales, su regulación de la imputabilidad, su variedad y complejidad penales.

En Grecia, Licurgo en Esparta (siglo XI a J.C), Solón (siglo VII) y Dracon (siglo VI) en Atenas, Zaleuco (siglo VII) en Locris, Crotona y Sabaris; Caronda (siglo VII) en catania, sancionaron la venganza privada. No obstante ser considerado el delito como imposición fatal del destino, el delincuente debía sufrir pena: Edipo y Orestes eran sacrificados. Licurgo hizo castigar el celibato y la piedad para el esclavo, mientras declaraba impune el robo ejecutado diestramente por los adolescentes. dracón distinguió ya entre delitos públicos y privados, señalando un progreso que Roma habria de recoger. Los filosofos principalmente Platón y Aristóteles, penetraron el fin científico de la pena, anticipándose a la moderna Penología; así Platón sentó que si el delito es una enfermedad, la pena es "una medicina del alma", y Aristóteles que "el dolor infligido por la pena debe ser tal que sea contrario en su grado máximo a la voluptuosidad deseada", con lo que se anticipó al correccionalismo.

En Roma antigua, en las XII Tabas se ven consagradas la venganza privada, el talión y la composición. Por la fractura de un hueso o un diente a un hombre libre; pena de trescientos ases; a un esclavo, ciento cincuenta ases.

Posteriormente se distinguió entre delicta publica y delicta privada, según pudieran ser los delitos perseguidos en interés del Estado y sus funcionarios o en interés de los ofendidos y por éstos, diferenciándose, además, entre la disciplina doméstica, la común y la militar. En un grado superior de la evolución pasaron extra ordinem a vivir en la órbita de la pena pública los delitos. En la época clásica las Instituciones justinianeas, los Digestos, los códigos y las Novelas desarrollaron abundante material penal no inferiores sabiduría jurídica plasmada en realismo positivo, a la justicia civil (Ferri), por más que Carrara haya llamado a los romanos "gigantes en el derecho civil, pigmeos en el derecho penal". Lo más importante está contenido en dos terrible libro del Digesto.

Existen en Derecho Romano una serie de delitos contra los cuales el orden reaccionaba valiéndose de los medios que procura la ley privada, y a esto deben su nombre de delitos privados. Engendran todos ellos obligaciones a favor del lesionado y a cargo del delincuente. Generalmente, estas obligaciones tienen el carácter de pena, y consisten en una suma expiatoria que el culpable debe abonar a la víctima. El Derecho romano primitivo no comparte la idea moderna del delito privado como fuente de un derecho de indemnización para el que sufre. La Ley prescribe una pena pecuniaria--generalmente con gran largueza--, de la que sale, o ha de salir, la repartición de los daños ocasionados por el delito.

Este carácter estricta y primordialmente penal que presentan los derechos nacidos del delito, determina y explica

que sean pasivamente intransmitibles a los herederos; al morir el delincuente, desaparece el sujeto penado, y con él, justo es que desaparezca el derecho a infligir la sanción, a menos que ya hubiera deducido en juicio la actio poenalis, adquiriendo estado procesal mediante la litis contestatio. En su aspecto activo, por el contrario, las acciones de delito se incorporan a la herencia, salvo en aquellos casos en que el delito se considera como una ofensa personalísima, de las que después de morir el ofendido no admite sanción; tal acontece, por ejemplo, con el delito de injuria; estas acciones denominan victicta spirantes, y respecto de ellas ha de hacerse la misma salvedad anterior de la sustanciación procesal y la litis contestatio. A fines de la República, sin embargo, la intransmisibilidad pasiva de las acciones penales sufre ciertas limitaciones; pues el pretor, en dicha época, tomando por modelo las "leyes repetundarias", acostumbra a conceder contra los herederos del delincuente una actio in factum, con el fin de obligarles a restituir aquello en que se lucraba por efecto del delito de su antecesor, llegando a sus manos por ministerio de la herencia; para calcular el lucro, atiéndese al momento de la adquisición de dicha herencia, y no al de la demanda".

El delito es un hecho ilícito, una infracción castigada por la ley. Los romanos han considerado el delito como una fuente de obligación civil; pero las consecuencias no han sido nunca las mismas que en nuestro Derecho moderno. Hay que hacer, a este respecto, una distinción, que parece remontarse a los primeros siglos de Roma, entre los delicta privata y los delicta publica.

Los delitos privados consistían en hechos ilícitos que causaban un daño a la propiedad o a la persona de los particulares, pero sin turbar directamente el orden público.

La Ley de las XII tablas prevenía y castigaba cierto número de estos hechos. Algunas disposiciones llevan todavía las huellas de un estado social anterior, en que la víctima del delito se hacía justicia ejercitando su venganza sobre la persona del culpable. La Ley se limita, en efecto, enciertos casos, a regular esta venganza. El ladrón cogido en el hecho era vapuleado o azotado y atribuido como esclavo al robado. Para cierta injurias pronunciaba la pena del talión. Pero muy frecuentemente atestigua una civilización más avanzada, sustituyendo a la venganza privada una pena pecuniaria, que es un verdadero rescate pagado por el culpable.

En Resumen: los decenviros sólo intervenían para limitar la venganza de la parte lesionada y darle una forma menos bárbara, reemplazándola por una multa. Es lo que explica los caracteres de la represión, tal como estaba entonces organizada: a) A la parte lesionada sólo pertenece el derecho de perseguir al autor del delito. Su acción es una condena pecuniaria cuyo importe es entregado por el demandado; b) La pena se mide por el resentimiento de la víctima más que por la culpabilidad del agente. Así, el ladrón es castigado más severamente cuando es cogido en el hecho; c) En fin, el legislador, al fijar la multa debida por el culpable, no se ha preocupado, al menos en general, de la reparación del perjuicio;

es una especie de composición legal con que tiene que contentarse la víctima.

Después de la ley de las XII tablas, las leyes penales y jurisprudencia consagraron y desarrollaron poco a poco un sistema más perfeccionado. Por una parte, se tuvo en cuenta, en una medida más alta, la intención criminal en el autor del delito; por otra parte, la pena fue mejor proporcionada al daño causado. Pero siempre es a la parte perjudicada a quien queda el derecho de obrar contra el culpable.

Sin embargo, bajo el Imperio se sintió la necesidad de reprimir ciertos delitos de una manera más enérgica. En varios casos se permitió a la parte lesionada ejercitar, a su elección contra el autor del delito, bien la acción civil ordinaria, bien una persecución criminal que implicaba penas especiales.

Los delitos públicos eran los que atacaban directa o indirectamente al orden público, o a la organización política, o la seguridad del Estado. Leyes penales fijaban para cada delito público más o menos graves.²³

Una vez que hemos clasificado a los delitos privados y los públicos, enumeraremos los delitos privados y comenzaremos diciendo que se dividían en civiles y en delitos pretorianos; igual como mencionamos en el apartado de la acción penal, aquí haremos una referencia de lo que trata cada delito.

Los Delitos civiles eran los que había reprimido el derecho civil: el furtum, la injuria y el Damnum injuria datum de la ley aquilia.

Delitos pretorianos, eran los que habían sido reprimidos por el Derecho pretoriano: la rapina, el dolus, el metus y el fraus creditorum.²⁴

El furtum o robo era en Roma el apoderamiento de una cosa ajena de lucro. Era el apoderamiento de una cosa ajena lo constituía, pues tal delito se integraba no sólo por el apoderamiento o robo que actualmente conocemos, sino también por el uso fraudulento de la cosa ajena, abuso de confianza o sustracción.

Desde luego que para que se cometiera el delito era preciso que el hecho se realizara a sabiendas, con intención de lucro, con animus furandi. Su represión consistía en la pena de muerte si el encontrado en flagrante delito era esclavo, y si se trataba de hombre libre, pasaba a ser esclavo del robado. Si no había flagrancia, el culpable era castigado con una pena del doble de lo robado. Por reformas del pretor, se sustituyeron las penas corporales por una pena pecuniaria del cuádruplo de la cosa robada.

²³ EUGENE, PETIT, TRATADO ELEMENTAL DE DERECHO ROMANO, p. 414.

²⁴ RENE FOUQUET, MANUEL, ob. cit., p. 164.

La injuria, consistía en toda clase de ataque a la persona, incluía, no sólo las palabras injuriantes, sino también los golpes, las heridas, las lesiones, etc. Los caracteres y efectos del delito de injuria han variado según las épocas. Fijados primero por la ley de las XII tablas, se han modificado poco a poco bajo la influencia de la costumbre y del pretor. En esta época la injuria no comprendía más que los ataques a la persona física, golpes, heridas más o menos graves, pero sin distinguir si había intención culpable o simple imprudencia. Su represión consistía en que si no había una composición voluntaria entre las partes, que traía penas pecuniarias, se aplicaba la ley del Talió para la injuria calificada de más grave y que era la pérdida de un miembro (*membrum raptum*). En Derecho Clásico, la noción de la injuria se ha restringido; proque se exige la intención de dañar para que haya delito. Pero se ha ampliado desde el punto de vista de los hechos que constituyen la injuria; el ataque a la personalidad puede manifestarse bajo las formas más diversas; golpes o heridas, difamación escrita o verbal. Violación de domicilio, ultrajes al pudor, y, en general, todo acto de naturaleza que comprometa el honor y la reputación ajena.²⁵ Su represión se reducía para obtener una reparación y pena de tipo pecuniario. Aulo Gelo decía: " para la fractura de un hueso una multa de 300 ases o de 150 ases, según que la víctima era hombre libre o un esclavo; y una multa de 25 ases para todas las demás injurias, es decir, las vías de hecho leves, los golpes sin heridas.

Esta penas cayero en desuso. El pretor sustituyó una reparación pecuniaria en relación con la gravedad de la injuria, y obtenida mediante la acción *injuriarium*. Esta reparación era valuada por el demandante, en caso de injuria ordinaria, y el juez podía mantener o disminuir en la condena la cantidad así fijada. Pero, para las injurias graves, hacía la estimación el magistrado mismo, y de hecho el juez nunca se apartaba de ello.

El *Dammum injuria datum*, este delito consistía en lo que hoy se conoce como daño a la propiedad ajena o daño inflingido injustamente a una persona en sus cosas personales. Como consecuencia de que en aquella época los esclavos eran considerados como cosas, la ley *aquilia*, prevenía que " aquél que hubiere matado a un esclavo ajeno, debía pagar el valor más elevado que hubiere tenido en el mercado", lo mismo sucedía con los animales.

Rapina era el robo cometido con violencia., su concepto es robo o despojo violento de una cosa, engendra la *actio vi bonorum raptorum*, creada por el pretor, y mediante la que se reclama el cuádruplo del valor de la cosa robada, y una cuarta parte del cual se destina a reparar los daños efectivos. La sanción de este delito estaba sancionado por la *actio bonorum vi raptorum*, que era al cuádruplo del valor de la cosa. Acción mixta, de reparación del daño por un sólo tanto, y penal por el resto.

²⁵EUGENE PETIT, *TRAITÉ DE DROIT ROMAIN*, p.464.

El Dolus, este delito se constituía por las maniobras fraudulentos de que se valía el trasgresor para inducir a la víctima al error que le causaba un perjuicio. Se podía evitar la condena si reparaba el perjuicio que hubiere ocasionado.

El Metus, eran las amenazas o medios violentos utilizados por el trasgresor para atemorizar a la víctima con el objeto de que ésta ejecutara algún acto. Igual que el anterior delito se podía evitar la condena si se reparaba el perjuicio ocasionado.

Del viejo tronco parten muchos de los principios que luego habían de recoger las escuelas Clásicas y Positiva. Así, sobre tentativa, sobre legítima defensa, sobre locos e incapaces. En el Derecho Romano se encuentran muchas de las palabras que hoy son universalmente repetidas. Según Marciano no bastaba que la investigación resultara que el delito no existió para que procediere la acción por calumnia, pues el juzgador debe investigar "respecto al designio del acusador, por qué procedió la acusación y si verdaderamente hallase justificado su error lo absuelve y si lo hallare en evidente calumnia le impone pena legítima". Según Papiniano una mujer que oyera que había muerto su marido y casara con otro, y después volviera el primer marido, no es digna de castigo salvo si se probare "que la fingida muerte del marido dio pretexto para celebrar las nupcias, hecho con el que padece su honestidad". Para Paulo "si alguno hubiere matado a un ladrón nocturno sólo lo hará impunemente si no pudo perdonarlo sin peligro suyo propio".

Como podemos darnos cuenta las sentencias que se aplicaban a los distintos estratos sociales que existían en Roma, como lo son los ciudadanos, los no ciudadanos, los ingenuos, los libertos y los esclavos, en un principio en la Ley de las XII tablas no existían prerrogativas ni distinciones al aplicar la ley, ya que los únicos que tenían cierta preferencia en todos los aspectos políticos, culturales, y aún en la aplicación de la ley eran los ciudadanos patricios., pero esto fue evolucionando conforme pasaron las épocas y vemos ya en la República cuando se da la fórmula donde vemos que también pueden participar en estos aspectos los no ciudadanos con ciertas restricciones, los que nunca llegaron a florecer fueron los esclavos que como sinónimo tenían ser considerados como cosas. Al menos en esta etapa Antigua estos últimos no tenían ningún derecho por lo tanto podemos afirmar que las sentencias que se le aplicaban eran la muerte para la mayoría de los delitos que cometieran.

CAPITULO II

ANTECEDENTES DEL MINISTERIO PUBLICO EN LA EDAD MEDIA. -

Los establecimientos pacíficos alternaban con las invasiones. Los bárbaros vencidos por Roma se habían transformado en esclavos o en colonos, o bien, Roma les acordó a título de leti concesiones de tierras sobre las fronteras, con la misión de defenderlas; o bien, todavía, celebró con ellos pactos de alianza y los llevó al ejército romano en calidad de auxiliares.

En 408, los visigodos se pusieron en camino. Conducidos por Alarico se apoderaron de Roma la que saquearon por completo respetando las iglesias, pues aquél era cristiano y devoto.

Los romanos vencidos por la fuerza, influenciaron sensiblemente a los conquistadores y llegaron hasta imponerles muchísimos de sus hábitos y leyes. Y así como los vencidos penetraron y modificaron profundamente las costumbres de los invasores, éstos a su vez, infiltraron en la legislación romana el sistema de las composiciones. Así pues, la acción pública participó entre los vencedores de relativa caracterización, según prevaleciera una u otra legislación por la ocurrencia de los acontecimientos.

Este amalgamamiento de leyes y costumbres arroja, como resultados en los subsiguientes años de la época medieval, que la acción pública no tuviera como finalidad principal, la protección y ventaja social; la misma se ejercía para acrecentar las rentas del príncipe o del señor feudal; los delitos se castigaban con multas o confiscaciones, no faltando la voracidad fiscal. Este sistema de injusticia, si que debió motivar en el futuro la creación del ministerio público; a ello hay que agregar, que no solamente era el

príncipe el que lesionaba a sus súbditos con multas y sanciones pecunarias por demás ignominiosas, sino que los señores feudales, soberanos en su tierra, no conocían otro derecho que el de su poder; la realeza, era una supremacía teórica, si no podía apoyar sus pretensiones por medio de la fuerza. La barbarie, las orgías, las costumbres disolutas y el desenfreno de las pasiones, hacían vivir en medio de crímenes, de devastaciones, robos, atentados, asaltos y toda clase de delitos, que en la mayoría de los casos, quedaban impunes, por las transacciones entre el ofendido y el transgresor, o bien por las presiones de éste en contra de aquél para que no acusare.

Y precisamente, por lo que acabamos de tratar no es posible encontrar, dado lo obscuro de la historia, algún antecedente del Ministerio Público en esta época de barbarie medieval.

Tarea bien difícil sería pretender que tal institución por su concepto, naciera en estos tiempos de ignorancia, por más que especulando, pudiésemos en ella encontrar gérmenes de muchas instituciones modernas, puesto que existiendo ya como una sociedad organizada, sus intereses debieron fatalmente sobreponerse al de los señores feudales. No se encontrarán por más que sus orígenes se busquen no tan sólo en la iniciativa del Proceso Penal, sino en algunos otros aspectos derivados de sus complejas atribuciones y funciones, porque si bien es cierto, que parte de sus caracteres andaban dispersos en la delegación o representación del poder regio ejercido por algunos funcionarios, la verdad es que esta parte de la historia pocos antecedentes concretos.

En el derecho canónico debemos agregar que la Iglesia produjo sismos de gran trascendencia para las sociedades de aquella época, no tan sólo por su disputa con el rey por el poder, y en la que resultó vencida al reconocerse al Estado como único soberano, sino también por sus particulares o internas evoluciones y convulsiones en su lucha contra los herejes.

La Iglesia, rica y poderosa, fue la institución que más influyó en la sociedad medieval. Los obispos eran con frecuencia señores feudales. Los monasterios tenían posesiones, y eran los que señalaban a los campesinos el cultivo de los campos. A decir verdad, fueron los únicos focos de cultura que hasta la baja edad media existieron en aquella época. Con su paciencia y autoridad, la Iglesia dulcificó las costumbres guerreras de los pueblos germanos, estableciendo la "paz de Dios"; reglamenta la lucha y el respeto a la población no combatiente (mujeres, niños y ancianos); la "tregua de Dios", o cese de las hostilidades desde la noche del miércoles hasta el lunes durante los días santos de navidad, Semana Santa, etc.; "el derecho de asilo" en las iglesias y templos, permitía que el hombre o la mujer que se refugiaba en lugar sagrado, no podía ser detenido, ni por tanto, encarcelado.

La Iglesia exigía, imperiosamente, la unidad; ningún detalle se dejaba al libre examen; se impuso el dogma a los fieles: la herejía era una elección y esa elección ilícita era

heterodoxa, porque conforme con la letra quizá, era contraria al verdadero espíritu de la fe, a la ortodoxa.

Así se combatieron y se condenaron sucesivamente, en los siglos V y VI, la herejía monofisita que persistió por varios años sostenida por la Corte de Constantinopla; la herejía arriana, que negaba la divinidad de Cristo; el maniqueísmo, que admitía la dualidad de las tinieblas y de la luz; el priscilianismo, que abría la puerta al libre examen; el nestorianismo, que planteó el problema de la gracia.²⁶

El Papa y el Clero, heredaron la misión de los apóstoles. Debían convertir a los paganos. Tres escenarios había para ese apostolado: la Gran Bretaña, donde Gregorio envió a San Agustín de Cantoverly; la Germania, cuyo apóstol fue San Bonifacio, que llegó a obispo de la "provincia eclesiástica de Germania" en 732 y el Oriente, donde los yugoslavos, los búlgaros, los moravios y los húngaros, fueron convertidos a la fe, sucesivamente en los siglos IX y X.

El obispo era el administrador nato de los bienes de su iglesia. Ejercía su derecho por sí o por auxiliares; el arcediano, el vicedominus o vidamo que, como su nombre lo indica, reemplaza al señor y ejerce funciones de ecónomo de la iglesia. En sus inicios el vidamo era un clérigo y su ayuda era insuficiente en multitud de casos; así pues, el obispo debió buscar un auxiliar laico que fuese el procurador o advocatus.

En un principio el procurador era un defensor y su papel se limitaba a los negocios temporales; representaba a la Iglesia ante los tribunales para todos sus juicios y servía en caso de duelo judicial por ejemplo, campeón de la Iglesia.

El procurador, primero elegido libremente por el obispo, fue pronto un funcionario real. En el siglo IX los procuradores vieron crecer la importancia de su papel; fue la época de las invasiones normandas en que los obispos y abdes tuvieron necesidad de la protección de la fuerza armada, la que lograban mejor de los procuradores laicos que de los vidamos, que era cléricos. La procuración tomó entonces un carácter militar antes que nada y buen grado se confió a los condes.

La jurisdicción eclesiástica que se había difundido excesivamente en los países de Europa, promovió magistrados encargados de proteger la religión; poco propicia la Iglesia a los duelos judiciales, introdujo en el procedimiento eclesiástico, paralelamente con el procedimiento por acusación que imperaba en aquella época, los procedimientos por denuncia y por inquisición, que concluyeron por imponerse. El delincuente era condenado a prisión perpetua o al suplicio del fuego, en cuya oportunidad le aplicaba el castigo el poder secular. Con tales procedimientos surgió un magistrado llamado Vindex Religionis, al

²⁶PAUL OURLIAC, HISTOIRE, OB, cit. p. 174.

que incumbía el ejercicio de la Acción Penal dentro del secreto de los tribunales inquisidores. Se ha pretendido que en este magistrado investido con la Acción Penal en el procedimiento inquisitorial, pudiérase encontrar en germen, el carácter del acusador público, sin participar todavía de la condición del Ministerio Público moderno.

Como ya dijimos, sobre esta época y como reminiscencia de los sistemas legales imperantes y de la costumbre de los romanos, en principio, en el derecho de la Iglesia sigue sosteniéndose el procedimiento eminentemente acusatorio, o sea el reconocimiento al particular del derecho de pretender por sí solo, al intentar directamente ante el órgano judicial, la Acción Penal. Se observa también, ante el órgano judicial, la Acción Penal. Se observa también, que en el Derecho Eclesiástico se atisba el principio de prescindir del derecho de acción del individuo, apareciendo de manera enérgica los procesos de oficio o inquisitivo; esto es importante; más tarde esto influye de manera determinante en la creación del Ministerio Público; tal procedimiento inquisitivo se movió con base en el procedimiento acusatorio, específicamente por la denuncia, que no necesariamente debía provenir del ofendido, e inclusive el proceso podía iniciarse por un simple rumor, o de plano de oficio.

Desarrollando el sistema nacido en el Derecho de la Iglesia, el proceso inquisitivo salta a los procesos penales laicos, difundiéndose principalmente en Italia a principios del siglo XIV, donde se permitió incoar procesos penales de oficio cuando se tratase de delitos públicos, sin que hubiere necesidad de la existencia de un acusador o delator.

Es precisamente en esta época y bajo el sistema de proceso inquisitivo a finales del siglo XIII, donde tanto en Francia como en Italia surge la primera noticia más o menos delineada de ciertos personajes que pueden considerarse como antecedentes del Ministerio Público actual, al observarse la presencia de algunos funcionarios del rey o de la corona a quienes, en principios, se les autoriza incursionar en el Proceso Penal como recaudadores de las multas impuestas por los delitos y más adelante se les encomienda ejercitar la acusación pública, sin que por esto se pierda su característica de oficialidad el proceso inquisitivo; los reyes franceses, por ejemplo, delegaron gran parte de la administración judicial en funcionarios especiales llamados baillis, quienes administraban la justicia en nombre y por cuenta de su señor, velando con preferencia la conservación de los derechos y dominio del rey, de la iglesia y de la nobleza; ejercían vigilancia y superintendencia sobre los magistrados; ejercitaban la acción pública, cuidaban de la ejecución de la sentencia y estaban encargados de defender los intereses de los señores, en los tribunales de justicia feudales y señoriales.

De esta manera, el proceso inquisitivo presupone la intervención de dichos funcionarios, encargados de la acción pública desde el momento que se prescinde del particular para ese efecto, por lo que puede decirse que aquéllos desempeñaban, aunque de manera embrionaria, las funciones del Ministerio Público actual bajo el nombre de fiscales, quienes después de una evolución tienen

el cargo y poder de investigar y perseguir los delitos, aunque como ya dijimos, su origen primario fue el de aparecer como representante del fisco, entendiéndose esto en cuanto a que sus atribuciones eran en principio las de cuidar los intereses pecuniarios nacidos del delito en favor de la corona real, o bien, de los señores feudales, pues, en la Europa de los siglos XI, XII y XIII, se hicieron consolidar los grandes Estados absolutos, que poco a poco fueron imponiendo su autoridad sobre los señores feudales y la iglesia; aparecen a manera de mandatarios o procuradores para perseguir la aplicación de las sanciones económicas en los procesos penales, recaudando el dinero proveniente de tales penas en dinero para integrarlo a la tesorería real; a partir de esta función su intervención se extiende a tratar de evitar las diferencias de la acusación particular.

2.1 EDAD MEDIA: FRANCIA, ESPAÑA E INGLATERRA.

Al tratar de la situación del individuo en la Edad Media y, por ende, de su libertad como derecho público subjetivo, haremos en el presente apartado aquellas que conciernen a los regímenes jurídicos medievales de Francia, España e Inglaterra.

Mariano Azuela distingue tres periodos que comprenden el medievo a saber: el de las invasiones, el feudal y el municipal, en cada uno de los cuales era diversa la situación del individuo en cuanto a sus derechos fundamentales, principalmente el de la libertad.

La época de las invasiones, como su nombre lo indica, todas las tribus que lograban asentarse en un territorio, en algún momento, eran invadidas por otras tribus, impidiendo con ello la estabilidad política y económica; como consecuencia se puede decir que no había derecho. En esta época, en la que los pueblos llamados bárbaros no estaban aún delineados perfectamente en su formación, pues por lo general estaban constituidos por tribus dispersas y aisladas, se caracterizó por el predominio de la arbitrariedad y el despotismo sobre la libertad humana que ni siquiera estaba reglamentada jurídicamente en sus relaciones privadas, como sucedía en Grecia y Roma, pues existía lo que se conoce con el nombre de "vindicta privada", en la que cada quien podía hacerse justicia por su propia mano. En estas condiciones, es inútil hablar de la existencia de la libertad del individuo como derecho público subjetivo y mucho menos del medio de protección correspondiente.

La época feudal se caracteriza por el dominio del poseedor de la tierra dueño de ella, respecto de aquellos que la cultivaban, cuyas relaciones dieron origen a la institución medieval de la sertidumbre. La propiedad territorial confería a su titular un poder no sólo de hecho, sino de derecho, sobre los que la trabajaban, quienes rendían homenaje y juraban obediencia al terrateniente o señor feudal. El régimen de la sertidumbre otorgaba a éste un poder soberano sobre los llamados siervos o vasallos, pudiendo disponer de su persona casi ilimitadamente. En esta virtud,

no fue posible concebir siquiera un orden de derecho que garantizara la libertad del hombre como elemento o factor inherente a la personalidad humana frente a los actos arbitrarios y muchas veces despóticos del señor feudal, quien no encontraba otro límite a su actividad que su propia conciencia en relación con sus servidores y un vasallaje, nada más simbólico la mayoría de las veces, en cuanto al monarca o emperador.

Cuando las ciudades libres de la Edad Media fueron desarrollándose, cuando los intereses económicos de las mismas fueron adquiriendo importancia, los ciudadanos supieron imponerse a la autoridad del señor feudal, exigiéndole salvoconductos, cartas de seguridad, etc., y en general el reconocimiento de ciertos derechos que integraron una legislación especial (Derecho Cartulario). Se creó en esta forma, durante este tercer período medieval, o sea, el municipal, un régimen de legalidad que limitaba y sostenía la autoridad del señor feudal en beneficio de los habitantes de las ciudades. El incremento económico y político que fueron paulatinamente adquiriendo las poblaciones medievales, fue la causa de que los gobernantes respetaran los compromisos que habían contraído con sus moradores, mas la posibilidad de contravención y las violaciones mismas no tuvieron ninguna sanción jurídica en favor de los afectados. Por este motivo no es posible encontrar en esta época un precedente histórico del Juicio de Amparo, no obstante la implantación de un régimen de legalidad.

Tal era la situación que guardaba el individuo a título de gobernado frente al Estado y a los detentadores del poder público. Como corriente moral y humanitaria, a principios de la Edad Media y al finalizar la época antigua, el Cristianismo pretendió suavizar las asperas condiciones de desigualdad que prevalecían en el mundo pagano. Declaraba que los hombres eran iguales, al menos ante Dios; que todos estaban regidos por una ley universal basada en los principios de amor, piedad y caridad. Aun cuando Cristo concretó su doctrina al terreno religioso propiamente dicho, esto es, a las relaciones entre el creador y las criaturas, su insuperable e insuperada tesis moral insinuó a los gobernantes un trato humanitario hacia sus gobernados, pugnando porque la actuación pública de aquéllos se ajustase a las normas de la justicia universal. Partiendo de que todo hombre es igual a sus semejantes, y considerando a todos los sujetos humanos hijos de Dios, independientemente de su condición social o religiosa, de la doctrina de Jesús se desprende la tolerancia de credos, siempre y cuando los diversos profesantes los sustentasen de buena fe. El Cristianismo, dulcificó y trató de atenuar las desigualdades sociales que prevalecían en los tiempos del paganismo y de atemperar el despotismo que se observaba por los gobernantes respecto de los gobernados. Sin embargo, Constantino declaró como religión oficial del Estado la doctrina cristiana, las peculiaridades de ésta, en cuanto a sus preceptos fundamentales, fueron subvertidas y hasta contradichas por las ideas que se adoptaron por la Iglesia. Está asumió una actitud de intolerancia respecto de los demás credos religiosos, dogmatizando el cristianismo e imponiendo una serie de prácticas culturales, cuya inobservancia se sancionaba con el anatema de la perdición eterna. Estas amenazas con que la Iglesia acostumbraba revestir sus prédicas, constituyen la negación evidente del principio de tolerancia que permanece imbibido en el espíritu

del auténtico y genuino Cristianismo emanado de los immaculados labios del divino Maestro. Esta situación de intolerancia hacía nugatoria la libertad humana, cuando menos en el aspecto religioso, perdura en los Estados Católicos europeos a través de la época medieval hasta la Revolución Francesa, en cuya declaración de 1789 se consideró la profesión de cualquier credo religioso como un derecho inherente e inalienable de la persona humana, intocable por el orden jurídico estatal y por el poder público.

El autor Grettel afirma que cuando el cristianismo era sólo una secta perseguida, abogaba por la transigencia y la tolerancia, y defendía el carácter voluntario de los lazos religioso; cuando se ve favorecido posteriormente con la protección del Estado, abandona este punto de vista. Las divisiones religiosas constituyen un peligro para la unidad del Estado, en el aspecto político; por otra parte, sólo se logra la salvación de las almas por medio de la Iglesia; con estas creencias comienza la actuación de una política coactiva y dominante y se entroniza firmemente la actitud del dogmatismo e intolerancia que caracteriza el periodo medieval. Durante un periodo de mil años se esclaviza a la razón, se detiene el progreso científico y se persigue con dureza a cuantos disienten de las creencias ortodoxas. En estas condiciones es imposible que pudieran florecer verdaderamente las teorías políticas.²⁷

La situación real, positiva que guardaba el individuo como gobernado en la Edad Media, que se traducía en una plena supeditación de la persona al poder público, pese al derecho cartulario de las ciudades libres alemanas e italianas, no excluyó la circunstancia de que en la patristica y, sobre todo, en la escolástica, principalmente con Santo Tomás de Aquino, se preconizara la existencia de un "derecho natural" fincado en la índole misma del ser humano. Así de la idea de que el hombre está hecho a semejanza de Dios y propendiendo su razón práctica a la obtención del bien, al desarrollo cabal de su propia esencia, es decir, a la plenitud de su ser, proclama la existencia de una ley natural que debe regir precisamente la conducta de la criatura racional hacia la obtención de sus fines vitales fundamentales, reputando contra naturam toda norma positiva que no respetase este desiderátum del hombre, ideas que, desfavorablemente, no cristalizaron en ninguna institución jurídica medieval.

Los padres de la Iglesia, siguiendo las enseñanzas de los apóstoles, proclamaron la igualdad entre los hombres como situación deontológica derivada puntualmente del innegable hecho de que todos son hijos de Dios. Aunque en un orden estrictamente cristiano dicha igualdad es en esencia religiosa o espiritual, el principio en que se apoya sirvió como idea a la política de los gobernantes para atemperar, el trato arbitrario con que se conducían frente a sus gobernados, en propensión a cumplir así la obligación moral que a aquéllos imponían los postulados primordiales del Cristianismo.

²⁷Historia de las Ideas Políticas, tomo I, págs. 149 y 150.

Para San Agustín la justicia de las leyes humanas deriva de su adecuación a la ley natural, que no es sino el reflejo de la "ley eterna", "aquella en virtud de la cual es justo que todas las cosas estén perfectamente ordenadas"; ya que es " la razón en la mente de Dios que dirige todo lo creado hacia sus propios fines" .²⁸

Realmente, el pensamiento jurídico-político medieval, en términos generales, se desarrolló en torno a cuestiones y problemas de carácter religioso y teológico, con el propósito primordial de explicar y justificar, en sus respectivos casos, las dos posturas antagónicas que se disputaban la hegemonía política, a saber: la supremacía del poder del papado o la de los reyes.

Es precisamente debido a esta preocupación en la ideología de la Edad Media por la que no se pudo plantear ni definir la situación del gobernado frente al gobernante, ni se haya intentado crear o reconocer los derechos del hombre en los regímenes jurídico-político del medievo, ya que estos pensaban que el poder público era ejercido en el orden temporal por los monarcas y en lo espiritual por la Iglesia, emanaba de Dios y de que las autoridades que lo detentaban eran sus representantes en la Tierra.

Sin embargo, ya en el siglo XV de nuestra era, comienzan a desenvolverse teorías jurídicas, políticas y filosóficas muy importantes tendientes a substituir el concepto de la soberanía real por el de la soberanía popular. Esta tendencia se acentuó con la aparición de las corporaciones o gremios dentro de la vida económica de las ciudades medievales y se pretendió hacerla extensiva al elemento humano mismo de los estados. Los juristas de este siglo construyeron una jerarquía normativa para concluir que el gobernante no debía ser sino un servidor del pueblo, estando obligado a observar los principios del Derecho Natural (obra de Dios a través de la razón humana), del Derecho Divino (fruto de la revelación), y del Derecho de Gentes (conjunto de reglas aplicables a todas las naciones y derivadas del Derecho Natural).

LAS CRUZADAS.- En el siglo XI Europa inicia las cruzadas. Con este nombre se designa a empresas religiosomilitares, que tenía por objeto el rescate del Santo Sepulcro en Jerusalén, que había caído en manos de los infieles. Se les da el nombre de Cruzadas porque sus componentes utilizaban como símbolo una cruz roja en el vestido.

La causa fundamental de las Cruzadas fue el predominio de los turcos selgúcidas que destruyeron el Imperio Árabe en Bagdad, se apoderaron del Asia Menor y de las ciudades de Nicea y Jerusalén. Esta última ciudad estaba antes en poder de los árabes, quienes permitían a los cristianos las peregrinaciones a los Santos Lugares. Al caer Jerusalén en manos de los turcos quedó prohibido al acceso a la Tierra Santa.

²⁸AQUAR: PEREZ, LEONARDO, La filosofía Jurídica en la Patrística y en la Escolástica; tomo XVI, núms. 63 y 64.

También hay que anotar como causa de las Cruzadas el interés que tenían los señores feudales en esta empresa, que les daba nuevas tierras y fama, y les permitía defender el comercio europeo en el Mediterráneo amenazado por los turcos.

Como el feudalismo había creado una situación social desesperante, los pequeños nobles y plebeyos pensaban encontrar en el Oriente tierras donde establecerse y mejorar la situación.

La Iglesia fue la más ferviente animadora de estas. Prometió indulgencias a los que cayeran luchando por la fe de Cristo. Hubo una Cruzada popular y ocho realizadas por los señores feudales y los reyes.

El Papa Urbano II predicó la primera Cruzada de Clermont. Allí acudieron multitud de peregrinos, entre ellos Pedro el Ermitaño, quien encabezó una gran cantidad de gente mal armada, compuesta de mujeres, ancianos y niños. Se dirigió al Oriente. En el camino perecieron miles de personas de hambre y cansancio, unas en Alemania, otras en los Balcanes y las últimas en el Asia Menor donde fueron ejecutadas por los turcos.

La Primera Cruzada (1096-1099) fue encabezada por Raimundo de Tolosa, Roberto de Normandía, Balduino de Flandes, Godofredo de Bouillón y los príncipes normandos Tancredo y Bohemundo. Esta cruzada contaba con tres millones de personas, de las cuales apenas había 300 000 soldados. Al llegar a Constantinopla el Emperador Alejo, asombrado y espantado ante esa multitud, se apresuró a ayudarlos a avanzar al Asia Menor.

Los sufrimientos de las Cruzadas en el Asia Menor fueron sin cuento. Tomaron a Nicea y Dorilea y continuaron a Antioquía en Siria, cuyo sitio duró nueve meses. El sitio de Jerusalén duró tres meses. El 15 de julio de 1099 cuarenta mil cruzados llegaron al Santo Sepulcro, habiendo hecho tal destrozo en los enemigos que "la sangre de los sacerdotes llegaba hasta los corvejones de los caballos".

Los señores feudales se repartieron las tierras y establecieron el feudalismo. A Godofredo de Bouillón le tocó el reino de Jerusalén, con el título de Procurador del Santo Sepulcro; Balduino recibió el principado de Efesa, y Bohemundo el de Antioquía.

Consecuencias también de esta Cruzada fue la formación de monjes soldados: Los caballeros hospitalarios, los caballeros templarios y los caballeros teutónicos. Estas órdenes adquirieron muchas riquezas y llegaron a poseer en París una verdadera ciudadela.

La Segunda Cruzada se realizó de 1147 a 1149 y fue organizada por el rey de Francia, Luis VII y por Conrado II de Alemania. La expedición terminó con un desastre en el Asia Menor.

La Tercera Cruzada (1189-1192), se realizó porque Saladino, Sultán de Alepo, se apoderó de Jerusalén. La organizaron el rey de Inglaterra, Ricardo Corazón de León, Federico Barbarroja, Emperador de Alemania, y Felipe Augusto, rey de Francia. Barbarroja murió en el camino. Los otros monarcas sólo lograron conquistar el puerto de San Juan de Acre, pero Jerusalén quedó en manos de Saladino.

La Cuarta Cruzada se realizó el 1202 y 1204. La organizaron unos caballeros franceses y el Dux de Venecia. Esta Cruzada se desvió de su objetivo. En vez de combatir a los musulmanes atacaron a Constantinopla y sometieron la Iglesia Ortodoxa al Papa. Crearon el Imperio Latino y nombraron Emperador a Balduino de Flandes.

La Quinta Cruzada fue organizada por el señor francés Juan de Brienne, de 1217 a 1221, y por el Rey de Hungría. No logró su objetivo.

La Sexta Cruzada la organizó el Emperador Federico II, quien estaba excomulgado. Negoció con los turcos y logró que éstos permitieran a los peregrinos visitar los Santos Lugares.

Las Cruzadas Séptima y Octava fueron dirigidas por San Luis, rey de Francia. En la primera fracasó al sitiarse a Egipto, y la Octava terminó con la muerte de San Luis en el sitio de Túnez, en el año de 1270.

Las Cruzadas tuvieron trascendentales consecuencias; en lo religioso, mantuvieron y exaltaron la fe cristiana; en lo económico, se establecieron relaciones comerciales entre Oriente y Occidente; en lo social, las clases dominantes adquirieron costumbres más refinadas. Nació una nueva clase la Burguesía.

En lo político, se debilitó el poder de los señores feudales, ya que éstos hacían los gastos a sus expensas y tuvieron que vender sus feudos para hacer frente a ellos.

Los burgueses adquirieron el poder que perdían los señores feudales. En lo cultural, al contacto con los árabes y los bizantinos, se enriqueció la cultura europea.

ESPAÑA.- En la nación española, antes de su formación social y política definitiva, vivió una larga etapa de su historia en periodos de acomodamiento y adaptación entre los diferentes pueblos que habitaron su territorio, tanto durante la denominación romana como después del desmembramiento del imperio romano de Occidente en el siglo V de la era cristiana. Los celtas y

latinos asentados en la península ibérica, antigua provincia llamada Hispania, se sumaron con la invasión de los bárbaros, los vándalos, suevos, alanos y godos, de la raza germánica, que conservaron sus respectivas costumbres y entre los cuales no existía ninguna unidad jurídica o política. De los diversos pobladores de España antes de la integración de los distintos reinos que al andar del tiempo debían constituirla, los más importantes desde el punto de vista de la historia jurídica de aquel país fueron sin duda los visigodos, es decir, los godos de Occidente, pues de ellos surgieron las primeras instituciones de derecho escrito o codificado que constituyeron a las viejas costumbres jurídicas, considerándose a Eurico como el primer legislador de aquel tiempo y de quien se afirma fue una especie de compilador de antiguos hábitos y usos. Las llamadas "leyes de Eurico", que sólo regían a los godos con exclusión de cualquier otro pueblo, fueron perfeccionadas y ampliadas a los galos y españoles por el Brevario de Aniano, en el que se adoptaron algunas leyes y principios del derecho Romano. Posteriormente, no faltaron intentos de algunos soberanos godos como fué Recaredo, Chindasvinto y Revesvinto, para establecer una legislación unificada; pero el ordenamiento de mayor importancia en la historia jurídica de España durante la época visigótica fue indudablemente el famoso Fuero Juzgo, que también fue denominado como el Libro de los Jueces o Código de los Visigodos, originalmente redactado en latín y algunos siglos más tarde traducido al antiguo castellano. En esta época existen entre los historiadores del Derecho Español profundas discrepancias, pues mientras unos sostienen que fue expedido en el año 681 por el cuarto Concilio de Toledo ante la presencia del rey Sisenando, otros afirman que se formó en los Concilios Séptimo y Octavo convocados respectivamente por Chindasvinto y Recesvinto.²⁹

El Fuero Juzgo era un ordenamiento normativo que comprendía disposiciones relativas a múltiples materias jurídicas, tanto del derecho público como del derecho privado. Así en el primer libro de los doce que comprendía, contiene preceptos concernientes al autor (fazedor) de las leyes y a la naturaleza de éstas, consagrándose en el título preliminar del mencionado ordenamiento un notable principio que traduce la limitación natural que desde el punto de vista ético-político debía tener la autoridad real en la función legislativa y de justicia, así como un índice de legitimidad del monarca, en el sentido de que sólo será rey, si se hiciera derecho, y si no lo hiciera, no será rey. Esta limitación ya existía antes de que apareciera en el Fuero Juzgo al mencionarse que "la monarquía goda en su primer periodo hasta Teodoro y en su segundo periodo hasta Leovigildo, fue completamente ilimitada y absoluta", pero "desde Recaredo en adelante los concilios y el poder episcopal, si no de derecho, de hecho la limitaron". El libro segundo de este ordenamiento normativo, regula los "juicios y causas", ordenándose en los demás, cuestiones de Derecho Civil (casamientos, filiación, contratos, patronazgo y clientela), de Derecho Penal (delitos diversos, penas, tormentos, etc.) y de Derecho Rural y Militar (división de tierras entre godos y romanos, arrendamiento de tierras, peculio de los siervos, división de heredades, servicio militar obligatorio y penas por eludirlo o por encubrir su evasión).

²⁹ *Crónicas Españolas*. Introducción al tomo I por don Joaquín Francisco Pacheco, 1941.

Otro muy importante estatuto que se integraba el derecho escrito español era el Fuero Viejo de Castilla, el cual, como ordenamiento compilador de diversos fueros y disposiciones anteriores, fue publicado en 1356, componiéndose de cinco libros. El primero de éstos trata de cuestiones de Derecho Público, tales como las relativas a los derechos y deberes de los fijosdalgo de Castilla, a las cosas que pertenecen al señorío del rey, a la facultad real para desterrar a los nobles y a los derechos de los desterrados, a los quebrantamientos fe las heredades de los fijosdalgo, etc. En el libro segundo se regulan tópicos de Derecho Penal; en el tercero, los procedimientos judiciales en el orden civil, y en el cuarto y quinto, instituciones de Derecho Civil.

En cuanto a las Leyes de Estilo, también conocidas con el nombre de Declaración de las Leyes del Fuero, no constituyeron una legislación propiamente dicha, sino un conjunto de reglas establecidas por tribunales a manera de jurisprudencia que vinieron a definir y aclarar, mediante la interpretación adecuada, disposiciones contenidas en diversos ordenamientos anteriores sobre diferentes materias jurídicas.

Una de las legislaciones que en forma singularmente marcada contribuyó a la unidad del derecho español y antecedente inmediato de las famosas Siete partidas del rey don Alfonso X, el sabio, fue el Fuero Real de España debido al "noble rey" don Alfonso IX. Este fuero se compone de cuatro libros en los que norman diferentes cuestiones de derecho, principalmente en el Civil y en el Penal.

Por otra parte, el Ordenamiento de Alcalá, expedido por don Alfonso XI en el año de 1348 en Alcalá de Henares en los treinta y dos títulos que comprenden, regula como los otros cuerpos legales diferentes cuestiones atañedoras a diversas ramas jurídicas principalmente en lo que concierne al Derecho Civil, Penal y Procesal.

La unificación del derecho estatutario de los reinos de Castilla y León se realiza con la expedición de las Siete Partidas, elaboradas bajo el gobierno del rey don Alfonso X, llamado con justicia el Sabio por el gran acervo cultural que poseía. Dicho ordenamiento constituye una de las obras más geniales que el pensamiento humano haya producido en pleno medievo por lo que respecta al derecho positivo, habiéndose no sólo codificado en él bajo un sistema normativo unitario múltiples disposiciones contenidas en cuerpos legales anteriores, incluyendo a las de los diversos fueros municipales, sino adoptado principios prevalentes de la filosofía política de la época y del Derecho Romano que parecía haberse olvidado en legislaciones precedentes. ³⁰

Así, en la primera Partida se explica lo que debe entenderse por "derecho natural", por el de gentes (jus gentium), por leyes, usos, costumbres y fueros, prescribiéndose el

³⁰ FLORES DE LA BERRIA, introducción en el tomo II de la compilación: *Las Leyes de España*, 1848.

sentido realista que toda legislación debe tener en el sentido de que estas deben amoldarse a las necesidades que vayan surgiendo en la vida de los pueblos y experimentar todos los cambios y modificaciones de la realidad social.

En la segunda Partida se comprende el derecho político, cuyo principio de sustentación lo constituye la Edad Media en donde se imperaba sobre la radicación de la soberanía, o sea, que ésta residía en la persona del monarca por el "derecho divino, reputándose al rey como "vicario de Dios", con poder sobre sus súbditos "para mantenerlos en verdad y en justicia cuando en lo temporal" (ley quinta). En otras disposiciones de dicha Partida se consigna el régimen monárquico absoluto, pues siendo el rey el representante de Dios sobre la Tierra en lo concerniente a los asuntos no espirituales, entre aquél y sus gobernados no debía existir ningún límite que restringiera la actividad real que no fuese la propia conciencia del monarca encauzada por reglas de tipo religioso y moral que preconizaran un tratamiento humanitario, piadoso y caritativo para los súbditos. Es por ello por lo que la mencionada Partida, aunque haya instituido un régimen monárquico absoluto, condenaba la tiranía en sus aspectos brutales y totalmente despóticos, al atemperar con máximas morales el poder irrestricto del rey.

Las demás Partidas regulan cuestiones del Derecho Procesal, Civil y Penal. A pesar de designio real para que las Siete Partidas implicasen un cuerpo dispositivo unificador del derecho estatutario español derramado en diferentes ordenamientos, lo cierto fue que subsistió la diversidad de cuerpos legales multiplicada por infinidad de fueros generales, provinciales y municipales. En el curso de la vida jurídica de España y bajo la idea de establecer una unidad legislativa, en diferentes épocas se expidieron diversos ordenamientos, tales como el Espéculo (considerado por el mismo rey don Alfonso el Sabio como el "espejo de todos los derechos"), y las Ordenanzas Reales de Castilla, que fue una especie de compilación de varias leyes dispersas o contenidas en los antiguos códigos, como el Fuero Real, las leyes de Estilo y el Ordenamiento de Alcalá, formulada por el jurisconsulto Alfonso Díaz de Montalvo y que en realidad no formó parte del derecho positivo español por no haber obtenido la sanción real.

En el año de 1505 el rey don Fernando el Católico, después del fallecimiento de su consorte la reina Isabel, ordenó la publicación de las llamadas Leyes de Toro, denominadas así porque se expidieron por las Cortes celebradas en la villa de ese nombre. Sin embargo, no se logró la unificación de la legislación española, habiéndose urgido en el año de 1523 al emperador Carlos V para que procediese a la expedición de un ordenamiento que se aplicase indistintamente en todo el reino y que concluyese la anarquía que en el orden legal existía. Años más tarde, y después de reiteradas reclamaciones formuladas por las Cortes, se nombró a varios jurisconsultos para que emprendiesen la tarea unificadora mediante la expedición de un ordenamiento que viniese a resumir a los múltiples y variados cuerpos legales dispersos, y fue así como en el año de 1567, bajo el reinado de Felipe II, se publicó un importante código que se conoce con el nombre de Recopilación de las Leyes de España, dividido en nueve libros. Dicha recopilación según

lo afirma Díaz y Mendoza,³¹ era congruente, contradictoria y poco práctica, pues su aplicación en la realidad ofrecía muchas dificultades. Fue preciso que la autoridad real, a través de las consultas despachadas por su Consejo, aclarase múltiples dudas y limase muchos inconvenientes que la mencionada recopilación presentaba de al ser aplicada en la práctica; y el conjunto de todas esas consultas, a las que le dio el nombre de Autos Acordados, propiamente constituyó una especie de jurisprudencia explicativa de diferentes disposiciones contenidas en el citado código.

Esta situación subsistió en España hasta 1805 en que fue promulgado el ordenamiento denominado Novísima Recopilación de Leyes de España bajo el reinado de Carlos IV, implicando un regulación minuciosa y detallada de diferentes materias, por o que no se le puede considerar exclusivamente como un código procesal, ni civil, ni penal, ni de comercio, sino que "es todo ello a la vez".

En efecto, el ordenamiento que acabamos de mencionar, a través de sus cinco tomos o partes, trata sobre la Santa Iglesia y sus derechos (tomo primero); sobre el rey y su casa y corte, su jurisdicción por conducto del Supremo Consejo de Castilla, Chancillerías y Audiencias (tomo segundo); sobre los vasallos y los pueblos (tomo tercero); sobre las ciencias, artes y oficios, comercio, moneda y minas (tomo cuarto); y sobre contratos, obligaciones, testamentos, herencias, juicios civiles, delitos y juicios criminales (tomo quinto).

Este ordenamiento nos conduce a la conclusión de que en éste, hasta antes de la Constitución de Cádiz de marzo de 1812, no se consagraron, a título de derechos subjetivos públicos, las fundamentales potestades libertarias del gobernado frente al poder público radicado en la persona del rey y emanado de su autoridad. En otras palabras, si el súbdito carecía de un verdadero derecho oponible a la actividad de las autoridades y si éstas, por tanto, no tenían a su cargo obligaciones propiamente jurídicas en favor de los gobernados que les haya impuesto alguno de los estatutos sucintamente comentados, es lógico inferir que en los diferentes reinos que en el decurso del tiempo formaron el Estado Español, no descubrimos antecedentes históricos de nuestras Garantías Individuales.

Sin embargo, no debe creerse que por no haberse consagrado derechos individuales públicos en beneficio del gobernador en los distintos ordenamientos que hemos afirmado anteriormente, a pesar de que en ellos se registra la institución de un régimen absoluto, el derecho natural, concebido con un contenido ideológico cristiano, no dejaba de ser la norma suprema que regía la actuación real. Tan es así, que en la ley 31 de Título 18 de la Tercera Partida de don Alfonso el Sabio se disponía que "Contra derecho natural non debe valer privilegio, nin carta de Emperador, rey nin otro señor. E si la diere non debe valer", además de que, como se decía en el fuero Juzgo, sólo legitimaba al monarca su conducta conforme a derecho y justicia.

³¹ *Historia Española*, tomo VII, introducción, por F. C. de P. Díaz y Mendoza.

El Derecho Positivo Español se localiza en múltiples fueros o estatutos particulares que en distintos reinos de la península ibérica y en diferentes épocas expedían los reyes, tanto en favor de los nobles o "fijosdalgo" (fueros nobiliarios) como en beneficio de los moradores de las villas o ciudades (fueros municipales). El otorgamiento de estos obedecía a diversos motivos, bien de carácter militar o bien de índole político, pues para recompensar las hazañas de los habitantes citadinos en las campañas de reconquista contra los moros principalmente, o para menguar el poderío que los señores feudales ejercían sobre los pobladores de sus dominios, el rey concedía a unos o a otros determinados privilegios que solamente juraba cumplir y hacer cumplir. Entre otras prerrogativas, en el derecho foral se descubren las que atañían a la seguridad personal de los villanos o ciudadanos frente a posibles desmanes de los poderosos, así como a cierta especie e autonomía gubernativa de la comunidad municipal. La tutela de los fueros, estaba encomendada a un alto funcionario judicial, denominado Justicia Mayor, tanto en Castilla como en Aragón especialmente, quien debía velar por su observancia en favor de las personas que denunciaban alguna contravención a las disposiciones forales.

El pacto Político-Civil acordado en las cortes del reino de León el año de 1188. En dicho documento se contienen diversas disposiciones sobre distintas materias de carácter Civil, Penal, Político y Administrativo, y entre ellas las concernientes a la inviolabilidad del domicilio por el rey (art. 6) y a la garantía de audiencia (art. 13).³²

Uno de los fueros que más significación tiene para la antecendencia histórica de algunas de nuestras Garantías Individuales, es sin duda el llamado Privilegio General que en el reino de Aragón expidió don Pedro III en el año de 1348, estatuto que ya consagraba derechos fundamentales en favor del gobernado oponibles a las arbitrariedades del poder público en lo que concierne a la libertad personal. Las Garantías de Seguridad Jurídica que dicho fuero general contenía en beneficio de ésta se hacían respetar a través de distintos medios procesales que él mismo instituían y los cuales se conoce con el nombre de "procesos forales", constituyendo algunos de ellos verdaderos antecedentes o precedentes hispánicos de nuestro Juicio de Amparo.

La limitación de las funciones reales encontró en España su consagración definitiva en la Constitución de 1812, que contiene ya declaraciones terminantes que involucran sendas garantías individuales, tales como las relativas a la audiencia (art. 287), a la de inviolabilidad del domicilio (art. 306), a la de protección a la propiedad privada (art.4), a la de libertad de emisión de pensamiento (art. 371), proscribiendo, en cambio la religiosa, al disponerse en su artículo 12 que la religión oficial de España será la católica, apostólica y romana, y que en el ejercicio de cualquier otra debería prohibirse por las leyes.

³²El mencionado Pacto se produce en la importante obra de Carlos López de Haro titulada La Constitución y Libertades de Aragón, págs. 191 a 194.

Los lineamientos generales de la Constitución de 1812 se conservaron en la que expidió en 1837, por lo que toca a la consagración de los derechos individuales de todo español frente al poder público, así como en el estatuto constitucional de 1845, cuya vigencia se vio suspendida por los sucesos militares de 1854 a propósito de los pronunciamientos de los generales Dulce y O'Donnell. En 1869 se promulgó una nueva Constitución, en cuyo preámbulo se declara que el deseo de los constituyentes consiste en afianzar la justicia, libertad, seguridad y propiedad, de cuantos vivían en España, conteniendo en su articulado un verdadero catálogo de derechos.

Al surgir el movimiento republicano en España en 1873, se elaboró un proyecto de constitución que substituía el régimen monárquico implantado y estructurado en los estatutos constitucionales anteriores por un sistema político federal en el cual el Estado español asumía la forma de república. Además de reiterarse en dicho proyecto la declaración de derechos individuales implicada en la Constitución monárquica de 1869, se pretendió proclamar la libertad religiosa y la separación de la Iglesia y el Estado. El mencionado proyecto, que nunca llegó a cristalizar en Constitución, fue condenado por las tendencias monárquicas que lograron restaurar la dinastía borbónica con Alfonso XII, habiendo expedido las cortes en 1876 la última Constitución monárquica española, en la que, al igual que en las anteriores, se contiene una declaración de los derechos fundamentales de los españoles. En lo que respecta a la libertad religiosa, el Código político de 1876 prescribía que "nadie sería molestado en territorio español por sus opiniones religiosas ni por el ejercicio de su respectivo culto, salvo el respeto debido a la moral cristiana" (art. 11).

Por último en Abril de 1931 se implanta el régimen republicano en España mediante la Constitución de ese año, además de contenerse un catálogo de Garantías Individuales, se instituyen medios para su protección. La mencionada Constitución tuvo una vigencia efímera, como es bien sabido, en atención al golpe de Estado que se produjo en 1936 y a consecuencia del cual se entronizó la dictadura franquista. El mismo Franco, con fecha 17 de Julio de 1945, expidió un ordenamiento denominado "Fuero de los Españoles", el cual fue modificado por la Ley Orgánica del Estado Español del 10 de Enero de 1967. En dicho fuero se declararon distintos "derechos" de los españoles, estando tan limitados, principalmente en lo que atañe a las libertades del hombre, que realidad sus limitaciones hacen nugatorio su ejercicio.

INGLATERRA.- Es en Inglaterra donde la consagración normativa de la libertad humana y su protección jurídica alcanzarán admirable grado de desarrollo. El régimen jurídico inglés fue evolucionando lentamente desde los más oscuros orígenes de los pueblos que habitaron la Gran Bretaña, como los anglos y los sajones, y es fruto de sus costumbres y de su vida misma. El derecho inglés es la consecuencia de largos años de gestación social, de la sucesión incesante de fenómenos y hechos que fueron surgiendo dentro de la colectividad, basados en el espíritu y temperamento anglosajones, que siempre se distinguieron por ser amantes y defensores de la libertad del pueblo británico.

Como efecto paulatino de la costumbre social, de la práctica constante de la libertad, de los acontecimientos históricos en los cuales se revelaron los intentos de defensa de los derechos fundamentales del inglés, surgió la constitución inglesa, como un cuerpo conciso, unitario y escrito de preceptos y disposiciones legales, sino como un conjunto normativo consuetudinario, implicado en diversas legislaciones aisladas y en la práctica jurídica realizada por los tribunales. Podemos decir que es Inglaterra el Estado típico dotado de una constitución en el sentido lógico-formal del concepto, o sea, como agrupación preceptiva creada y consolidada por la costumbre social, fundamentada en la idiosincrasia popular y que no tiene como antecedente ninguna norma legal, sino que se produce espontáneamente. Por eso, don Emilio Rabasa ha dicho que la Constitución Inglesa es el prototipo de la constitución espontánea, a diferencia de la impuesta que no surge espontáneamente de la costumbre jurídico social, sino que su obligatoriedad depende de un acto legislativo.

La consagración y protección jurídica en Inglaterra de la libertad, no aparecieron en forma súbita, repentina, como producto de un estudio teórico previo, como efecto de un proceso de imitación, sino que a través de varios acontecimientos históricos se fueron gestando y reafirmando. Como sucedía por lo general en las primeras épocas de la Edad Media, preveía el régimen de la vindicta privada en los comienzos de la sociedad inglesa. Sin embargo, con posterioridad se introdujeron limitaciones a esa práctica social, considerándose que en determinados periodos podía ejercerse violencia alguna, en aras del rey, quien paulatinamente fue instituyendo nuevas prohibiciones a su ejercicio. El conjunto de estas restricciones recibía el nombre de "la paz del rey", que, como dice Rabasa, "comenzo por limitarse al resto de su residencia o su presencia y fue extendiéndose poco a poco a los cosas reales como los caminos públicos, a la ciudad, a distritos señalados, etc.," En esta forma el régimen de la venganza privada fue extinguiéndose paulatinamente y las violencias en que se traducían fueron desapareciendo con el tiempo. Así se crearon los primeros tribunales que eran el "Witan" o consejo de nobles, el tribunal del Condado y el Consejo de los Cien, se concretaban a vigilar el desarrollo de las ordalias o juicios de Dios. Con posterioridad, y en vista de la imposibilidad material del monarca para impartir justicia en todos los lugares del reino, se estableció lo que se llamó la "curia Regis" o corte del Rey, con atribuciones varia, que éste le había delegado. En esta forma, los diversos tribunales de los distintos pueblos que habilitaban. Inglaterra fueron sometiéndose a la autoridad judicial central, quien respetó siempre sus costumbres y tradiciones jurídicas, aunque después éstas tuvieron que ceder. Así, en toda Inglaterra se fue extendiendo lo que se llamó el Common Law, que fue y es un conjunto normativo consuetudinario, enriquecido y complementado por las resoluciones judiciales de los tribunales ingleses, y en particular por la Corte del Rey, las cuales constituyeron, a su vez, precedentes obligatorios no escritos para casos sucesivos.³³ En otras palabras,

³³La obligatoriedad de los precedentes judiciales "resulta del principio conocido con el nombre de stare decisis, conforme con el cual los jueces deben resolver sus casos de acuerdo

y como afirma Blackstone, el common law o derecho no escrito, "se encuentra en el hecho de que su institución original y autoridad primitiva no revistieron forma escrita, como las leyes del Parlamento, sino que su poder obligatorio y su fuerza legal devinieron a través de usos inmemoriales y prolongados en el reino".³⁴

Al decir de Rabasa, el Common Law, o derecho común en Inglaterra "se formó y desenvolvió sobre dos principios capitales: la seguridad personal y la propiedad". Sus normas se extendieron y se impusieron a la autoridad real, quien debía acatarlas, por lo que de esta forma la libertad y propiedad en Inglaterra se erigieron ya en derechos individuales públicos, oponibles al poder de las autoridades, o, como asienta Rabasa, "el Common Law se impuso en la conducta de la vida pública, marcando un límite a la autoridad real que no podía traspasarlo sin provocar rebeldía y hostilidad". En conclusión en Inglaterra existía, a virtud de Common Law, una supremacía consuetudinaria respecto del poder del monarca y en general de cualquiera autoridad inferior, cuyo contenido eran la seguridad personal y la propiedad.

Sin embargo, la costumbre jurídica, interpretada y definida por los tribunales, es decir, el Common Law, en varias ocasiones se vio contravenida por el rey, quien confiado en su autoridad, se creyó lo suficientemente poderoso para sustraerse de su imperativos. La resistencia real a los mandatos del derecho consuetudinario y la consiguiente oposición a las resoluciones judiciales provocaron en Inglaterra no pocas conmociones, que sirvieron para que el pueblo obtuviera nuevos triunfos sobre el monarca, consolidando así sus conquistas libertarias mediante "bills" o "cartas", que eran documentos públicos obtenidos del rey, en los que se hacía constar los derechos fundamentales del individuo.

Así, a principio del siglo XII los barones ingleses obligaron al rey Juan Sin Tierra a firmar el documento político de los derechos y libertades en Inglaterra y origen remoto de varias garantías constitucionales de diversos países, principalmente de América. Nos referimos a la famosa Magna Carta, "en cuyos setenta y nueve capítulos hay una abundante enumeración de garantías prometidas a la Iglesia, a los barones, a los freemen y a la comunidad, todos con el valor jurídico para el presente que corresponde a fórmulas que se han transmutado en las libertades modernas; pero de las cuales algunas sólo han modificado las palabras y viven en los principios de las constituciones actuales".³⁵

El precepto más importante de la Carta Magna inglesa es el marcado con el número 46, que constituye un

son lo decidido por jueces de la misma jurisdicción, de mayor o igual jerarquía judicial, "de gases previos de naturaleza similar". Julio Caste Rúa. El Common Law, págs. 31 y 32.

³⁴Comentarios on the Laws of England, Tomo I, página 66. Citado en la obra referida en la nota anterior.

³⁵RABASA, El Juicio Constitucional, pág. 46.

antecedente evidente de nuestros artículos 14 y 16 Constitucionales y del artículo 5 de las reformas y adiciones a la Constitución Americana. En síntesis, esta disposición contenía una verdadera Garantía de Legalidad, pues establecía que ningún hombre libre podía ser arrestado, expulsado o privado de sus propiedades, sino mediante juicio de sus pares y por las leyes de la tierra. En efecto, "ley de la tierra" equivalía al conjunto dispositivo consuetudinario imperante en Inglaterra, es decir, al Common Law, que, estaba fundamentado en una tendencia jurídica de protección a la libertad y a la propiedad. La expresión de que ningún hombre podría ser privado de su libertad y propiedades, sino de acuerdo a la ley de la tierra, implicaba una Garantía de Legalidad en el sentido de que dicha privación sólo podría efectuarse mediante una causa jurídica suficiente permitida por el derecho consuetudinario. Pero, además, la Carta Magna requería que la afectación a los derechos de libertad y propiedad individuales se realizara no solo de conformidad con la *lex terrae*, sino mediante juicio de los pares. Con esta idea, no sólo se otorgaba al hombre la Garantía de Audiencia, por la que pudiera ser oído en defensa, sino que se aseguraba también la legitimidad del tribunal que había de encargarse del proceso, pues se estableció que no cualquier cuerpo judicial podría tener tal incumbencia, sino precisamente los pares de interesado, es decir, órganos jurisdiccionales instalados con anterioridad al hecho de que se tratase. Fue así como el artículo 46 de la Carta Magna Inglesa reconoció al hombre libre, al *freeman*, la Garantía de Legalidad, de Audiencia y de Legitimidad de los funcionarios o cuerpos judiciales, constituyendo un claro antecedente de nuestros artículos 14 y 16, en especial del primero, cuyo segundo párrafo expresa más pormenorizadamente las garantías insertas en el precepto anglosajón.

La Carta Magna Inglesa no era una constitución dentro del concepto moderno respectivo, puesto que, por una parte, no estructuró jurídica ni políticamente a Inglaterra y, por la otra, no se contrajo a establecer los principios dogmáticos y orgánicos del Estado.

La mencionada Carta no significó un estatuto transitorio que sólo obligara a Juan Sin Tierra, sino que este monarca, al jurar solemnemente su obediencia, extendió su acatamiento obligatorio a sus sucesores en el trono, al declarar que dicho cuerpo normativo quedaba confirmado "por nosotros y nuestros herederos para siempre".

Mediante la Gran Carta elaborada bajo el reinado de Enrique III y confirmada por Eduardo I, se reiteró la vigencia de la Carta Magna de 1215, reproduciéndose en sus preceptos las disposiciones de este último documento, específicamente las que se referían a las Garantías de Audiencia y de Legalidad.

La autoridad del monarca se fue paulatinamente restringiendo y de que el parlamento iba concentrando mayores facultades de gobierno, no faltaron sucesos políticos a través de los cuales el rey cometía verdaderos desmanes en detrimento de sus gobernados, con patente infracción a los derechos consignados normativamente en favor de ellos. Esta situación de facto originó diversas protestas de carácter pacífico que se elevaron ante los

soberanos arbitrarios; y entre ellas ocupa un lugar destacado en la historia jurídica de Inglaterra la famosa Petition of Rights, redactada por el célebre sir Edward Coke. En este importante documento se invocaron los estatutos y las normas del Common Law para solicitar y exigir sus respeto a Carlos I, aludiéndose a diversas arbitrariedades cometidas bajo su reinado en perjuicio de sus súbditos. La Petición de Derechos significó una enérgica reclamación al rey por las violaciones y desmanes cometidos, constriéndolo a jurar que las arbitrariedades diversas que dieron motivo a dicha exigencia, no volverían a realizarse. El rey, en respuesta a dicha petición, manifestó que se hiciera justicia "según las leyes y costumbres del reino; y que los estatutos se pongan en debida ejecución, para que sus súbditos no tengan motivo de quejarse de ningún agravio u operación, en contra de sus justos derechos y libertades, a cuya conservación se considera obligado en conciencia y como de su prerrogativa."³⁶

Lo que hizo asumir el carácter jurídico obligatorio a la famosa "Petición de Derechos", fue la intervención del parlamento inglés haciéndola suya en una exhortación que dirigió al rey en Junio de 1628 para que la cumpliera. Fue así como la simple solicitud de que se confirmaran y respetaran los derechos y libertades del pueblo inglés, se convirtió en una decisión parlamentaria, que vino a incorporarse al Common Law, como un acto público de refrendo a los estatutos normativos anteriores.

Cuando fueron exaltados al trono el príncipe Guillermo de Orange y la princesa María, después del movimiento revolucionario que derrocó a Jacobo II, el parlamento impuso a los nuevos monarcas en 1639 un estatuto que ampliaba las garantías individuales que ya se habían reconocido en las legislaciones anteriores, insertando nuevas como la libertad de tribuna, de portación de armas, etc., y que puede considerarse como el más completo de todos. El mencionado estatuto fue el célebre Bill of Rights, que en "expresiones breves y vigorosas, declarando la ilegalidad de muchas prácticas de la corona, prohíbe la suspensión y la dispensa de las leyes, los juicios por comisión, las multas o fianzas excesivas, así como el mantenimiento de ejercicio en tiempo de paz y la imposición de contribuciones sin permiso del Parlamento; se reconoce, además, el derecho de petición al rey, el de portación de armas, la libertad de tribuna en el Parlamento y la libertad en la elección de los comunes".

Por la otra parte, no hay que pasar inadvertidas las ideas de Oliverio Cromwell acerca de lo que debía reputarse como gobierno constitucional y que cristalizó en su célebre Instrument of Government, del año 1653 en cuyo documento se instituyó una especie de separación o división de poderes para proscribir las arbitrariedades del poder público en beneficio fundamentalmente de los gobernados. El pensamiento de Cromwell, expresado no sólo a través de dicho instrumento político, sino en sus fogosos discursos parlamentarios, deja entrever claramente el principio de supremacía constitucional, coincidiendo en este punto con las ideas del famoso Juez inglés sir Edward Coke, a quien debe considerarse como un

³⁶FRANCISCO LIEBER, La Libertad Civil, tomo II, pág. 51.

precursor del chief justice John Marshall en lo tocante a la declaración de dicho principio.

En resumen, la situación jurídica del gobernado en Inglaterra se gestó y se definió de manera espontánea como lo mencione anteriormente, y natural dentro de la vida evolutiva del pueblo británico. La costumbre, como práctica social reiterada y constante, fue suministrado los hechos que la precedente interpretación de los tribunales ingleses, a través del decurso de los años, convirtió en normas de derecho, integrando así el Common Law, completando en forma trascendental por los diversos ordenamientos escritos a que hemos aludido y configurando lo que se llama la Constitución Inglesa. El espíritu jurídico de los anglosajones ha sido siempre más bien pragmático que teórico o especulativo. De ahí que las instituciones del derecho inglés no hayan obedecido a teorías o doctrinas como sucedió diversamente en Francia como lo explicaré más adelante: Esta afirmación no significa que en Inglaterra no hayan existido pensadores que hubiesen contribuido al desarrollo del derecho político universal; pero la labor de esos pensadores, dentro de la historia jurídica de Inglaterra, tuvo menos influencia que la vida misma del pueblo en la estructuración del derecho positivo, en especial por lo que concierne a la definición y consolidación normativa de los derechos del gobernado frente al poder estatal. Puede sostenerse, por tanto, que las teorías de los juristas, políticos y filósofos ingleses, como Juan Locke principalmente, tuvieron mayor influencia fuera de Inglaterra, pues este país estructurado secularmente en torno a un espíritu conservador y tradicional, jamás fue ni ha sido campo propicio para las innovaciones súbitas provenientes de doctrinas propugnadoras de reformas sociales inspiradas, las más de las veces, en concepciones ideales o deontológicas, distantes o incompatibles con la realidad.

FRANCIA.- Se perfilaba el jus-naturalismo como corriente política para fijar las relaciones entre el poder público y los gobernados, en el sentido de que aquél siempre respetar y consagrar en el orden jurídico las prerrogativas inherentes a la persona humana, como la libertad, la propiedad, la seguridad jurídica, etc., la realidad política presentó una notable oposición al pensamiento teórico. El despotismo y la autocracia siguieron imperando principalmente en Francia, cuyo régimen gubernamental se cimentaba en un sistema teocrático, puesto que se consideraba que la autoridad monárquica tenía su origen y fundamento en la voluntad divina, por lo que se reputaba a aquélla como absoluta, esto es, sin ninguna limitación en su ejercicio. Los reyes cometieron, bajo estas condiciones, arbitrariedades sin fin, gravando inicuaamente al pueblo como impuestos elevadísimos para poder mantener el boato y subvenir a los gastos exorbitantes de la corte real y de la podrida y degenerada nobleza, que contribuía a la extorsión popular.

Ante esta triste realidad, surgen en Francia importantísimas corrientes políticas en el siglo XVIII, las cuales pretendían proponer medidas y reformas para acabar con el régimen absolutista, pugando por el establecimiento de sistemas o formas de gobierno más pertinentes y adecuadas para conjuntar el mal público. Así aparecen en el pensamiento político los fisiócratas, quienes abogaban por un marcado abstencionismo del Estado en lo concerniente

a las relaciones sociales, las cuales deberían entablarse y desarrollarse libremente, sin la injerencia oficial, obedeciendo al ejercicio de los derechos naturales del gobernado. Por su parte Voltaire, propugnando una monarquía ilustrada y tolerante, proclama la igualdad de todos los hombres respecto a los derechos naturales de libertad, propiedad y protección legal. Los enciclopedistas, principalmente con Diderot y D'Alembert, pretendieron reconstruir teóricamente el mundo, saneándolo de sus deficiencias, errores y degradaciones, pretensión en la que pugnan vehementemente por la consagración definitiva de los derechos naturales del hombre. Esta última cuestión apenas se vislumbra en la teoría de Montesquieu, cuya finalidad especulativa fundamentalmente tiende a elaborar un sistema de gobierno que garantizara la legalidad y descartara la arbitrariedad o despotismo de las autoridades, habiendo formulado para ello su famosa teoría de la división de poderes, dotando a cada uno de éstos de atribuciones específicas y distintas de las que correspondiesen a los otros, para el efecto de que imperase un régimen de frenos y contrapeso recíprocos.

Pero el pensador que sin duda alguna ejerció mayor influencia en las tesis jurídico-políticas llevadas a la práctica por la Revolución Francesa, fue Rousseau con su famosa teoría del Contrato Social, que ya antes había sido formulada por varios teóricos. Afirmaba Rousseau que el hombre en un principio vivía en estado de naturaleza, es decir, que su actividad no estaba limitada por ninguna norma, que desplegaba su libertad sin obstáculo alguno; en una palabra, que disfrutaba de una completa felicidad para cuya consecución, según dicho pensador, no operaba la razón, sino el sentimiento de piedad. Con el progreso natural, se fueron marcando diferencias entre los individuos antes colocados en una posición de verdadera igualdad, y es entonces cuando suceden divergencias y pugnas entre ellos.

Para evitar estos conflictos, los hombres, según Rousseau, concertaron un pacto de convivencia, estableciendo de esta manera la sociedad civil, limitándose ellos mismos su propia actividad particular y restringiendo en esta forma sus derechos naturales. Al crearse la sociedad civil, en oposición al estado de naturaleza, se estableció un poder o una autoridad supremos, cuyo titular fue y es la comunidad, capaz de imponerse a los individuos. A este poder o autoridad la llama Rousseau voluntad general, a la cual consideraba soberanamente omnimoda, esto es, sin limitación alguna. Sin embargo, y contradiciéndose con esta consideración, dicho pensador asienta que los individuos al formar la sociedad civil, recuperan sus derechos naturales con las consiguientes restricciones, los cuales deben ser respetados por el poder o autoridad públicos. Consiguientemente, en la teoría rousseausiana tenemos, por un lado, la "volonté générale" como suprema, como soberana, y de otro, a los derechos fundamentales del hombre, inalienables y respetables necesariamente. Entonces si se acepta esta última consideración, la "volonté générale" no es omnimoda como lo sostiene Rousseau, sino que está limitada por los derechos naturales del individuo frente a ella. Esta contradicción entre el jus-naturalismo y la concepción soberana del poder estatal se ha evitado en las modernas teorías de la soberanía a través del concepto de autolimitación, por virtud del cual, siendo el poder del Estado soberano, esto es, no existiendo sobre él ningún otro, se impone así mismo, el orden jurídico, limitaciones de derecho, es

decir, obligatorias, siendo parte de esas limitaciones las garantías individuales o derechos fundamentales del individuo o gobernado que reconoce o crea. En las teorías actuales respecto de la soberanía, los derechos del hombre ya no existen como superestatales, sino que, o bien su validez depende de su reconocimiento por parte de orden jurídico del Estado, o bien se crean o establecen por dicho orden.

A diferencia de Inglaterra, en donde el constitucionalismo surge paulatinamente y sucesivamente merced a distintos hechos históricos, en Francia de manera súbita y repentina se destruye el régimen monárquico absolutista y se implanta un nuevo, democrático, individualista y republicano. Si las Garantías Individuales, si el respeto a la libertad surgieron en Inglaterra por impulsos propios del pueblo, sentidos y experimentados por su misma idiosincrasia, en Francia, en cambio, fueron producto de elaboraciones doctrinarias, de corrientes teóricas, propias y ajenas, que encontraron en el pueblo francés un amplio y propicio campo de desarrollo y realización, y cuya precaria situación contribuyó no poco a ello. Fue así como el pueblo, enardecido por la desgracia de la opresión, del favoritismo y de la iniquidad ejercidos por el gobierno, rompió los moldes jurídicos y políticos de la Francia absolutista, negativa de libertades, en completa incompatibilidad con los anhelos populares de liberación.

La libertad humana fue, en efecto, terriblemente mancillada por los gobiernos monárquicos absolutistas. A través de órdenes secretas, denominadas lettres de cachet, se sometía a prisión a los individuos sin expresarse la causa o el motivo de su detención, que se prolongaba indefinidamente sin intervención alguna de autoridad judicial. Este clima verdaderamente vejatorio de uno de los más caros derechos del hombre, auspició que en la realidad política de Francia fructificara la ideología revolucionaria que tendía a transformar los arcaicos cimientos filosóficos sobre los que se erigía el sistema absolutista, en que la actividad del Estado se identificaba con la voluntad del monarca, a tal punto que Luis XIV, el rey sol, solía decir "el Estado soy yo".

La Revolución Francesa se provocó, consiguientemente, por la convergencia de diferentes factores, a saber: el pensamiento filosófico político del siglo XVIII, el constitucionalismo norteamericano que se difundió en Francia mediante la circulación profusa de las constituciones particulares de los Estados que formaron la Unión Americana y de la Constitución Federal, así como la realidad política y social que acusaba tiranía, despotismo, arbitrariedad y graves afrentas a la dignidad humana.

El pensamiento liberal, propio de la Revolución Francesa de 1789, en aquel tiempo inseguro de por sí por la ebullición de las ideas y de la guerra, fue poco propicio para forjar una legislación estable; las modificaciones a las leyes se efectuaron y continuaron como resultado de las imperfecciones de la citada legislación revolucionaria, y por la necesidad de amoldarla a las nuevas exigencias sociales, y así, con ello se dio por terminada la criticada ordenanza Francesa de 1670 y con ella también terminó el sistema procesal inquisitivo.

En este periodo de la Revolución Francesa, el Procedimiento Penal se vio influenciado por el sistema acusatorio inglés, y funcionó al establecerse el famoso Jurado de Acusación que era elegido por elección y representaba a la sociedad y no al Estado; se encargaba de presentar la acusación de oficio o a virtud de una denuncia, aquí, al fragor de la batalla, la asamblea constituyente al dictar dichas leyes, delineó, aunque todavía de manera imprecisa, a la figura del Ministerio Público.

Tras cuidadoso estudio, sancionóse el 20 de Abril de 1810 el Código Napoleónico de Instrucción Criminal, que vino a perfeccionar un poco más al personaje del Ministerio Público, organizó un tipo mixto de procedimiento que reproduce en la primera faz del Proceso Penal, a la instrucción previa escrita, sin contradicciones con la ordenanza de 1670, y en la segunda, mantiene el procedimiento público, oral, contradictoria de las leyes de 1791, y que conserva al jurado de enjuiciamiento, suprimiendo al jurado de acusación.

En el mismo año de 1810, al dictarse la Ley de Organizaciones de los Tribunales que vino a complementar el Código Napoleónico de Instrucción Criminal, se suprimió el Jurado de Acusación instituyéndose, en su lugar una cámara de consejo que también resultó inoperante. A través de todo esto se creó y quedó reconocida la figura del ministerio fiscal que actuaba ante el tribunal como único titular en el ejercicio de la Acción Penal, que dependía del poder ejecutivo, dejando en manos del particular tan sólo el ejercicio de la acción civil, con lo cual y aparte de afirmar su nacimiento, marcó la definitiva separación o independencia entre el ejercicio de la Acción Civil de la Penal.

Así vemos que en la Instrucción Previa era obligatoria para los crímenes y facultativa para los delitos; la realizaba el juez de instrucción quien, una vez concluida, pasaban los autos a la Cámara de Consejo, momento desde el cual el imputado podía conocer las acusaciones de la instrucción por copias que se le expedían. El juicio se realizaba ante las Cortes de Assises permanentes y los jurados populares. Ante cada tribunal actuaba un representante del ministerio fiscal que pasó a ser un funcionario dependiente del poder administrador, y era el único titular de la Acción Penal (actio publicae). Al ofendido sólo le estaba reservado el ejercicio de la Acción Civil, cuya distinción respecto a la Acción Penal quedó bien definida.

2.2 DETENCION MEXICO COLONIAL.-

Durante la época de la Colonia, rigieron en la Nueva España, juntamente con la Recopilación de las Leyes de Indias, mandada observar por Carlos II en el año de 1680, el Fuero Juzgo, las Siete Partidas de don Alfonso el Sabio y la Real Ordenanza de Intendentes expedida por Carlos III en el año de 1786. Muchos años después de consumada la independencia, fueron las Leyes de Partidas así como las diversas pragmáticas, cédulas y disposiciones acordadas

por el Consejo de Indias. La diversidad de fueros existentes y la variedad de leyes que se aplicaban en la época colonial, hacia que la administración de justicia se impartiese tardíamente. Como las Siete Partidas estructuraban el Proceso Penal en el sistema de enjuiciamientos de tipo inquisitorio, resultaban confundidas las disposiciones de carácter eclesiástico, profano, foral y real. En los procesos criminales se observaban las enseñanzas contenidas en los tratados de derecho, como la "Materia Criminal Forense" publicada en Madrid por el doctor don Senén de Vilanova y Mañes en el año de 1807, que contiene interesantes formurios en materia de enjuiciamiento. Para facilitar el estudio de los órdenes históricos procesales, señalaremos tres etapas: 1.- Leyes del Procedimiento Penal vigentes en la Nueva España antes de la consumación de la independencia. 2.- Leyes procesales vigentes desde la consumación de la independencia hasta la expedición del Código de Procedimientos Penales de 1880, y 3.- Leyes procesales expedidas desde 1880 hasta nuestros días.

Antes de consumarse la Independencia de México, el proceso penal se encontraba regido por el sistema de enjuiciamiento inquisitorio. La ley investía al Juez de un poder omnímodo que aun no queriéndolo, no podía eludir y el procedimiento penal se caracterizaba por una absoluta falta de garantías para el acusado; las prisiones indefinidas, las incomunicaciones rigurosas que se prolongaban para arrancar la confesión al acusado, las marcas, los azotes, el tormento y cuanto medio es inimaginable para degradar la condición humana del penado; los interrogatorios capciosos y perversos y los medios de coacción más abominables unidos a la confesión con cargos, eran de uso frecuente en esta época en que se juzgaba el delito en abstracto y se hacía caso omiso del conocimiento de la personalidad del delincuente. En los tribunales inquisitoriales, el medio clásico de convicción lo era el tormento; al inculcado se sentenciaba en secreto, sin oírlo en defensa y sin que supiese el nombre de su acusador o conociese a la persona que declaraba en su contra; imperaba la confiscación de bienes y el procedimiento de la pesquisa. Abolío el tormento por las Cortes Españolas en 1812 y más tarde por el rey Fernando VII en el año de 1817, el influjo de las corrientes renovadoras que la Revolución Francesa proyectó a través del tiempo, inició tanto en España como en México, una transformación en los caducos procedimientos judiciales que se venían aplicando desde época del Rey don Alfonso el Sabio.

El 4 de Septiembre de 1824 se expide en México la primera ley para mejorar la administración de la justicia y los procedimientos judiciales. Después se expidieron las leyes de 16 de Mayo de 1831 y de 18 de Mayo 1840, que sufren continuas modificaciones durante el régimen centralista del General López Santa Anna. Merece especial mención la ley de 23 de Mayo de 1837, que preferentemente se ocupa del Procedimiento Penal y señala las normas que deben seguirse en la secuela del proceso, pero como además de estas disposiciones se continuaban aplicando las antiguas leyes españolas, esto daba origen a la multitud de deficiencias y trámites.

La necesidad de una labor de codificación era palpable. Las viejas leyes españolas, de indudable excelencia, no se

ajustaban ni respondían a las necesidades de la época y principalmente, a las aspiraciones de un pueblo que luchó con tesón con el extranjero para consolidar sus libertades. Las leyes de 28 de Noviembre de 1855 derogando las disposiciones vigentes en la época del centralismo y de 5 de Enero de 1857 para juzgar a los homicidas, heridores y vagos, no pueden reputarse sino como circunstanciales, así como la de 4 de Mayo de 1857 que estableció la forma como deberían practicarse las visitas de cárceles; en todo lo demás, se siguió observando la legislación española en lo que se refiere al Procedimiento Penal.

La ley de jurados el 15 de Junio de 1806, del notable jurisconsulto don Ignacio Mariscal que, a pesar de los defectos que el propio autor reconoce, vino a llenar el vacío con el establecimiento del juicio por jurados, y por primera vez en nuestra vida independiente, se menciona en ella a la institución del Ministerio Público.

Aunque a mediados del siglo XX, se fueron restringiendo las formas procesales que caracterizan al sistema inquisitorio y se reconocieron algunos derechos para el inculcado, eran limitados, que podemos afirmar que en el procedimiento mexicano, en la época que nos ocupa, seguía imperando el sistema inquisitorio. La instrucción de los procesos llamada "sumario" era tardía y duraba muchos años, traduciéndose en molestias incalculables para quienes quedaban sujetos a la prisión preventiva y al final del proceso, con absolución de la instancia, el inculcado quedaba en una situación incierta, con la amenaza de ser nuevamente detenido. En la fase del sumario, el inculcado carecía absolutamente de medios para defenderse, a tal extremo que al abrirse el período de juicio o plenario, resultaba impotente para destruir las pruebas adversas que iba acumulando el Juez y los principios de publicidad y oralidad en este período, era nominales. Por otra parte el empleo frecuente de la confesión con cargos y las rigurosas comunicaciones que se imponían al inculcado desde el momento de su detención, hacían más rígido el sistema procesal imperante. La falta de codificación originaba que los jueces dirigiesen el proceso a su modo, invocando preceptos varios, y es común encontrar en las sentencias pronunciadas en los juicios criminales a fines del siglo pasado, disposiciones contenidas en las Leyes de Partidas.

La expedición del Código Penal de 7 de diciembre de 1871, obra de don Antonio Martínez de Castro, hizo imperiosa la necesidad de completar la reforma legislativa con una buena ley de Enjuiciamiento Criminal, el Congreso de la República, por decreto de 1 de junio de 1880, autorizó al Ejecutivo para expedir el Código de Procedimientos Penales y para organizar la administración de la justicia en el Distrito Federal y en el territorio de la Baja California

El Código de Procedimientos Penales de 1880, adopta la teoría francesa, al disponer que los jueces son los funcionarios de más alta jerarquía de la Policía Judicial. Se adopta también en el nuevo Código Procesal Penal el sistema mixto de enjuiciamiento, y se dan reglas precisas para la substanciación de

los procesos, principalmente en lo que se refiere a la comprobación del cuerpo del delito, a la búsqueda de pruebas y al descubrimiento del responsable. Se reconocen los derechos del acusado en lo correspondiente a su defensa. Se establece un límite al procedimiento secreto, desde el momento en que el inculpado es detenido hasta que se produzca su declaración preparatoria. Se limitan los medios para proceder a la detención de una persona, lo que hará siempre que se encuentren satisfechos los requisitos legales. Se dan regla para las ordenes de cateo y violabilidad del domicilio. Entre otras reformas que se hicieron se amplió la libertad caucional, etc.

Trancurriéndose once desde la promulgación del Código de Procedimientos Penales de 1880, se hizo palpable la inquietud social por los inconvenientes que tenía para la recta administración de justicia el Juicio por Jurados, que no prestaba las suficientes garantías debido a su composición y la serie de descertados veredictos que entonces se pronunciaron. El 3 de Junio de 1891, el congreso de la Unión autorizó al Ejecutivo para reformar el Código de Procedimientos Penales de 1880 en lo que se refiere al Jurado. Se encomendaron las reformas a una comisión compuesta por Rafael Rebollar, F.G. Puentes y P. Miranda y el 24 de Junio de 1891, se expidió la segunda Ley de Jurados en Materia Criminal para el Distrito Federal. Posteriormente, se promulgó el Código de Procedimientos Penales de 6 de Julio de 1894, siendo Secretario de Justicia el licenciado don Joaquín Baranda, con las reformas que fue necesario introducir para el mejor funcionamiento del Jurado. La nueva ley procesal introdujo algunas innovaciones en el procedimiento, conservó la doctrina francesa reconocida ya en el Código de Procedimientos de 1880; estableció que la Policía Judicial tiene objeto la investigación de todos los delitos, la reunión de sus pruebas y el descubrimiento de los autores, cómplices y encubridores, en tanto que al Ministerio Público corresponde perseguir y acusar ante los tribunales a los responsables de un delito y cuidar de que las sentencias se ejecuten puntualmente, que la violación de un derecho garantizado por la Ley Penal, da origen a dos acciones: la penal que corresponde a la sociedad y se ejercita por el Ministerio Público, y la civil que sólo podía ejercitarse por la parte ofendida o quien legalmente lo represente. Otra modificación importante fué la que el defensor de un reo está facultado para promover todas las diligencias e intentar los recursos legales que juzgue convenientes, excepto en los caso de que aparezca de autos de voluntad expresa del procesado.

Al promulgarse la nueva Carta Fundamental de la República el 5 de Febrero de 1917, al triunfo de la revolución constitucionalista acaudillada por don Venustiano Carranza, se modificó substancialmente el procedimiento penal mexicano, al abandonarse la teoría francesa que estructuró nuestro códigos y al quitar a los jueces el carácter de miembros de la policía judicial.

En el año de 1929, hallándose al frente del Poder Ejecutivo de la Nación el señor licenciado don Emilio Portes Gil, se integró una comisión que tuvo como finalidad reformar la legislación penal y procesal que ya resultaba anticuada y el 15 de diciembre del mismo año, se expidió el Código de Organización, Competencia y Procedimientos en Materia Penal para el Distrito

Federal y los Territorios. Tuvo vida efímera y su abrogación se operó al expedirse el Código de Procedimientos Penales de 27 de agosto de 1931. El 23 de agosto de 1934, se promulga el Código Federal de Procedimientos Penales ; dentro de sus principales reformas fueron las consistentes en el establecimiento de procedimientos especiales para los menores delincuentes, toxicómanos y enfermos mentales, reconoció los principios de la teoría de las funciones procesales de los principios de oralidad, publicidad, inmediatidad, libertad absoluta en la defensa, contradicción y concentración procesales, pero en donde se refiere a gran importancia es en el sistema de pruebas, tomando a la que se ofrezca como tal y se adopta un principio de valoración lógica de las pruebas.

2.3 EDAD MODERNA.- REVOLUCION FRANCESA 14 DE JULIO DE 1789, CODIGO NAPOLEONICO, REVOLUCION INDUSTRIAL.

REVOLUCION FRANCESA: La sociedad Europea del siglo XVIII vivía en medio de opulenta decadencia. Existía una desigualdad evidente entre las clases privilegiadas y la masa del pueblo y las monarquías habían derivado hacia el absolutismo. Estos rasgos habían alcanzado singular intensidad en Francia. La sociedad francesa se dividía en tres estamentos: el Clero tenía a su cargo la enseñanza, el registro civil de las personas y la caridad organizada. En virtud del llamado regalismo, el monarca proponía al Papa los candidatos a obispos, canónicos, etc., y lo hacía favoreciendo a los aristócratas, aunque no tuvieran vocación; el alto clero percibía impuestos cuantiosos y tenía enormes riquezas. El bajo clero, por el contrario, vivía prácticamente en la miseria y participaba de las angustias del pueblo.

La Nobleza, que formaba otro estado o estamento de esta sociedad altamente jerarquizada, comprendía una nobleza de la corte, que vivía en medio del boato y el esplendor de Versalles, y una nobleza de provincias, formada por terratenientes. Los nobles, como el clero, no pagaban impuestos y, además, eran los únicos que podían llegar a oficiales del ejército y a embajadores. El tercer estado o estado llano comprendía veintitrés millones de personas (frente a trecientos mil de los dos primeros estamentos) vale decir que prácticamente todo el pueblo francés. El pueblo vivía en un sometimiento económico y social inaudito: entregaba al rey, al clero y a la nobleza el ochenta por ciento de sus ingresos y debía acatamiento a estos tres poderes omnímodos. El tercer estado no era un bloque homogéneo; en su seno mediaba un abismo entre la burguesía de las ciudades, formada por profesionales y comerciantes, y las clases obreras y campesinas, iletradas y paupérrimas. Millares de vagabundos y desocupados se mezclaban con la población trabajadora, viviendo de la limosna y del delito.

Ante esta situación, la reacción comenzó siendo intelectual. Un grupo de hombres llamados philosophes (en rigor se trataba de teóricos de la política, sociólogos y formadores sociales) comenzó a estudiar problemas políticos y económicos con

un enfoque nuevo. Los percursores de sus ideas fueron ingleses: Juan Locke, que en su Tratado del Gobierno Civil expuso la doctrina de los derechos del hombre y de la soberanía del pueblo, y Adam Smith, que en su Investigación sobre la naturaleza y las causas de la riqueza de las naciones desarrolló el principio de que la riqueza tiene su frente en el trabajo, no en la tierra ni en el oro como se sostenía a la sazón.

Carlos de Secondat, barón de Montesquieu, escribió las Cartas persas, aguda sátira sobre las costumbres del antiguo régimen, y dejó el espíritu de las leyes la base de la doctrina política de la separación de poderes. Francisco María Arouet, llamado Volttaire, abordó todos los géneros en una producción multiforme que se caracterizó por su lucha contra la intolerancia religiosa. El autor más influyente de estos tiempos agitados fue Juan Jacobo Rosseau, autor de la novela pedagógica Emilio, y del celeberrimo contrato social, que habría de convertirse en ariete revolucionario. La tarea más ambiciosa fue emprendida por Dionisio Diderot, bajo la forma de un "cuadro general de los progresos del espíritu humano en todos los géneros y en todos los siglos": se trata de la Enciclopedia, que existió 21 años de agotador esfuerzo en medio de las persecuciones de la censura. En sus 28 volúmenes colaboraron los pensadores más brillantes de la época, que utilizaron la obra como tribuna de propaganda revolucionaria.

La revolución comenzó con Luis XVI, monarca simple, bondadoso y de carácter débil, trató de rodearse de gente capaz. Roberto Turgot, uno de sus ministros, inició una política de liberalización económica que habría mejorado la situación del país y del pueblo. Pero el Parlamento de Paris se opuso a la mayoría de sus reformas, y en tal actitud fue secundado por la reina Maria Antonieta- mujer frívola, caprichosa y obstinada- y por la nobleza. Turgot no pudo resistir tanta presión y debió renunciar. Su sucesor, el banquero Nécker, tampoco pudo dominar la situación financiera del país. En 1788 convocó a los Estados Generales, asamblea compuesta por representantes de la nobleza, el clero y la burguesía (que no se reunían desde hacia más de 50 años). El decreto de convocatoria estableció que el clero tendría 3000 votos, la nobleza 300 y el tercer estado 600; los miembros de este último eran únicamente burgueses y no había representantes de los campesinos ni obreros. Los representantes llevaban cuadernos que contenían los principales anhelos de sus electores, casi todos moderados pero deseosos de un cambio. El 5 de Mayo de 1789, Luis XVI pronunció el discurso inaugural de la asamblea; los Estados Generales, según él, debían limitarse a las cuestiones económicas sin tocar los problemas políticos. Los representantes, atónicos, hallaron que sus cuadernos de peticiones resultarían inútiles. Poco después se supo que Maria Antonieta había logrado que el monarca adoptara esta peligrosa actitud.

Iniciadas las deliberaciones, los miembros del tercer estado propusieron que los debates se hicieran en una sala única y las mociones se aprobaran por simple mayoría de votos; pero el rey, temeroso del predominio de la burguesía, ordenó que los estados que los estados se reunieran en salas separadas. Más de un mes de inútiles debates transcurrieron antes que el estado llano adoptara la actitud decisiva: erigirse en Asamblea Nacional, "en

nombre de 97 por ciento de los franceses", y tratar todos los temas incluidos en los cuadernos.

Mal aconsejado, Luis XVI hizo cerrar las salas de sesiones. Pero los miembros se reunieron en un local destinado al juego de pelota y pronunciaron un juramento histórico: no separarse hasta establecer la Constitución. Tres días después, el rey se presentó ante una reunión conjunta de los tres estados y negó validez a la decisión de crear la Asamblea Nacional. Retirado el monarca, se irguió un noble, pasado a las filas del tercer estado. Honorato Gabriel Riquetti era su nombre, pero la historia lo recuerda como el conde de Mirabeau. Con toda la vehemencia de su palabra arrolladora pronunció un famoso apóstrofe ante el chambelán del rey: "Id a decir a vuestro amo que estamos aquí por la voluntad del pueblo, y que sólo se nos arrancará por la fuerza de las bayonetas". Luis XVI no era hombre de decidir situaciones por la fuerza de las bayonetas. " si no quieren irse, que se queden", fue su tímido comentario. El 9 de Julio, al cabo de dos semanas de deliberaciones, el tercer estado logró que se aprobara la formación de una Asamblea Constituyente que redactaría una Carta Magna.

Pero el antiguo régimen no estaba vencido: en París se fueron concentrando regimientos de mercenarios extranjeros, y Luis XVI despidió a Nécker y otros ministros, juzgados partidarios de la nueva situación. Un grupo de agitadores, encabezado por Camilo Desmoulins, logró que el pueblo de París se adelantara al golpe y tomase armas. El 14 de Julio de 1789, nutridas columnas asaltaron y ocuparon la Bastilla, la odiada prisión política de París. En este hecho se ha querido ver la culminación del proceso revolucionario; pero en rigor su importancia no es más que simbólica, porque la Bastilla estaba mal defendida y sólo encerraba siete prisioneros. Bajo las órdenes del marqués de Lafayette, las milicias revolucionarias formaron la Guardia Nacional. Como siempre, el rey aceptó los hechos. La Revolución de París se extendió a las provincias, donde muchedumbres de campesinos asaltaron castillos y residencias de la nobleza.

Entre tanto, contagiados por el clima revolucionario del momento, varios sacerdotes y nobles renunciaron públicamente, en medio de la Asamblea, a todos sus derechos. El 26 de Julio de 1789 se aprobó el documento que serviría de preámbulo a la futura Constitución; se trataba de la famosísima Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Su expedición fue precedida de importantes sucesos políticos que se desarrollaron desde la convocación a los llamados estados generales por la ley, hasta el juramento de la mencionada declaración en la Asamblea Nacional. Recordemos que en su redacción y en su discusión tomaron parte activa los más erigidos políticos de Francia, contándose entre ellos a Mirabeau, a Robespierre, Mounier, Target, Lafayette, etc. Es importante subrayar algunos de los conceptos emitidos por este último al formular en Julio de 1789 un proyecto de Declaración de Derechos, pues en ellos se condensa la esencia del pensamiento revolucionario en lo que respecta a la implicación jurídica, filosófica y política del hombre.

Se ve que en realidad la Declaración es ante todo la expresión de un estado de espíritu más que la consagración de una tesis particular. Es por esto por lo que, sin minimizar la influencia que pudieron tener las declaraciones colocadas algunos años antes a la cabeza de las constituciones de los Estados particulares de la Unión Americana, se debe comprender que, aunque este precedente no haya existido, nuestra Declaración, sin embargo, pudo ser redactada. Jamás se tuvo conciencia de una manera tan clara del nacimiento de un mundo nuevo; para ello la Declaración era el programa necesario".³⁷

La Declaración de 1789 instituyó la Democracia como sistema de gobierno, afirmando que el origen del poder público y su fundamental sustrato es el pueblo o, para emplear su propio lenguaje, la nación, en la que se depositó la soberanía. Así, el artículo 3° establecía: " El principio de toda soberanía reside esencialmente en la nación. Ningún individuo o corporación puede ejercitar autoridad que no emane expresamente de ella", precepto que posteriormente inspiró sobre este punto a la mayor parte de las constituciones universales. La democracia siempre supone la igualdad jurídica y política de los gobernados, por lo que el artículo 6° se refería a dicho elemento al disponer: "La ley es la expresión de la voluntad general. Todos los ciudadanos tienen derecho de concurrir a su formación personalmente o por representantes. Debe ser la misma para todos, sea que proteja o sea que castigue. Todos los ciudadanos, siendo iguales a sus ojos, son igualmente admisibles a todas las dignidades, cargos o empleos públicos, según su capacidad, sin otra distinción que la de su virtud o su talento".

Además, la Declaración Francesa de 1789 contenía un principio netamente individualista y liberal. Individualista, porque consideraba al individuo como el objeto esencial y único de la protección del Estado y de sus instituciones jurídicas, a tal grado de no permitir la existencia de entidades sociales intermedias entre él y los gobernados particulares. A este propósito, establecía el artículo 2° lo siguiente, que revela una concepción notablemente jus-naturalista: " El objeto de toda asociación política es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre. Estos derechos son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión" que es semejante, en cuanto al principio en él involucrado, al primer precepto de nuestra Constitución de 1857, que dice: " El pueblo mexicano reconoce que los derechos del hombre son la base y el objeto de las instituciones sociales".

Consagraba también la Declaración Francesa el principio liberal, porque vedaba al Estado toda injerencia en las relaciones entre particulares que no tuviese por objeto evitar que el libre desarrollo de la actividad individual perjudicara o dañara los intereses de otro u otros individuos, concibiendo a aquél como el mero policía, acerca de cuyo régimen ha hecho Duguit severas y justificadas críticas. A este respecto, decía el artículo 4° de la Declaración: "La libertad consiste en poder hacer todo aquello que

³⁷Droit Constitutionnel et Institutions Politiques. Decimaseptima edición, 1879, págs 187 y 288.

no dañe a otro; por lo tanto, el ejercicio de los derechos naturales de cada hombre no tiene límites que aquellos que aseguren a los demás miembros de la sociedad el goce de los mismos derechos. Estos límites no pueden ser consignados más que por ley". En síntesis, desde el punto de vista estrictamente jurídico-político, la Declaración Francesa de 1789 contenía en sus diversos preceptos los siguientes principios: democrático, individualista y liberal, basados estos dos últimos en una concepción netamente jus-naturalista.

La doctrina de la existencia de los derechos naturales imprescriptibles e inalienables del ser humano encontró acogida en la tesis de Kant y Fichte, quienes, aunque contrayendo su pensamiento fundamental a cuestiones meramente filosóficas, en el aspecto de la ciencia política afirmaban que el Estado debería respetar los derechos substanciales del sujeto, otorgando a intervenir en todas aquellas relaciones de los gobernados que no importasen esa vulneración, consideración que corresponde a una postura netamente individualista y liberal.

El sistema de mención y definición legal y escrita de los derechos del hombre instituido en la Declaración Francesa de 1789, fue adoptado por casi la totalidad de los países de Occidente, principalmente por México, desde que nació a la vida jurídica como Estado independiente, a través de los diversos cuerpos constitucionales que rigieron en nuestro país. Asimismo, la posición individualista y liberal que adoptó el Estado mexicano en algunos ordenamientos fundamentales, principalmente en la Constitución de 1857, tiene su origen en dicha Declaración, posición que implicaba que el fin del Estado estribaba en proteger al individuo en el goce y disfrute de los derechos conaturales a su personalidad y en abstenerse de tener injerencia en las relaciones entre los gobernados en caso de no impedir o remediar un conflicto de intereses particulares.

Por lo que concierne a las garantías o derechos fundamentales del individuo, la Declaración Francesa proclamaba como principales los siguientes: La libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión, y como derivados, aquéllos que se refiere a la materia penal y que son análogos a los contenidos en los artículos 19, 20 y 21 de nuestra Constitución consignados en los preceptos 7°, 8° y 9°, que decían: " Ningún hombre puede ser acusado, detenido o preso más que en los casos determinados por la Ley y según las formas prescritas en ella. Los que soliciten, expidan, ejecuten o hagan ejecutar órdenes arbitrarias, deben ser castigados; pero todo ciudadano llamado o detenido en virtud de la ley, debe obedecer al instante haciéndose culpable por su resistencia" (art. 7°. "La ley no debe establecer sino penas estrictas y evidentemente necesarias, y nadie puede ser castigado sino en virtud de una ley establecida y promulgada anteriormente al hecho (garantía de no retroactividad de las leyes) y legalmente aplicada" (art. 8°). "Siendo todo hombre presunto inocente, hasta que sea declarado culpable, si se juzga indispensable su detención, la ley debe reprimir severamente todo rigor que no sea necesario para asegurar su persona" (art.9°).

Además de esas garantías en materia penal, la Declaración Francesa consignaba otras, en sendos artículos, tales como la libertad de pensamiento, de expresión del mismo, de religión y de la propiedad, respecto de la cual establecía la procedencia de la expropiación, siempre y cuando mediara previa y justa indemnización que se pagara al afectado. En efecto, las disposiciones conducentes aun religiosas, con tal que su manifestación no trastorne al orden público establecido por la ley" (art. 10°. "La libre comunicación de los pensamientos y de las opiniones uno de los derechos más preciosos del hombre: todo ciudadano puede hablar, escribir o imprimir libremente, pero debe responder del abuso de esta libertad en los casos determinados por la ley". (art. 11). "Siendo la propiedad un derecho inviolable y sagrado, nadie puede ser privado de ella sino cuando la necesidad pública, legalmente comprobada, lo exija evidentemente y bajo la condición de una justa y previa indemnización". (art. 12).

El rey no promulgó la Declaración. Los agitadores hicieron que varios millares de mujeres, acompañadas por miembros de la Guardia Nacional, marcharan sobre el palacio de Versalles. Era el 5 de Octubre. La familia real huyó a Paris. En la ciudad proseguía la agitación: dos clubs o partidos revolucionarios trataban de granjearse la simpatía popular, y el periódico El Amigo del Pueblo, redactado por el oscuro médico Juan Pablo Marat, sembraba la peligrosa semilla de la demagogia más burda.

Durante los dieciocho meses siguientes, la Asamblea prosiguió elaborando su Constitución. Una vez aprobada, ésta creó una Monarquía Constitucional Limitada, en la que el rey perdía sus poderes legislativos, pero conservaba la facultad de vetar las leyes y manejar las relaciones exteriores. El país quedaba distribuido en 83 departamentos autónomos de tamaño uniforme, en reemplazo de las provincias del antiguo régimen. El poder legislativo quedaba en manos de una Cámara de 745 diputados, elegida por el voto de todas las personas que pagaban impuestos. Se suprimieron las aduanas interiores y numerosos impuestos antiguos y se emitió un papel moneda de curso forzoso, los asignados, cuyo monto sería equivalente al valor de los bienes del clero, que quedaban nacionalizados. La Asamblea votó también la Constitución Civil del Clero, que redujo de 134 a 83 el número de obispos, y determinó que serían elegidos directamente, sin intervención del Papa. Este condenó la medida y excomulgó a sus autores. La asamblea exigió al clero un juramento de obediencia: 130 obispos y 40 000 sacerdotes se negaron a prestarlo. La iglesia francesa quedó dividida en dos fracciones opuestas: los refractarios, enemigos de la Constitución Civil y los juramentados, que la aceptaban. La burguesía se había creado, con un error táctico, un temible enemigo: el bajo clero.

La monarquía constitucional habría de durar menos de un año. Resistida por la nobleza, por el rey y por la Iglesia, tropezó también con la oposición de las masas urbanas, víctima de una inflación que no se detenía. El rey intentó, infructuosamente, huir del país. El club de los jacobinos y el de los cordeleros no tardaron en disponer de jefes revolucionarios: Rebespierre, Danton, Marrat, Desmoulin y cien otros. El 1° de Octubre de 1791 inició sus deliberaciones la nueva Asamblea Legislativa creada por la

Constitución. Los jacobinos formaban el ala izquierda del grupo revolucionario; el ala derecha, los girondinos, así llamados porque las personalidades más destacadas del partido eran diputados del departamento de la Gironda. Los partidarios del antiguo régimen formaban el club Feuillant. De su seno nombró Luis XVI a los ministros. El primer rozamiento entre el rey y la nueva Asamblea se produjo cuando Luis XVI vetó ciertas leyes contrarias a los nobles emigrados y a otros supuestos enemigos del Estado. Los girondinos formaron gabinete en marzo del año siguiente y de inmediato rompieron relaciones con Austria, país que había condenado la revolución y albergado a muchos nobles.

La guerra contra Austria aceleró la ruina de la monarquía. Las catástrofes sucesivas solventaron al pueblo de París, que el 20 de Junio forzó la entrada de las Tullerías y obligó al rey a ponerse un gorro frigio y beber un vaso de vino " a la salud de la nación". Durante el mes siguiente se agravó la tensión: circularon rumores de que los prusianos se abrían camino sobre el capital, y los clubs comenzaron a sesionar en forma permanente, al tiempo que llegaban refuerzos de las provincias. Los voluntarios de Marsella penetraron en París entonando un himno compuesto por el militar Claudio José Rouget de l'Isle, con el nombre de la Marsellesa; esta canción impetuosa no tardó en convertirse en el símbolo coral de la revolución.

La célebre Declaración propiamente no fue un ordenamiento de tipo constitucional, puesto que no organizó al Estado francés mediante la creación de órganos de gobierno y la distribución de su competencia, sino que representaba un documento de singular importancia que sirvió de modelo irrefutable a los diferentes códigos políticos que rigieron la vida institucional de Francia a partir del año de 1791, en que se expide la primera Constitución, que en realidad instituyó una dictadura popular atendiendo a los poderes omnímodos con que se investió a la asamblea nacional como órgano representativo del pueblo. Contiene el mencionado estatuto constitucional un catálogo de los derechos fundamentales del hombre y del ciudadano, capítulo que se refrenda en los siguientes ordenamientos políticos que se fueron poniendo en vigor a partir de 1793, en que se promulga una nueva Ley Fundamental substitutiva de la anterior.

En medio de esta crítica situación la convención creó el Comité de Salud Pública. Este comité se convirtió en una especie de monstruosa dictadura colectiva, en la que predominaban los extremistas Roux, Varlet y Hébert. Emitió decretos contra los especuladores y agiotistas, decretó la movilización en masa, extrajo préstamos forzados a los ciudadanos y envió representantes a todos los rincones de Francia. Al mismo tiempo nació la política de rigor extremo contra los enemigos de la revolución, que la historia recuerda con el nombre de reinado del Terror. El comité juzgaba a los sospechosos en juicio sumarísimo y los enviaba a la guillotina. El célebre químico Lavoisier pidió la postergación de su muerte durante una semana para poder terminar una serie de experimentos, pero se le contestó que "la República no necesita sabios". María Roland, cuya casa era lugar de reunión de los girondinos más eminentes, pronunció ante el cadalso la frase que ha recogido la historia: "Libertad, libertad, cuántos crímenes se cometen en tu

nombre! Fouché, estableció en Lyon, asesinó a millares de prisioneros. El régimen logró estabilizarse, pero la calma era sólo aparente: los hebertistas, los cordeleros y la Comuna acusaban al Comité de ser demasiado tolerante; Danton y sus amigos lo criticaban por sus excesos. En las primeras semanas de 1794 el comité reaccionó contra sus enemigos; Robespierre, su jefe visible, denunció a los hebertistas en plena Convención, y casi todos fueron ajusticiados. Volviéndose sobre los moderados, el comité hizo aguillotinar a Danton. Al devorar a sus hijos, la revolución parecía triunfar. Pero germinaba una nueva crisis.

El 9 de Terminador del calendario revolucionario (27 de Julio de 1794) Robespierre fue derrocado por una conspiración de terroristas y moderados, encabezados por Fouché y Tallien. El movimiento perdía así a su figura más notable. La maquinaria del Terror fue desmontada poco después y la revolución viró hacia la derecha: hubo asesinatos en masa de jacobinos y terroristas, y los sectores moderados de la clase media establecieron el Directorio. El poder legislativo quedaba en manos del Consejo de los Ancianos y el Consejo de los Quinientos; el poder ejecutivo correspondía a cinco Directores, elegidos a razón de uno por año y dotados de poderes limitados. El Directorio sobrevivió durante cuatro años; pero sus únicos triunfos fueron militares y preparó el camino para el advenimiento de Napoleón Bonaparte.

Durante el siglo XIX Francia contó con diversos códigos políticos con efímera vigencia, circunstancia que revela la inestabilidad de las ideas que sucesivamente se fueron suscitando y que sirvieron de motivo a la expedición de tales estatutos. Así, durante el término de escasos setenta y cinco años rigieron en dicho país no menos de siete ordenamientos constitucionales, es decir, las constituciones del año VIII, que instituyó el consulado, así como un medio de protección del orden por ella establecido confiado al llamado "Senado conservador", la carta de 1814, que suprimió la libertad religiosa declarando a la religión católica, apostólica y romana como profesión de fe estatal; la Ley Constitucional de 1815 patrocinada por Napoleón I a su regreso de la isla de Elba; el estatuto de 1830, que organiza a Francia en una monarquía; la constitución de 1848, en que se vuelve República; el Ordenamiento Constitucional de 1852, en que el senado se le atribuye funciones de guardián de sus disposiciones, y las leyes Constitucionales de 1875, que en realidad no formaron un estatuto unitario, sino que estructuraron a Francia mediante la regulación de diferentes materias políticas.

Esta última Constitución fue substituida por la que se promulgó el 4 de Octubre de 1958 y es la que actualmente rige en Francia. La Constitución vigente en este país introduce a su sistema jurídico-político importantes innovaciones, cuyo tratamiento rebasaría los límites del presente libro. Sólo debemos recordar que en dicha Ley Fundamental "El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos del hombre y a los principios de la soberanía tal como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completa por el preámbulo de la Constitución de 1946".

Al llegar el año 1802, Francia estaba en paz con todo el mundo por primera vez en una década. Napoleón fue designado cónsul vitalicio (2 de Agosto de 1802) con derecho a nombrar sucesor y pudo concentrar sus esfuerzos en la organización del país, revelando con ella su genio de estadista: creó el Banco de Francia; senó la moneda nacional, contruyó caminos, canales y toda suerte de obras públicas, fomentó la industria e inició una reforma administrativa de vastos alcances, que todavía perdura. Negocio con la iglesia Católica un concordato, que restableció la paz religiosa en Francia. La empresa de mayores vuelos fue la reforma de la legislación francesa, que culminó con la redacción del Código Civil. Esta obra monumental, preparada por eminentes juristas que se hallaban sujetos a inspección directa del Primer Cónsul, ejerció una influencia decisiva sobre el desarrollo jurídico del siglo XIX y ha dejado huella en el derecho privado de todos los países hispanoamericanos. Ya en el ostracismo, Napoleón solía repetir que el Código era más importante que todas las batallas y conquistas. Entretanto, la expansión proseguía. Italia quedó convertida en república y anexada al dominio francés; la isla de Elba fue ocupada y una expedición marchó hacia Santo Domingo para establecer las bases de un imperio colonial en América, Gran Bretaña, la eterna enemiga, se puso al frente de una nueva coalición contra Bonaparte; los puertos franceses fueron bloqueados y la presión se hizo intensa.

El Código de Napoleón, es la designación oficialmente aplicada en 1807 al Código de la Ley Civil Francesa, originalmente decretada en Marzo de 1804 como el "Code Civil des Français". El cual permanece vigente en Francia en su conjunto, el cual consta de 5 Códigos los cuales se aplican acorde a las leyes civiles, comercial y penal promulgadas entre 1804 y 1811. Una anteproyecto se completo en 1793, antecedido por la Revolución Francesa, el cual era una protesta contra la extrema diversidad de la leyes vigentes en aquella época en todo el territorio frances. Este anteproyecto fué rechazado por la Convención Nacional, pero finalmente la tarea de preparar otro anteproyecto fue depositado en una Comisión formada en 1800, la cual estaba compuesta por los más eminentes juristas franceses de esa época. El nuevo anteproyecto de rasgos coservadores se completo en 4 meses, y registro su nombre en Honor a Napoleón emperador de Francia, quien además intervino en su formulación. El Código de Napoleón era un compromiso entre la Ley Común, basicamente Germanico de las provincias del Norte de Francia, y la Ley Romana del Sur y del Este del País Frances. Este Código corresponde a las instituciones justinianeas contribuciones hechas por el emperador bizantino I al Corpus Iuris Civilis Romano o cuerpo de leyes civiles romano entre los meritos del Código Frances estan su simplicidad y claridad de Declaración. Este ha requerido muchas interpretaciones judiciales, sin embargo, ha sido modificado por la reforma legislativa. Como resultado de las conquistas napoleonicas, el Código fue introducido a varios países Europeos; muy notable fuerza tiene en Belgica, donde aun es vigentes, por otra parte, sirvió de modelo para los Códigos Civiles de Canada, Holanda, Italia, España, algunos países latino americano y el Estado de Lousiana, USA.³⁸

³⁸Code Napoleon, Microsoft(R) Encarta 1996 Encyclopedia. (c) 1993-1995 Microsoft Corporation. All rights reserved. (c) Funk & Wagnell's Corporation. All rights reserved.

REVOLUCIÓN INDUSTRIAL.- Se da este nombre a la revolución producida en la fabricación de los artículos necesarios a nuestra existencia, y en que la máquina ha reemplazado al trabajo manual. Ello ha acarreado múltiples problemas. El propio desarrollo mecánico, con el crecimiento de las operaciones tanto industriales como comerciales; la competencia con otras naciones para la obtención de nuevos mercados; los conflictos de clases; la ingerencia del Estado en las cuestiones obreras; las huella y, en general, un nivel de vida más elevado, son algunos de los rasgos que caracterizan a esos países. A una sociedad tan complicada no puede llegarse, sin embargo, bruscamente.

Algunas de las transformaciones han obedecido a un desarrollo gradual y, en efecto, ciertos aspectos de nuestra vida económica eran ya conocidos muchos antecedentes de la Revolución Industrial. Antes del siglo XVIII ya se invertían grandes capitales en la industria y el comercio, y los fenómenos tan modernos de la producción en masa tampoco eran desconocidos. Y así debía ser, puesto de ningún pueblo, en ninguna época, podía pasar repentinamente de una economía primitiva y simple a otra tan compleja como la actual. Por esta razón, el término Revolución Industrial no se considera correcto, pues más que una revolución se trataba de una evolución, acelerada especialmente a partir del siglo XVIII. Sin embargo y, atendiendo al papel decisivo que desempeñaron los grandes inventos de los siglos XVIII y XIX, la denominada Revolución Industrial, introducida por el economista francés J. A. Blanqui, ha sido admitida.

Se entiende por dicho fenómeno el conjunto de cambios que convierten a un pueblo de actividades principalmente campesinas y mercados locales, en una sociedad industrial, con vinculaciones comerciales en casi todo el mundo. La evolución se inicia hacia 1750, cuando era la agricultura la principal fuente de riquezas y en torno a ella se desarrollaban las actividades de la mayoría. En Inglaterra, de cada cinco hombres cuatro eran campesinos entonces. Los labriegos obtenían de la tierra lo indispensable para satisfacer sus necesidades, fabricándose las ropas, muebles y gran parte de los utensilios, con lana, la madera y el cuero que las actividades agropecuarias producían. Sus compras en la ciudad se reducían a la adquisición de algunas herramientas, rejas de arado, ciertos utensilios y otros pocos artículos. Las actividades eran de extensión reducida y sus actividades manufacturera limitada a cargo de los artesanos, con taller y herramientas propios.

Un sistema más evolucionado de trabajo a domicilio, lo constituían lo que se llama la industria doméstica. Un empresario distribuía la materia prima entre varias personas, que trabajaban en su casa, y luego recogía los productos manufacturados, pagándoles el trabajo. La colocación de los productos en el mercado y las compras de las materias primas corrían a cuenta del empresario. Los artículos de la ciudad se canjeaban por alimentos de los distritos agrícolas o se exportaban del exterior. Los beneficios de estas operaciones eran grandes y, como estaban en pocas manos, hubo grupos de comerciantes y compañías mercantiles que se

enriquecieron rápidamente. El cuadro europeo a mediados del siglo XVIII puede sintetizarse en población escasa y dispersa, con frecuencia víctima del hambre y de las plagas, con un nivel de vida bajo e inalterable, y, por otra parte, la existencia de grandes capitales en efectivo en pocas manos. Esto en cuanto al aspecto puramente económico. Por otro lado, una nueva fuerza de civilización crecía rápidamente. A partir de Galileo, es decir, desde el siglo XVIII, sobre la firme base del método experimental, la ciencia inició su desarrollo intenso e ininterrumpido.

El primer resultado de la investigación científica fue un creciente y notable progreso tecnológico. Pero los conocimientos adquiridos tardaron en ponerse al servicio inmediato de los intereses del hombre. Los inventores aplicaban su ingenio, por lo general, a la creación de máquinas y aparatos cuya aplicación se limitaba a experimentos y demostraciones de laboratorio. Sólo cuando la ciencia y el capital se unieron fue posible la evolución decisiva. Entre los factores que influyeron para que así ocurriera, tuvo principal importancia el deseo de mejorar los niveles de vida. Se codiciaban los productos importados, que no siempre podían conseguirse. Hacia 1690, las telas de algodón de la India habían deslumbrado al mundo elegante. Su ligereza, su brillo y su perfección cautivaban, pero no todos los que querían podían adquirirlas. Y lo mismo acontecía con las demás cosas. La atención de los inventores se dedicó, preferentemente, a construir máquinas capaces de producir todos esos nuevos y codiciados artículos, máquinas que debieron ser emplazadas en lugares donde pudieran disponerse de fuerza mecánica y surgieron los grandes talleres y establecimientos fabriles y aparecieron masas de obreros. Las fábricas tendían a multiplicarse en aquellas zonas cercanas a la ciudad donde el combustible y la mano de obra eran más baratas.

Durante esta época tomó fuerza la burguesía y en política se fue imponiendo la democracia. Los burgueses fueron los causantes de las revoluciones de 1830 en Francia y de 1832 en Inglaterra, debido a la nueva fuerza económica que iba adquiriendo y que los llevó a intervenir en la política, consiguiendo el apoyo de los obreros para convertirse en paladines de la democracia, que propugnaba por una igualdad social y una humanización de la justicia.

Los ideales de la Revolución Francesa empezaron a ser llevados a la práctica y así se permitió la libertad de culto, de palabra, etc., separándose la Iglesia y el Estado y empezando éste a ocuparse de la enseñanza pública.

Hubo diferentes tipos de capitalistas, tales como banqueros, profesionales, industriales, etc., que acapararon la riqueza; esto les permitió dirigir la política y lucharon porque el gobierno no dejara de intervenir en los asuntos económicos. También defendieron la competencia de los mercados y propugnaron que no se formaran uniones de trabajadores o sindicatos.

Por eso, la primera etapa del maquinismo industrial fue terrible para el obrero, víctima de inicuas explotaciones que afectaron a la salud, a la moral y a la

institución de la familia, ya que ésta se desintegró por la intervención en el trabajo de mujeres y niños que estaban sometidos a las terribles injusticias que provocaron la aparición de las doctrinas socialistas que iban contra el liberalismo económico y contra el capitalismo, para redimir al trabajador.

Hubo varias clases de socialismo: estatal, antiestatal, anarquista, utópico, científico y católico. El socialismo utópico alcanzó gran importancia con Owen, quien, con sus fábricas de hilados y tejidos, procuró la liberación de los obreros estableciendo las cooperativas y repartiendo las ganancias de éstas entre los consumidores.

Saint-Simon propugnó porque el poder de la riqueza y el gobierno cayera en manos de los científicos, hombres cultos y trabajadores. Fourier luchó por los falansterios o comunidades. El socialismo científico está representado por Marx y Engels, autores de El Capital, y del Manifiesto del Partido Comunista, los cuales defienden que la situación de la evolución económica de la humanidad como una lucha de clases en ésta.

Atacaron al capitalismo que injustamente ha caparado las plusvalías o valores de la producción sin aportar nada, porque el que verdaderamente hace algo es el obrero. Marx luchó por el reparto equitativo de la riqueza, sacrificando incluso la propiedad individual. Marx señala tres pasos para llegar a un socialismo completo: A) la historia se explica por una lucha económica; b) Hay siempre una lucha de clases; c) la sociedad capitalista se convertirá en una sociedad socialista.

Como resultado de las doctrinas socialistas se organizaron en Europa diversos congresos con miras a mejorar las condiciones de los obreros. Los obreros fueron advirtiendo que si querían conseguir algún derecho tendrían que luchar en forma masiva contra los capitalistas, de ahí el nombre de Internacionales. Las revoluciones de 1848 fueron de carácter socialista, pero la represión se hizo en forma tan severa que los obreros no se atrevieron a actuar abiertamente.

En 1856 en Bruselas se celebró un congreso en donde se asentaron las bases de la organización de los futuros congresos. En 1857 en Francfort; los problemas a tratar se refirieron a las condiciones inhumanas de los mineros. En 1864 en Londres, aunque fracasó, tuvo un resultado positivo que fue la creación del partido Demócrata Social Británico y Alemán. En 1866 en Ginebra, para elaborar los estatutos que habían de reglamentar los derechos de la Asociación Internacional de Trabajadores, pero este no quedó claro porque sólo tomaban en cuenta a los que trabajaban en forma manual dejando fuera a los teóricos y entre los que se encontraban los directores del movimiento. En Inglaterra se empezaron a forma sindicatos, donde la masa de proletariado era representada por los leaders; contaba con el recurso de la huelga, y sus resoluciones fueron eliminar la mano de obra infantil y que los gobiernos dieran enseñanza gratuita a los menores de edad. Se fijó también la jornada de trabajo de ocho horas. En 1870 a 1890, los obreros fueron adquiriendo poco a poco varios derechos: la semana de

cuarenta y ocho horas; contratos para los trabajadores, etc. En Francia además se propugno por la adquisición de pensiones para los ancianos jubilados y que el Estado diera en forma gratuita la enseñanza para la primaria. Bismarck, promulgó una serie de leyes en donde se establecieran los derechos del obrero y se contará con el seguro de enfermedad, el de la vejez e invalidez. En 1890, Berlín se dió otro congreso en donde al igual que los efectuados con posterioridad en Zurich y Bruselas en 1897 procuraron mejorar las condiciones de los obreros, y que volvieran los derechos viejos preconizados por la revolución Francesa, sobre el trabajo de las mujeres, así como el derecho de descansar los domingos.

La Iglesia no fue ajena a los problemas de los obreros y empezó a legislar sobre justicia social, pero no fue partidaria de la violencia. En 1891, León XIII, en su encíclica *Rerum Novarum* defendió al proletariado; habló de la desigualdades naturales; las relaciones obrero patronales deben buscar la colaboración y no la enemistad. Pío XI publicó la encíclica titulada *Cuarenta Años*, haciendo a los obreros coparticipes de los dividendos de la empresa, ya que las ganancias de la industria se deben al trabajo del proletariado. Los últimos dos Papas, Juan XXIII y Paulo VI, han promulgado encíclicas que completan la postura actual de la Iglesia con respecto a la clase obrera, tales son *Madre y maestra* y el desarrollo de los pueblos. Todas estas ideas obligaron a los diversos Estados a incorporar en sus respectivas constituciones los derechos de los trabajadores, sobre todo en aquellos países que se preciaban de tener ideas democráticas.³⁹

2.4 ENUNCIACION DE LOS DERECHOS DEL HOMBRE.-

Las Garantías Individuales las podemos clasificar en: Garantías de Igualdad, Garantías de Libertad, Garantías de Propiedad, Garantías de Seguridad Jurídica.

Ahora comenzaremos a explicar brevemente estos derechos que tenemos todo hombre. En las Garantías de Igualdad estan comprendidos los artículos 1, 2, 4, 12 y 15 Constitucionales. La igualdad como garantías es un elemento substancial al sujeto en su situación de persona humana frente a sus semejantes todos, independientemente de las condiciones juridicas parciales y particulares que aquél pudiese reunir. (raza, religión, nacionalidad, etc.).

El ARTICULO 1° CONSTITUCIONAL nos dice: " En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozará de las garantías que otorga esta constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece". Su alcance personal es a todo individuo es decir, a todo

³⁹ LOZANO F., J. MANUEL y AMALIA LOPEZ S. *Historia Universal Contemporánea*. 6° Impresión, Ed. C.E.C.S.A., 1962, p. 47.

ser humano independientemente de su condición particular congénita (raza, sexo, etc.) o adquirida (casado, propietario, arrendatario etc.).

Esta garantía tiene la extensión espacial de vigencia en los Estados Unidos Mexicanos es decir, en todo el territorio de la República (territorio continental, insular, marteritorial, etc.).

También nos expresa que sólo pueden restringirse o suspenderse en los casos y bajo las condiciones que dicho ordenamiento supremo establece: Es decir, el artículo 29 nos dice las causas y estas son: Invasión, perturbación grave de la paz pública o cualquier otro caso que ponga en la sociedad en grande peligro de conflicto (guerra, epidemias, etc.).

El ARTICULO 2° CONSTITUCIONAL nos dice: " Esta prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos los esclavos del extranjero que entren al territorio Nacional, alcanzarán, por este sólo hecho, su libertad y protección de las leyes ". Esta garantía específica de igualdad, que impone al estado y a sus autoridades la obligación negativa de no reputar a nadie como esclavo, sino como personas jurídicas, o sea, como sujetos capaz y susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones, se extiende a todo hombre que habita el territorio nacional, abstracción hecha de su estado jurídico o fáctico particular.

El ARTICULO 4° CONSTITUCIONAL en su primer párrafo contiene la garantía de igualdad de costumbres, culturas , usos, recursos y formas específicas de organización social, lenguas, etc., en donde todos los individuos tienen derecho a que sean tomados en cuenta no importando de que cultura, costumbres, etc., en los procedimientos y juicios agrarios en términos que establezca la Ley. En el siguiente párrafo nos dice: " El varón y la mujer son iguales ante la Ley". "Toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y espaciamiento de sus hijos". Igualdad jurídica para el hombre y la mujer, desde este punto de vista civil, político, administrativo y cultural, la mujer ha tenido los mismos derechos y obligaciones que el varón, bastando la simple lectura de diferentes ordenamientos concernientes a dichas materias. En materia penal y laboral, la legislación respectiva ha sido protectora de la situación de los delitos llamados sexuales, como el estupro, la violación y el rapto. Lo mismo sucede en materia laboral donde la mujer ha sido protegida por esta legislación al establecer ciertos privilegios para la mujer embarazada, madre en el periodo de lactancia etc.

En su tercer párrafo del mencionado artículo nos establece la decisión que el hombre y la mujer tienen respecto del número de hijos y espaciamiento de los hijos, que deseen tener, entraña una determinación sobre la realización o abstracción de actos meramente fisiológicos aunque con proyección familiar y social.

**ESTA TESIS NO DEBE
QUEDAR EN LA BIBLIOTECA**

Otro de los párrafos al respecto dice: " Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda digna y decorosa ". El derecho subjetivo que proclama tal declaración está subordinado, en cuanto a su goce y ejercicio, a las condiciones económicas y sociales que permitan su efectividad práctica. La obligación correlativa a tal derecho estará a cargo del Estado o de las Entidades paraestatales que la legislación ordinaria determine. También depende de las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud, como establece en otro párrafo de este artículo "Toda persona tiene derecho a la protección de la salud".

El último párrafo de este artículo dice: " Es deber de los padres preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades y a la salud física y mental . La ley determinará los apoyos a la protección de los menores, a cargo de las instituciones públicas". Su efectividad depende de la legislación secundaria que establezca la manera de cumplir las obligaciones en favor de los menores a cargo de los padres y de las instituciones especializadas así como las sanciones que se pueden imponer por su incumplimiento.

El ARTICULO 12 CONSTITUCIONAL establece: " En los Estados Unidos Mexicanos no se concederán títulos de nobleza, ni prerrogativas y honores hereditarios, ni se darán efecto alguno a los otorgados por cualquier otro país". En México, ninguno es noble ni plebeyo; todos los hombres están colocados en una situación de igualdad social. Todo individuo, como persona humana tiene los mismos derechos y la misma capacidad jurídica. En la vida social, dentro de los usos y convencionalismos sociales, no existen en nuestro país privilegios y prerrogativas para un grupo.

Claro está que la prohibición Constitucional de conceder títulos de nobleza, honores y prerrogativas hereditarias a un individuo no excluye la posibilidad de que un sujeto se le recompense por obras meritorias realizadas, mediante el otorgamiento de menciones honoríficas de diversa índole. Lo que prohíbe la constitución es que se haga distinción entre grupos sociales o entre individuos de diferente origen social.

El ARTICULO 13 CONSTITUCIONAL; este precepto contiene varias Garantías específicas de Igualdad, que son.

a) La de que nadie puede ser juzgado por leyes privativas;

b) La de que nadie puede ser juzgado por tribunales especiales;

c) La de que ninguna persona o corporación puede tener fuero;

d) La de que ninguna persona o corporación puede gozar de más emolumentos que los que sean compensación de servicios y estén fijados por la ley.

A) EL DE LAS LEYES PRIVATIVAS.- La ley es toda disposición legal desde el punto de vista material, es un acto

jurídico creador, modificativo, extintivo o regulador de situaciones jurídicas abstractas, esto es, impersonales y generales, es decir, sin contraerse a una persona moral o física particularmente considerada o a un número determinado de individuos. De tal manera podemos afirmar que no existen las leyes privativas, pero si leyes especiales que son conjunto dispositivo que se refieren a un estado jurídico determinado; normas que crean, extinguen, modifican o regulan una posición general determinada en la que las personas pueden estar colocadas. Por ejemplo: El Código de Comercio, Ley de Sociedades Mercantiles etc.

Por el mismo motivo, la ley especial no deja de ser impersonal, debido a que no regula, crea, modifica o extingue una situación individual, esto es, imputable a una sola persona o a un número limitado de sujetos si no que se refiere a todo individuo o entidad moral. En cambio, una ley privativa deja de tener los elementos o características materiales de toda ley, sea esta general o especial; no es abstracta ni general, sino eminentemente concreta e individual o personal, pues su vigencia está limitada a una persona o a varias determinadas, careciendo, por tanto, de los atributos de impersonalidad e indeterminación particular que peculiarizan a toda ley.

B) POR TRIBUNALES ESPECIALES; por estos entendemos aquellos que se crean exclusivamente para conocer, un tiempo dado, de ciertos delitos o respecto de determinados delinquentes.⁴⁰

C) NINGUNA PERSONA O CORPORACIÓN PUEDE TENER FUERO.- Esto significa todo privilegio o prerrogativa de cualquier especie y contenido otorgado a alguna persona o corporación. Existen dos tipos de fuero: el material o real y el personal. El primero se traduce en una situación de competencias jurisdiccional determinada por la índole o naturaleza del hecho, acto o negocio que da origen a un juicio. El segundo es un conjunto de privilegios y prerrogativas que se acuerdan en favor de una o varias personas determinadas. Un ejemplo es el fuero de guerra que se da por los delitos y faltas contra la disciplina militar.

D) NINGUNA PERSONA O CORPORACION PUEDE GOZAR DE MAS EMOLUMENTOS QUE LOS QUE SEAN COMPENSACION DE SERVICIOS PUBLICOS Y ESTEN FIJADOS POR LA LEY.- Esta garantía impide que el Estado, por conducto de sus autoridades, pueda acordar en beneficio de algún sujeto o persona moral una retribución económica, no sólo sin que haya una contraprestación de índole pública por parte del beneficiado, sino aun en el caso de que, habiéndola, la remuneración correspondiente no esté fijada legalmente.

Ahora estudiaremos las Garantías de Libertad; por esta debemos entender la cualidad inseparable de la persona humana consistente en la potestad que tiene de concebir los fines y de

⁴⁰ Seminario Judicial de la Federación, Quinta Época, Tomo LXVI, págs. 1,119 Tomo LXVII, págs. 1,644; Tomo LV, págs. 2,770.

escogitar los medios respectivos que más le acomoden para el logro de su felicidad particular.

Sus garantías específicas de libertades son el artículo 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11.

ARTICULO 5 CONSTITUCIONAL nos establece: " A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode siendo lícita". La limitación que tiene es que el trabajo u profesión debe ser lícito, por ende todo trabajo ilícito no queda protegido por la Garantía Individual.

Se hace extensiva a todo gobernado, todo habitante de la República, independientemente de su condición particular (sexo, nacionalidad, raza, edad, etc.). La limitación que se puede dar es para el sacerdocio que el artículo 130 Constitucional da una serie de requisitos para poder dedicarse a esta profesión.

Otra limitación establecida por el artículo es que la libertad de trabajo sólo podrá vedarse por determinación judicial cuando se ataquen los derechos de terceros. Esta limitación se puede dar cuando el juez facultado para prohibir a una persona que continúe ejerciendo una actividad perjudicial para los derechos del tercero siempre y cuando se haya contenido dentro de ese proceso los requisitos del artículo 14 Constitucional.

Una limitación más es el ejercicio de la misma, sólo podrá vedarse por resolución gubernativa dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Aquí vemos cuando una autoridad se apoya en reglamentos gubernativos (que son leyes desde el punto de vista material) para vedar la libertad de trabajo para no infringir este precepto, dicha autoridad se basa en una ley desde el punto de vista formal, o sea, en una disposición legal material dictada por el Poder Legislativo Federal o por el Local.

La Suprema Corte de Justicia dice al respecto: La facultad para reglamentar el artículo 5 Constitucional es exclusiva del Poder Legislativo de los Estados o de la Unión y la reglamentación que hagan las autoridades administrativas, es anticonstitucional.⁴¹

En conclusión sólo los organismos legislativos tienen tal incumbencia, por lo que únicamente una ley, desde el punto de vista formal y material, puede fijar los casos generales en que el ejercicio de la libertad de trabajo lesione los derechos de la sociedad y constituir, en consecuencia, el fundamento legal de una resolución gubernativa que lo vede.

⁴¹ Sesión de la Suprema Corte de Justicia, 25 de febrero de 1953, 107, 108, 109, 110, 111, 112, 113, 114, 115, 116, 117, 118, 119, 120, 121, 122, 123, 124, 125, 126, 127, 128, 129, 130, 131, 132, 133, 134, 135, 136, 137, 138, 139, 140, 141, 142, 143, 144, 145, 146, 147, 148, 149, 150, 151, 152, 153, 154, 155, 156, 157, 158, 159, 160, 161, 162, 163, 164, 165, 166, 167, 168, 169, 170, 171, 172, 173, 174, 175, 176, 177, 178, 179, 180, 181, 182, 183, 184, 185, 186, 187, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195, 196, 197, 198, 199, 200, 201, 202, 203, 204, 205, 206, 207, 208, 209, 210, 211, 212, 213, 214, 215, 216, 217, 218, 219, 220, 221, 222, 223, 224, 225, 226, 227, 228, 229, 230, 231, 232, 233, 234, 235, 236, 237, 238, 239, 240, 241, 242, 243, 244, 245, 246, 247, 248, 249, 250, 251, 252, 253, 254, 255, 256, 257, 258, 259, 260, 261, 262, 263, 264, 265, 266, 267, 268, 269, 270, 271, 272, 273, 274, 275, 276, 277, 278, 279, 280, 281, 282, 283, 284, 285, 286, 287, 288, 289, 290, 291, 292, 293, 294, 295, 296, 297, 298, 299, 300, 301, 302, 303, 304, 305, 306, 307, 308, 309, 310, 311, 312, 313, 314, 315, 316, 317, 318, 319, 320, 321, 322, 323, 324, 325, 326, 327, 328, 329, 330, 331, 332, 333, 334, 335, 336, 337, 338, 339, 340, 341, 342, 343, 344, 345, 346, 347, 348, 349, 350, 351, 352, 353, 354, 355, 356, 357, 358, 359, 360, 361, 362, 363, 364, 365, 366, 367, 368, 369, 370, 371, 372, 373, 374, 375, 376, 377, 378, 379, 380, 381, 382, 383, 384, 385, 386, 387, 388, 389, 390, 391, 392, 393, 394, 395, 396, 397, 398, 399, 400, 401, 402, 403, 404, 405, 406, 407, 408, 409, 410, 411, 412, 413, 414, 415, 416, 417, 418, 419, 420, 421, 422, 423, 424, 425, 426, 427, 428, 429, 430, 431, 432, 433, 434, 435, 436, 437, 438, 439, 440, 441, 442, 443, 444, 445, 446, 447, 448, 449, 450, 451, 452, 453, 454, 455, 456, 457, 458, 459, 460, 461, 462, 463, 464, 465, 466, 467, 468, 469, 470, 471, 472, 473, 474, 475, 476, 477, 478, 479, 480, 481, 482, 483, 484, 485, 486, 487, 488, 489, 490, 491, 492, 493, 494, 495, 496, 497, 498, 499, 500, 501, 502, 503, 504, 505, 506, 507, 508, 509, 510, 511, 512, 513, 514, 515, 516, 517, 518, 519, 520, 521, 522, 523, 524, 525, 526, 527, 528, 529, 530, 531, 532, 533, 534, 535, 536, 537, 538, 539, 540, 541, 542, 543, 544, 545, 546, 547, 548, 549, 550, 551, 552, 553, 554, 555, 556, 557, 558, 559, 560, 561, 562, 563, 564, 565, 566, 567, 568, 569, 570, 571, 572, 573, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 580, 581, 582, 583, 584, 585, 586, 587, 588, 589, 590, 591, 592, 593, 594, 595, 596, 597, 598, 599, 600, 601, 602, 603, 604, 605, 606, 607, 608, 609, 610, 611, 612, 613, 614, 615, 616, 617, 618, 619, 620, 621, 622, 623, 624, 625, 626, 627, 628, 629, 630, 631, 632, 633, 634, 635, 636, 637, 638, 639, 640, 641, 642, 643, 644, 645, 646, 647, 648, 649, 650, 651, 652, 653, 654, 655, 656, 657, 658, 659, 660, 661, 662, 663, 664, 665, 666, 667, 668, 669, 670, 671, 672, 673, 674, 675, 676, 677, 678, 679, 680, 681, 682, 683, 684, 685, 686, 687, 688, 689, 690, 691, 692, 693, 694, 695, 696, 697, 698, 699, 700, 701, 702, 703, 704, 705, 706, 707, 708, 709, 710, 711, 712, 713, 714, 715, 716, 717, 718, 719, 720, 721, 722, 723, 724, 725, 726, 727, 728, 729, 730, 731, 732, 733, 734, 735, 736, 737, 738, 739, 740, 741, 742, 743, 744, 745, 746, 747, 748, 749, 750, 751, 752, 753, 754, 755, 756, 757, 758, 759, 760, 761, 762, 763, 764, 765, 766, 767, 768, 769, 770, 771, 772, 773, 774, 775, 776, 777, 778, 779, 780, 781, 782, 783, 784, 785, 786, 787, 788, 789, 790, 791, 792, 793, 794, 795, 796, 797, 798, 799, 800, 801, 802, 803, 804, 805, 806, 807, 808, 809, 810, 811, 812, 813, 814, 815, 816, 817, 818, 819, 820, 821, 822, 823, 824, 825, 826, 827, 828, 829, 830, 831, 832, 833, 834, 835, 836, 837, 838, 839, 840, 841, 842, 843, 844, 845, 846, 847, 848, 849, 850, 851, 852, 853, 854, 855, 856, 857, 858, 859, 860, 861, 862, 863, 864, 865, 866, 867, 868, 869, 870, 871, 872, 873, 874, 875, 876, 877, 878, 879, 880, 881, 882, 883, 884, 885, 886, 887, 888, 889, 890, 891, 892, 893, 894, 895, 896, 897, 898, 899, 900, 901, 902, 903, 904, 905, 906, 907, 908, 909, 910, 911, 912, 913, 914, 915, 916, 917, 918, 919, 920, 921, 922, 923, 924, 925, 926, 927, 928, 929, 930, 931, 932, 933, 934, 935, 936, 937, 938, 939, 940, 941, 942, 943, 944, 945, 946, 947, 948, 949, 950, 951, 952, 953, 954, 955, 956, 957, 958, 959, 960, 961, 962, 963, 964, 965, 966, 967, 968, 969, 970, 971, 972, 973, 974, 975, 976, 977, 978, 979, 980, 981, 982, 983, 984, 985, 986, 987, 988, 989, 990, 991, 992, 993, 994, 995, 996, 997, 998, 999, 1000.

Otra limitación es: " En cuanto a los servicios públicos sólo podrán ser obligatorios, en los términos que establezcan las leyes respectivas, el de armas y el de los jurados así como el desempeño de los cargos concejiles y los de elección popular, directa o indirecta. Las funciones electorales y concejiles tendrán carácter obligatorio y gratuito; los servicios profesionales de índole social serán obligatorios y retribuíbles en los términos de la Ley y con las excepciones que ésta señale". Implica una limitación al trabajo porque contriñe al individuo a desempeñar ciertos servicios aún en contra de su propia voluntad. También descartan la facultad que tiene el sujeto de rechazar o no optar por dichos trabajos, desde el momento en que, aunque no lo desee tienen que desplegarlos.

ARTICULO 6 CONSTITUCIONAL establece: " La manifestación de ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de terceros, provoque algún delito o perturbe el orden público; el derecho a la información será garantizado por el Estado".

La extensión jurídica de la libre expresión de ideas se puede emitir de dos formas: la escrita y la verbal. Como conversaciones, discursos, conferencias, televisión, esculturales, etc. Por inquisición entendemos toda averiguación practicada con un determinado fin, el cual consiste, en el caso de esta garantía, en establecer cierta responsabilidad y en aplicar la sanción correspondiente.

Este artículo también tiene limitaciones y son las siguientes: Cuando ataque la moral, ataque a los derechos de terceros, cuando provoque algún delito y cuando perturbe el orden público. Las dos primeras son inútiles ya que ninguna legislación nos plasma un criterio seguro y fijo para establecer en que casos la libre expresión del pensamiento ataca a la moral, los derechos de terceros o perturba el orden público por lo tanto queda al arbitrio subjetivo y discrecional de las autoridades judiciales y administrativas. Cuando provoquen un delito; o sea un hecho calificativo como tal por la ley, a cuyo deber de las autoridades u órganos autoritarios deberán coartar a una persona su libertad de expresión.

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

La extensión jurídica de la manifestación de ideas, de opiniones, etc., por medios escritos se extiende a todos los individuos que habitan el territorio nacional, pueden escribir y publicar cualquier materia. La obligación estatal es la abstención

no coartar este derecho, no establecer censura y no exigir fianza a los autores o impresores.

Sus limitaciones Constitucionales son: Cuando implique una impresión un ataque o falta de respeto a la vida privada. Se traduce en delito como difamación, injurias o calumnias. También cuando se ataque a la moral como mencionamos anteriormente no se fijan con exactitud por lo tanto se esta expuesto a arbitrariedades por parte de las autoridades. Cuando se altere la paz pública, el Código Penal consigna bajo la denominación de traición a la patria, rebelión, sedición, desordenes públicos etc.

Otra de las limitaciones de este artículo es la establecida por el artículo 130 Constitucional inciso e) que dice: " los ministros no podrán asociarse con fines políticos ni realizar proselitismo a favor o en contra de candidato, partido o asociación política alguna. Tampoco podrán en reunión pública, en actos del culto o de propaganda religiosa, ni en publicaciones de carácter religioso, oponerse a las leyes del país o a su instituciones, ni agraviar, de cualquier forma, los símbolos patrios".

La última limitación es en materia educativa donde se establece que los libros de texto tienen como restricción constitucional la de que mediante su desempeño, no se desvirtúen, desnaturalicen o se hagan nugatorios los objetivos a que propende dicha educación.

ARTICULO 8 CONSTITUCIONAL establece: " Los funcionarios y empleados públicos respetarán el ejercicio del derecho de petición siempre que ésta se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en materia política sólo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República. A toda petición debiera recaer un acuerdo escrito de la autoridad a quien se haya dirigido, la cual tiene obligación de hacerlo conocer en breve tiempo al peticionario".

La potestad que tiene todo individuo de acudir a las autoridades del Estado con el fin de que éstas intervengan para hacer cumplir la ley en su beneficio o para constreñir a su coobligado a cumplir con sus compromisos contraídos válidamente. El Estado y sus autoridades tiene como obligación, ya no es un deber de carácter negativo o abstención, como en las anteriores garantías individuales, sino la ejecución o cumplimiento positivo de hacer, consistente en dictar un acuerdo escrito a la solicitud que el gobernado les eleve.

ARTICULO 9 CONSTITUCIONAL "No podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito". La extensión jurídica se da en dos especies de libertades que son la reunión y las asociación. Por deDecho de Asociación se entiende toda potestad que tienen los individuos de unirse para constituir una entidad o persona moral, con substancialidad propia y distinta de los asociantes, y que tienda a la consecución de determinados objetivos, cuya realización es constante y permanente. En cambio el Derecho de Reunión se da cuando varias personas se

reúnen, este acto no importa la producción de una entidad moral, simplemente se trata de una pluralidad de sujetos una vez verificado el fin deja de existir. Este artículo es el fundamento legal de la creación de todas las personas morales privadas.

La manera de reunirse o asociarse debe ser pacífica para poder estar protegida por este artículo y además deben tener objeto lícito constituido por aquellos actos que no esten contra las buenas costumbres o contra normas de orden público.

El segundo párrafo de este artículo establece: " Para hacer una petición o presentar una protesta por algún acto a una autoridad, si no se profieren injurias contra éstas ni se hiciere uso de violencia o amenazas para intimidarla u obligarla a resolver en el sentido que se desee". De acuerdo a esta disposición ninguna autoridad estatal puede disolver ninguna manifestación, asamblea etc., que tenga como fin hacer pública una protesta por algún acto autoritario.

El ejercicio de este derecho no debe estar condicionado a ningún requisito cuya satisfacción quede al arbitrio o criterio de la autoridad. En otras palabras, todo gobernado puede, con apoyo en esta disposición reunirse con sus semejantes o celebrar con ellos una asamblea para hacer una petición o para protestar algún acto autoritario sin que dicha potestad se sujete a condición alguna.

Las limitaciones Constitucionales son: Solamente los ciudadanos de la República podrán ejercerla para formar parte en los asuntos políticos del país. Otra limitación es cuando esta reunión o asociación es armada; se hace con el propósito de evitar violencias peligrosas que pudieren suscitarse entre varias personas armadas reunidas, con el motivo de discusiones. Una más de las limitaciones contenidas en este artículo es la que establece el artículo 130 Constitucional párrafo noveno que dice: " Los ministros de los cultos nunca podrán, en reunión pública o privada constituida. . . hacer críticas de las leyes fundamentales del país de las autoridades en particular, en general del gobierno. . . ni derecho para asociarse con fines políticos". Las dos últimas limitaciones son, la de agrupaciones políticas, cuando su denominación este relacionada con alguna confesión religiosa. Y la otra limitación es la contenida en el párrafo noveno del artículo 130 constitucional se refiere, ya no a la libertad de asociación, sino a la reunión en el sentido de que en los templos no podrán celebrarse reuniones de carácter político, el Estado o autoridad facultada podrá disolverlas en el caso de que se efectúen.

ARTICULO 10 CONSTITUCIONAL .- "Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la Ley Federal y de las reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Armada, Fuerza Aérea y Guardia Nacional. La Ley Federal determinará los casos, condiciones, requisitos y lugares en que se podrán autorizar a los habitantes la aportación de armas".

ARTICULO 11 CONSTITUCIONAL.- Establece: " Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otro requisito semejante. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la Republica sobre extranjeros perniciosos residentes en el país".

Este precepto comprende cuatro libertades especiales y la de entrar al territorio de la República, la de salir de la misma, la de viajar dentro del Estado Mexicano y la de mudar de residencia del mismo. Esta libertad se refiere al desplazamiento o movilización física del gobernado dentro del territorio Nacional; pero tiene una excepción de lo que establezca la autoridad judicial como la impuesta a una persona por cometer algún delito como el confinamiento, prisión, etc., y de las autoridades administrativas también pueden expulsar a un individuo del país por razones de salubridad cuando existen epidemias, invasión de enfermedades exóticas en el país, etc.

ARTICULO 24 CONSTITUCIONAL.- "Todo hombre es libre para profesar la creencia religiosa que más le agrada y para practicar las ceremonias, devociones o actos del culto respectivo, siempre que no constituyan un delito o falta penados por la ley. El congreso no puede dictar leyes que establezcan o prohiban religión alguna. Los actos religiosos de culto público se celebrarán ordinariamente en los templos. Los que extraordinariamente se celebren fuera de éstos se sujetarán a la ley reglamentaria".

Existe una limitación para este precepto; es que toda ceremonia es permitida en tanto que su realización no constituya un delito; quedan prohibidas las que contengan sacrificios humanos, etc.

ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL, en su párrafo decimo primero establece: " La correspondencia que bajo cubierta por estafetas, estará libre de todo registro, y su violación será penada por la Ley".

ARTICULO 28 CONSTITUCIONAL.- "En los Estados Unidos Mexicanos quedan prohibidos los monopolios, las prácticas monopólicas, los estancos y las exenciones de impuestos en los términos y condiciones que fijan las leyes. El mismo tratamiento se dará a las prohibiciones a título de protección a la industria".

Por monopolio se entiende toda concentración o acaparamiento industrial o comercial, y toda situación deliberadamente creada, que permite a una o varias personas imponer los precios de los artículos o las cuotas de los servicios, con perjuicio del público en general o de alguna clase social. (artículo 6 de la Ley Reglamentaria). Por estanco entendemos " el monopolio

constituido en favor del Estado para procurar provecho al Fisco. (artículo 2 de la Ley Reglamentaria del artículo 28 Constitucional).

Este artículo también nos establece la prohibición de exención de impuestos, esto es que todos los individuos de manera general debemos contribuir, pero aquí se da una excepción en donde las autoridades pueden acordar a título de privilegio la exención de impuestos por un tiempo determinado a los inventores o perfeccionadores de algún aparato o procedimiento industrial.

Toda concentración o acaramiento en una o pocas manos de artículos de consumo necesario y que tengan por objeto el alza de los precios; No constituyen monopolios las asociaciones de trabajadores formadas para proteger sus propios intereses. Como lo son las sociedades cooperativas, etc.

Las Garantías de Propiedad comprende solamente el artículo 27 Constitucional que es el fundamento de la propiedad y establece: " La propiedad de tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, corresponden originalmente a la nación, la cual ha tenido y tiene el derecho de transmitir el dominio de ellas a los particulares, constituyendo la propiedad privada ".

La Propiedad originaria de las tierra y aguas en favor de la nación a la pertenencia que el Estado tiene respecto del territorio nacional como parte substancial de su ser, el goce, disfrute y disponibilidad de las mismas los ha transferido o mejor dicho reconocido, a los particulares la propiedad privada.

Existe una limitación en este artículo que es la siguiente. " La nación tendrá en todo tiempo el derecho de imponer a la propiedad privada las modalidades que dicte el interés público". Estas se traducen en restricciones o prohibiciones respecto de su uso, disfrute o disponibilidad de las cosas o bien en el cumplimiento, por parte del dueño de éstas, de verdaderos actos positivos con motivo del aprovechamiento de las mismas.

La expropiación se puede dar por dos causas que son: Que haya una necesidad pública; y que el bien que se pretende expropiar sea susceptible de producir la satisfacción de esa necesidad, extinguiéndola. El precio se fijará como indemnización a la cosa expropiada, se basará en la cantidad que como valor fiscal de ella figure en las oficinas catastrales o recaudadoras, ya sea que este valor haya sido manifestado por el propietarios o simplemente aceptado por él de un modo tácito por haber pagado sus contribuciones con esta base.

Las asociaciones religiosas denominadas iglesia tienen capacidad para adquirir, poseer o administrar los bienes que sean indispensables para su objeto. Las sociedades mercantiles por acciones tienen capacidad para ser propietarios de terrenos rústicos pero unicamente con la extensión necesaria para el cumplimiento de

su objeto. Los bancos debidamente autorizados sólo tendrán capitales impuestos sobre propiedades urbanas y rústicas, pero no podrán tener en propiedad o administración más bienes raíces que los enteramente necesarios para su objeto directo.

Las Garantías de Seguridad Jurídica están comprendidas en los artículos 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 26 Constitucional. En este apartado sólo veremos los artículos 15, 18, 22, 23 y 26; y en el siguiente tema a estudiar veremos los artículos 14, 16, 19, 20 y 21.

El ARTICULO 15 CONSTITUCIONAL establece: " No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido, en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren las garantías y derechos establecidos por esta Constitución para el hombre y el ciudadano".

La extradición es un acto por el cual un Estado entrega a otro Estado que la reclama, de una persona quien se imputa la comisión de un delito dentro del territorio de la entidad reclamante, para juzgarla por este motivo., Pero no puede darse en caso de un delito de carácter político.

Ni por delincuentes de orden común como ejemplo que haya sido esclavo en el país donde hubiese cometido el delito.

Ningun tratado o convenio, sea cual fuere su materia es susceptible de celebrarse si mediante él se alteran nuestras garantías y afecten los derechos del ciudadano.

ARTICULO 17 CONSTITUCIONAL encierra tres garantías de seguridad jurídica. La primera está concebida en los siguientes términos: "ninguna persona podrá hacerse justicia por sí misma, ni ejercer violencia para reclamar su derecho ". Aquí podemos apreciar la obligación constitucional que incumbe a toda persona de ocurrir a las autoridades del Estado que corresponda en petición de justicia o para hacer respetar sus derechos, constituye el elemento opuesto a la llamada vindicta privada quedando prohibido la ley de Talió, que es la ley del más fuerte "ojo por ojo, diente por diente", es decir, no hacer justicia por su propia mano.

La segunda garantía esta establecida en el segundo párrafo de este artículo que dice. " Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales". Se traduce en la imposibilidad que tienen las autoridades judiciales de retardar o entorpecer indefinidamente la función de administrar justicia, teniendo, en consecuencia, la obligación de sustanciar y resolver los juicios ante ellas ventilados dentro de los términos consignados por las

leyes procesales respectivas. Además establece la forma gratuita de desempeñar sus funciones las autoridades judiciales no podrán cobrar a las partes remuneración alguna por el servicio que presta, lo que traduce en la prohibición de las costas judiciales.

La última de las garantías de seguridad jurídica establecidas en este artículo se establece de la siguiente forma: "Nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil". De acuerdo con este párrafo un hecho reputado por la ley como delito puede ser considerado como tal, ser susceptible de sancionarse penalmente. Por una deuda proveniente de un acto o relación jurídicos civiles en sí mismos, no estimados por la ley como delictuosos, no puede engendrar una sanción penal, ya que éstas se reserva a los delitos, a los hechos reputados legalmente como tales.

ARTICULO 18 CONSTITUCIONAL en su primera parte: "Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que destinare para la extinción de las penas y estará completamente separados".

La prisión preventiva, obedece, no a un fallo en el que se haya estimado a una persona como penalmente responsable al hecho de que el detenido o aprehendido quede a disposición de la autoridad judicial, por una parte, o al auto de formal prisión que, como condición sine qua non de todo juicio penal. La prisión preventiva comprende dos periodos, a saber: aquél que empieza en el momento en que el sujeto queda bajo la autoridad judicial, bien sea por efecto de la orden de aprehensión o de su consignación por el Ministerio Público, y que abarca hasta el auto de formal prisión o el de libertad por falta de méritos; y el otro que comienza a partir de dicho auto de formal prisión hasta que se pronuncie sentencia ejecutoria en el juicio motivado por el hecho delictivo de que se trate.

La prisión preventiva, a diferencia de la prisión como pena, no es sino una medida de seguridad prevista en la Constitución que subsiste en tanto que el individuo no sea condenado o absuelto por un fallo ejecutorio que constate o no su plena responsabilidad penal. Por ende, atendiendo a la diversa naturaleza de ambas privaciones de libertad, éstas deben ejecutarse en diferentes sitios, en los que imperen distintas condiciones de reclusión.

El segundo párrafo en mención establece: " Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones, sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medios para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compugnarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto". Este párrafo contiene una prevención concerniente al objetivo de la imposición de las penas, en el sentido de que éstas deben tender, en cuanto a la forma de extinguir las por diversos

conductos, a la regeneración del delincuente, o sea, su readaptación social.

El tercer párrafo previene que. "Los gobernadores de los Estados, sujetándose a lo que establezcan las leyes locales respectivas, podrán celebrar con la federación convenios de carácter general, para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del ejecutivo Federal". Esta disposición establece, no una obligación, sino una mera potestad para los gobernadores de los Estados de celebrar los convenios a que alude, sujetándose su ejercicio a la legislación de cada entidad federativa, cuya soberanía o autonomía por este motivo no se lesiona. Dichos convenios no pueden pactarse en relación con los procesados, o sea, con aquellos sujetos que aún no hayan sido condenados por sentencia ejecutoria, es decir, jurídicamente inimpugnables, ni respecto de delitos que no sean del orden común, como los oficiales o los políticos.

El cuarto párrafo dice al respecto: "La Federación y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores". Los menores infractores son aquellos que psicológica y socialmente no se les considera como delincuentes ni, por tanto, sujetos al mismo régimen de readaptación que éstos.

El último párrafo contiene las trasladaciones de los reos de nacionalidad mexicana para que se readapten conforme a los sistemas de readaptación que establece este artículo, lo mismo para reos de nacionalidad extranjera podrán trasladarse para poder ser rehabilitados conforme a los sistemas de su país de origen pero estas solo podrán hacerse con el consentimiento de los reos.

ARTICULO 22 CONSTITUCIONAL.- Prevé dos garantías de seguridad jurídica que son: La primera "Quedan prohibidas las penas de mutilación y de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualquiera otras penas inusitadas y trascendentales".

Por pena inusitada debemos entender aquella sanción que no está consagrada por la ley para un hecho delictivo determinado. Y por pena trascendental cuando no sólo comprende o afecta al autor del hecho delictivo por ella sancionado, sino que su efecto sancionador se extiende a los familiares del delincuente que no participaron en la comisión del delito.

La segunda garantía es "Queda también prohibida la pena de muerte por delitos políticos, y en cuanto a los demás, sólo podrá imponerse al traidor a la Patria en guerra extranjera, al parricida, al homicida con alevosía, premeditación o ventaja, al incendiario, al plagiarlo, al salteador de caminos, al pirata y a los reos de delitos graves del orden militar".

ARTICULO 23 CONSTITUCIONAL.- La primera garantía de seguridad jurídica es: "Ningún juicio criminal deberá tener más de tres instancias". Se entiende por instancia al conjunto de actos procesales, que se inicia en el momento en que la acción se ejercita y que concluye cuando el órgano jurisdiccional pronuncia la resolución que decide la cuestión planteada en la lista por el actor y el demandado. La sentencia es la culminación de una instancia por lo que se puede abrir otra instancia con algún recurso procedente en su caso generalmente el de apelación una vez interpuesto, confirmado, modificando o revocando la sentencia atacada termina dicha instancia, y dicha sentencia adquiere el nombre de ejecutoriada, por lo que no procederá ningún otro recurso.

La segunda garantía " Nadie puede ser juzgado dos veces por el mismo delito, ya sea que en el juicio se le absuelva o se le condene". La Suprema Corte estable que "por ser juzgado" se entiende aquel individuo que haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme e irrevocable, o sea, contra la que no procede legalmente ningún recurso, contra la que sea ejecutoria legal o declarativamente.⁴²

Por el mismo delito debemos entender que aunque se haya pronunciado un fallo condenatorio o absolutorio, considerando a un hecho bajo determinado carácter delictivo, este mismo hecho, observado a través de una estimación delictiva diferente, no puede originar un segundo juicio, a pesar de que el delito en su configuración puramente jurídico-legal, sea distinto.

La tercera garantía es " queda prohibida la práctica de absolver de la instancia". Toda autoridad judicial que conozca de un proceso penal tiene la obligación de pronunciar en éste una sentencia absolutoria o condenatoria, según las constancias de autos y los principios jurídicos-legales en materia penal, nunca quedar en suspenso mientras no aparezcan nuevos elementos para continuarlo.

2.5 ANALISIS DE LAS GARANTIAS DE PROCESABILIDAD EN FORMA GENERAL: ARTICULOS 14, 16, 19 ,20 Y 21 CONSTITUCIONALES.

ARTICULO 14 CONSTITUCIONAL tiene cuatro Garantías Individuales que son: la irretroactividad legal, la de audiencia, la de legalidad en materia judicial civil y judicial administrativa y la de legalidad en materia judicial penal.

La irretroactividad esta comprendida en el párrafo primero de este artículo y nos dice: " A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna". Este principio

⁴² Tomo XXVIII, págs. 4, 594; Tomo XXXI, págs. 1, 100; Tomo XXXII, págs. 1, 10 y Tomo XXXIII, págs. 594.

juridico impide la aplicación de una ley nueva a actos realizados de acuerdo con otra anterior que los autorizaba o a hechos producidos con anterioridad al comienzo de su vigencia. La Suprema Corte dice al respecto: " Para que la ley sea retroactiva se requiere que obre sobre el pasado y que lesione derechos adquiridos bajo el amparo de leyes anteriores, y esta última circunstancia es esencial". Se consideran como derechos adquiridos a los ganados bajo el imperio de la ley anterior y ya incorporados al patrimonio del adquirente, y expectativas de derecho a las posibilidades de adquisición correspondiente a un sujeto determinado. El efecto retroactivo no debe entenderse sólo por parte de las autoridades que expiden la ley, sino que también comprende a la autoridad que hace la aplicación de ella a un caso determinado.

La Garantía de Audiencia nos dice: " Nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos, sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho".

El goce de esta Garantía de Audiencia le corresponde a todo sujeto como gobernado al expresar este primer párrafo "Nadie" que contrario sensu sería Todos; no importando su nacionalidad, raza, religión, el sexo, etc. Ahora bien el acto de privación como tal es la consecuencia o el resultado de un acto de autoridad que se traduce en una merma o menoscabo de la esfera jurídica del gobernado, determinado por un bien material o inmaterial (derecho), constitutivo de la misma (desposesión o despojo), así como en la impedición para ejercer un derecho. Dicho acto autoritario debe tener objetivo último, definitivo, que en si mismo persiga, por su propia naturaleza para que surta sus efectos este mencionado artículo.

Los bienes jurídicos tutelados por la garantía de audiencia son: la VIDA, tutela la existencia misma del gobernado frente a actos de autoridad que comprendan de ella objeto de privación. La LIBERTAD, como facultad genérica natural del individuo consistente en la forjación y realización de fines vitales y en la selección de medios tendientes a coseguirlos. La PROPIEDAD que es el derecho real por excelencia protege sus tres derechos subjetivos fundamentales que son el uso, el goce y la disposición de la cosa; el uso se traduce en la facultad que tiene el propietario de utilizar el bien para la satisfacción de sus propias necesidades; el goce el dueño de la cosa puede hacer suyos los frutos que ésta le produzca y la disposición se revela como la potestad que tiene el titular de la propiedad consistentes en celebrar actos de dominio de diversa índole como venta, donación etc. Pero en este bien jurídico tutelado debemos diferenciar de la simple posesión de la propiedad y es la inscripción o registro público de los bienes inmuebles. Otro de los bienes tutelados es la POSESION, esta puede ser originaria o derivada, la primera concurren todos los derechos normalmente referibles a la propiedad como son el derecho de usar, disfrutar y disponer de la cosa, en cambio en la derivada solo tenemos el derecho de usar y disfrutar pero no de disponer de la cosa. Otro bien tutelado es el DERECHO subjetivo lo debemos entender como la facultad que incumbe a un sujeto nacido de una situación jurídica

establecida por la actualización del status normativo abstracto y que importa a cargo de otra obligaciones correlativas.

Este párrafo contiene cuatro garantías específicas de seguridad jurídica que son: el juicio previo al acto de privación, ante tribunales previamente establecidos, las formalidades procesales esenciales y leyes vigentes con antelación a la causa que origine el juicio.

1.- MEDIANTE JUICIO, debemos entender juicio como el conjunto de actos regulados por la ley y realizados con la finalidad de alcanzar la aplicación judicial del derecho objetivo y la satisfacción consiguiente de interés legalmente tutelado en el caso concreto, mediante una decisión del juez competente⁴³.

2.- ANTE TRIBUNALES PREVIAMENTE ESTABLECIDOS.- El adverbio "previamente" no lo debemos considerar como antelación cronológica, sino como denotativo de la preexistencia de los tribunales al caso que pudiese provocar la privación. Por otra parte la idea de tribunales no solo debemos entender a los órganos del Estado que estén constitucional o legalmente adscritos al Poder Judicial federal o local, sino que también se comprenden a las autoridades administrativas. Como lo establece la Suprema Corte: "No es exacto sólo las autoridades judiciales son constitucionalmente competentes para privar de sus propiedades y derechos a los particulares, en los casos en que la ley aplicable así lo prevenga. Si bien, el segundo párrafo del artículo 14 constitucional exige para ello "juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos", es tradicional la interpretación relativa a que los tribunales previamente establecidos no son exclusivamente los judiciales, sino también las autoridades administrativas, a quienes la ley ordinaria confiere competencia para ello, pero eso sí, respetando la previa audiencia, la irretroactividad de la ley, las formalidades esenciales del procedimiento y la aplicación exacta de la ley. Esta interpretación se debe a que por la complejidad de la vida moderna sería imposible que el Estado cumpliera sus funciones públicas con acierto, prontitud y eficacia, si tuviera siempre que acudir a los tribunales judiciales para hacer efectivas sanciones establecidas en las leyes".⁴⁴

3.- FORMALIDADES PROCESALES ESENCIALES.- Las dos formalidades procesales que tienen el carácter de esenciales son la de defensa y la probatoria. La primera se traduce en distintas formas como las notificaciones, el emplazamiento, el término para contestar o para oponerse a las pretensiones de privación o al pretendido acto privatorio, etc. El segundo se manifiesta como la audiencia o la dilación probatoria, así como en todas las reglas concernientes al ofrecimiento, rendición o desahogo y valoración de probanzas.

4.- CONFORME A LEYES EXPEDIDAS CON ANTERIORIDAD AL HECHO.- consiste en que el fallo o resolución culminatoria deba

⁴³ DE PINA, RAFAEL. DE PINA VERA RAFAEL, DICCIONARIO DE DERECHO, EDIC. FORTALEZA, PÁG. 111.
⁴⁴ Informe de 1960, Tribunal Pleno, pag. 719, primera parte.

pronunciarse conforme a leyes expedidas con anterioridad al hecho y no constituya una causa eficiente de la privación. Corrobora el principio de irretroactividad legal.

Existen excepciones a la Garantía de Audiencia y son: De los extranjeros que juzguen o estime indeseables el Presidente de la República, pueden ser expulsados del país, sin juicio previo. (artículo 33 Constitucional). De las expropiaciones por causa de utilidad pública, conforme al cual el Presidente de la República o los Gobernadores del Estado, en sus respectivos casos, puede, con apoyo en las leyes correspondientes, dictar el acto expropiatorio antes de que el particular afectado produzca su defensa. (artículo 27 Constitucional). En materia Tributaria, en cuanto que antes del acto que fije un impuesto, la autoridad fiscal respectiva no tiene la obligación de escuchar al causante. Otra excepción es cuando el las ordenes judiciales de aprehensión, al establecer los requisitos que el libramiento de aquélla debe satisfacer, no exige que previamente a él, se oiga al presunto inculcado en defensa, pues únicamente determina que dichas órdenes esten precedidas por alguna denuncia o querrela.

La Garantía de la exacta aplicación en materia penal dice: " En los juicios de orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que trate".

El principio de legalidad que se enuncia es nulla poena, nullum delictum sine lege. Para que un hecho constituya un delito, es menester que exista una disposición legal que establezca una pena para su autor, por lo que cuando no exista aquélla, el acto o la omisión no tiene carácter delictivo.

Por simple analogía entendemos la relación existente entre un caso previsto expresamente en una norma jurídica y otro que no se encuentra comprendido en ella, pero que, por la similitud con aquél, permite igual tratamiento jurídico, sin agravio para la justicia.

Por mayoría de razón impide que la ley que contenga la sanción penal se haga extensiva a hechos que, aunque de mayor gravedad, peligrosidad o antisocialidad, etc., que el delito previsto, no estén comprendidos en ella y sean esencialmente diferentes de su antecedente abstracto.

La Garantía de Legalidad en materia jurisdiccional civil establece: "En los juicios de orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta, se fundará en los principios generales del derecho".

El acto de autoridad condicionado por la expresada garantía de legalidad es la sentencia definitiva, o sea, la resolución jurisdiccional que dirima el conflicto jurídico

substancial o fundamental en un juicio. La Suprema Corte ha reputado no sólo a los fallos de fondo sino a las decisiones interlocutorias y además autos o proveídos en un juicio.

Las resoluciones jurisdiccionales en primer término deben ser conforme a la letra de la ley, es decir, que el juez civil ha de resolver, de acuerdo con la ley, las controversias de que conoce, cuando aquéllas prevé la situación jurídica controvertida. Cuando el sentido de la ley es dudoso entonces debe apoyarse en la interpretación jurídica, que es la interpretación que hace el legislador en el mismo texto legal o en una nueva ley. En el caso de existir lagunas dentro de estas normas debiera apoyarse de los principios generales de derecho y estos son los criterios o ideas fundamentales de un sistema jurídico determinado que se presentan en la forma concreta del aforismo y cuya eficacia como norma supletoria de la ley depende del reconocimiento expreso del legislador.

ARTICULO 16 CONSTITUCIONAL establece: "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".

Su titularidad es ningun gobernado que contrario sensu es todo gobernado no puede ser molestado por una acto de mera perturbación o afectación en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones. La autoridad debe motivar y fundamentar la cuasa legal de procedimiento. Por causa legal debemos entender el acto o serie de actos que provocan la molestia en los bienes tutelados por este artículo. La motivación son una serie de razones de hecho y de derecho que constituyen el fundamento de esta resolución judicial. La fundamentación entendemos que el acto de molestia debe basarse en una disposición normativa general, es decir, que prevea la situación concreta para la cual sea procedente realizar el acto de autoridad, que exista una ley que lo autorice.

Los bienes jurídicos tutelados por este artículo son: La PERSONA, desde el punto de vista jurídico se establece en atención a la capacidad imputable al individuo, consistente en adquirir derechos y contraer obligaciones, teniendo la personalidad jurídica así expresada, como supuesto, la misma individualidad psico-física. El gobernado es susceptible de afectarse por un hecho de molestia en los siguientes casos: 1.- cuando se le restringe o perturbe su actividad o individualidad psico-física propiamente dichas e inclusive su libertad personal; 2.- Cuando tal restricción o perturbación concierne a su capacidad jurídica de adquirir derechos y contraer obligaciones; 3.- Tratándose de personas morales, al reducirse o disminuirse las facultades a su entidad jurídica, impidiendo o limitando el ejercicio de su actividad social.

La FAMILIA, el perjuicio que una persona puede experimentar por un acto de molestia a través de este elemento, debe necesariamente reacer en los derechos familiares del gobernado, entendiéndose por tales todos los derechos a su estado civil, así como a su situación de padre, hijo, etc.

El DOMICILIO, debemos entender en primer termino el hogar, es decir, su casa-habitación donde conviva con sus familiares, a falta de este en donde tenga su principal asiento de negocio. Y el de las personas morales el lugar donde se halle establecida su administración.

PAPELES, se comprenden todos los documentos de una persona, es decir, todas las constancias escritas de algún hecho o acto jurídico. La razón de tutela estriba en poner a salvo de cualquier acto de molestia, especialmente de los cateos arbitrarios, la documentación del gobernado y que pueda servir de base a propósitos bastardos e inconfesables para comprometerlo en cualquier sentido.

POSESIONES, como dijimos anteriormente pueden ser afectados tanto el poseedor originario como el derivado, pero nunca el simple detentador. Cuando el acto de molestia afecta a este elemento, sólo debe suscitar la cuestión de determinar si dicho acto de autoridad se ajustó o no a las exigencias en que tales garantías se traducen, sin poderse discutir ni dirimir controversias que versen sobre la legitimidad o ilegitimidad de la posesión.

Por lo que toca a autoridad competente, la garantía de la competencia autoritaria concierne al conjunto de facultades con que la propia Ley Suprema inviste a determinado órgano del Estado, de tal suerte que si dicho acto de molestia emana de una autoridad que al dictarlo o ejecutarlo se excede de la órbita integrada por tales facultades, viola la expresada garantía, así como en el caso de que, sin estar habilitada constitucionalmente para ello, causa una perturbación al gobernado en cualesquiera de los bienes jurídicos señalados en dicho precepto.

Causa Legal es el acto o la serie de actos que provocan la molestia en la persona, familia, domicilio, papeles o posesiones de un gobernado, realizados por la autoridad competente, deben no sólo tener una causa o elemento determinante, sino que éste sea legal, es decir, fundado y motivado en una ley.

Por fundamentado entendemos que debe basarse en una disposición normativa general, es decir, que ésta prevea la situación concreta para la cual sea procedente realizar el acto de autoridad, que exista una ley que lo autorice.

La motivación es la necesaria adecuación que debe hacer la autoridad entre la norma general fundatoria del acto de molestia y el caso específico en el que éste va a operar o surtir sus efectos.

La segunda parte de este artículo establece: " No podrá librarse orden de aprehensión sino por autoridad judicial y sin que precede denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten los

elementos que integran el tipo penal y la probable responsabilidad del indiciado ".

Por autoridad judicial debe entenderse aquel órgano estatal que firme parte del poder judicial, bien sea local o federal, según el caso. Esta autoridad no debe proceder de oficio, sino que debe existir una denuncia, acusación o querrela de un hecho que sea determinado como delito. Otra garantía que prevée este artículo es que existan elementos que se presuma la responsabilidad de la persona contra la que se dirige el acto aprehensivo, es decir, que el Ministerio público que solicita al juez, al ejercitar ante él la acción penal, la orden de aprehensión contra un sujeto, no está obligado para ello comprobar el cuerpo del delito, sino basta con que se de la presunta responsabilidad del indiciado.

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

En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniendolo sin demora a disposición de la autoridad inmediata y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público. (Párrafo cuarto del mencionado artículo). Por flagrante delito es aquel en cuya ejecución es sorprendido el autor.

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

Sigue diciendo el artículo 16 Constitucional " En los casos de urgencia o flagrancia, el juez que reciba la consignación del detenido deberá inmediatamente ratificar la detención o decretar la libertad con las reservas de ley.

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

En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresara el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia, levantándose al concluirla, una acta circunstanciada, en presencia de dos testigos propuestos por el

ocupante del lugar cateado o en su ausencia o negativa, por la autoridad que practique la diligencia". En este párrafo existen varias garantías y son: el acto de cateo debe emanar de una autoridad judicial es decir, de un órgano autoritario constitutivo del Poder Judicial, local o federal. Su forma debe ser por escrito., nunca debe ser general esto es, que debe tener un objeto determinado como son especificar que cosas se buscan, que personas se deben aprehender etc. El acta circunstanciada ante dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o su ausencia o negativa por la autoridad que realiza la diligencia es otra garantía que contiene este artículo ya que en ella constará todo lo que paso en esa diligencia, si se encontraron las cosas que se buscaban o las personas que se aprehendieron.

Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionará penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del Ministerio público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor. Las intervenciones autorizadas se ajustarán a los requisitos y límites previstos en las leyes, los resultados de las intervenciones que no cumplan con éstos, carecerán de todo valor probatorio.

" La autoridad administrativa podrá practicar visitas domiciliarias únicamente para cerciorarse de que se han cumplido los reglamentos sanitarios y de policía; y exigir la exhibición de los libros y papeles indispensables para comprobar que se han acatado las disposiciones fiscales, sujetándose en estos casos, a las leyes respectivas y a las formalidades prescritas para los cateos ". Por visitas domiciliarias equivalen a las inspecciones que puede practicar toda autoridad administrativa para constatar en cada caso concreto la observancia de los reglamentos gubernativos o de los ordenamientos de carácter fiscal, no sólo no deben estar precedidas por orden judicial alguna, sino ni siquiera por ningún mandamiento escrito.

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

En la primera parte de este párrafo esta la garantía de inviolabilidad del domicilio privado contra las autoridades militares que pretendan ocuparlo o habitarlo, en el sentido de prohibir a éstas alojarse en él. En la segunda parte dice que cuando se trate de tiempos de guerra, faculta a los militares

para exigir de los gobernados ciertas donaciones o prestaciones en general en forma gratuita y aun en contra de la voluntad de los mismos.

ARTICULO 19 CONSTITUCIONAL establece: "Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con un auto de formal prisión, y siempre que de lo actuado aparezcan datos suficientes que acrediten los elementos del tipo penal del delito que se impute al detenido y hagan probable la responsabilidad de éste. La prolongación de la detención en perjuicio del inculpado será sancionada por la ley penal. Los custodios que no reciban copia autorizada del auto de formal prisión dentro del plazo antes señalado, deberán llamar la atención del juez sobre dicho particular en el acto mismo de concluir el término, y si no reciben la constancia mencionada dentro de las tres horas siguientes podrán al inculpado en libertad".

En este primer párrafo de este artículo estamos en la presencia de la fase de averiguación previa en donde la detención hecha a un presunto responsable por la Policía Judicial y puesto a disposición del Agente Investigador del Ministerio Público este tiene setenta y dos horas para que este ponga a su vez a disposición del juez cuando aparezcan los elementos del tipo penal del delito que se le impute; Una vez que esta a disposición del juez, este debe de dictar el auto de formal prisión dentro del mismo plazo, en caso de que no lo hiciere los custodios llamaran la atención y si aún no lo hiciere estos pondrán en libertad al presunto responsable.

El segundo párrafo dice: " Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión o de sujeción a proceso. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de averiguación separada, sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente".

El auto de formal prisión es la resolución pronunciada por el juez, para resolver la situación jurídica del procesado al vencerse el término constitucional de setenta y dos horas, por estar comprobados los elementos integrantes del cuerpo del delito que merezca pena corporal y los datos suficientes para presumir la responsabilidad; siempre y cuando, no esté probada a favor del procesado una causa de justificación o que extinga la acción penal, para así determinar el delito o delitos por los que ha de seguirse el proceso. El ato de sujeción a proceso es la resolución dictada por el juez, por medio de la cual, tratándose de delitos sancionados con pena no corporal o alternativa, previa comprobación del cuerpo del delito y de la presunta responsabilidad, se resuelve la situación jurídica del procesado, fijandose la base del proceso que debe seguirsele.

El tercer párrafo establece: " Todo maltrato en la aprehensión o en las prisiones; toda molestia que se infiera sin motivo legal; toda gabela o contribución en las cárceles, son

abusos que serán corregidos por las leyes o reprimidos por las autoridades".

ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL establece: " En todo proceso de orden penal, tendrá el inculpado las siguientes garantías:

I.- Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley, o cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculpado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculpado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculpado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo, los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculpado.

II.- No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura por la ley penal. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio;

III.- Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria;

IV.- Siempre que lo solicite, será careado en presencia del juez con quienes depongan en su contra;

V.- Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso;

VI.- Será juzgado en audiencia pública por un juez jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del

lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que éste se pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación;

VII.- Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso;

VIII.- Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;

IX.- Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; y

X.- En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva, por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna.

En todo proceso penal, la víctima o el ofendido por algún delito, tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le preste atención médica de urgencia cuando la requiera y, los demás que señalen las leyes.

ARTICULO 21 CONSTITUCIONAL.- Contine las siguientes Garantías de Seguridad Jurídica : La primera de ellas consiste en la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. Esta garantía de seguridad jurídica engendra para los órganos autoritarios formalmente administrativos o

legislativos la obligación negativa, en aras del gobernados, consistente en no imponerle ninguna sanción que tenga el carácter de pena en los términos de los diversos ordenamientos penales substantivos.

Esta garantía adolece de una excepción que es "compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; pero si el infractor no pagare la multa que se le hubiese impuesto, se permutará ésta por el arresto correspondiente, que no excederá en ningún caso de treinta y seis horas".

Otra garantía es que la investigación y la persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato. De acuerdo con esta disposición, el gobernado no puede ser acusado sino por una entidad autoritaria especial, que es el Ministerio Público. Las persecuciones de los delitos se manifiesta en dos periodos: uno el denominado de averiguaciones o investigaciones previas, que esta integrado por las diligencias de comprobación de los elementos consignados en la orden de aprehensión, diligencias que se llevan exclusivamente ante el Ministerio Público, en forma secreta o en su defecto ante autoridades facultados legalmente para ello como la policía Judicial. Y otra forma es aquél en que el Ministerio Público figura como parte en el procedimiento judicial tendiente a la determinación de la pena correspondiente, procedimiento que se inicia con el ejercicio de la acción penal ante el juez competente.

2.6 PRINCIPIOS DE LEGALIDAD.-

Para poder hablar del juicio debemos primero analizar al delito como hecho punible; el delito se da en dos fuerzas: la moral y la física, la primera consiste subjetivamente en la voluntad e inteligencia del hombre que obra; es interna o activa; y la segunda consiste objetivamente en el movimiento del cuerpo; es externa o pasiva. Ambas causan daño material del delito.

Lo primero para que exista el delito es que se produzca una conducta humana, consiste en un hecho material, exterior, positivo o negativo, producido por el hombre. Si es positivo consistirá en un movimiento corporal productor de un resultado como efecto, siendo ese resultado un cambio o un peligro de cambio en el mundo exterior, físico o psíquico. Y si es negativo, consistirá en la ausencia voluntaria del movimiento corporal esperado, lo que también causará un resultado.

La acción en amplio sentido es definida por Jimenez Asúa como " La manifestación de voluntad que mediante acción u omisión, causa un cambio en el mundo exterior". Es una conducta

humana productora de un resultado y que reviste la forma de acto o la de omisión. El artículo 9 del Código Penal establece: " El delito puede ser realizado por acción u omisión". El acto se realiza una actividad positiva, se hace lo que no se debe hacer, se actúa violando una norma que prohíbe; en la omisión se realiza una conducta negativa, se deja de hacer lo que se debe hacer, se omite la obediencia a una norma que impone el deber de hacer.

El resultado comprende "tanto las modificaciones de orden físico como las del orden jurídico y ético, tanto las cosas materiales como los estados de ánimo del sujeto pasivo y de la sociedad" (Maggiore); es no sólo cambio en el mundo material sino también mutación en el mundo psíquico y aun el riesgo o peligro. (Jimenez Asúa).

Siempre debe existir una relación causa- efecto, es decir, si existe una actividad inmediatamente se produce el resultado.

La acción en estricto sentido es la conducta humana manifestada por medio de un hacer corporal y voluntario, integra la acción o acto. Pero no incluye a los movimientos reflejos, que no son voluntarios, ni a los que obedecen a una fuerza física exterior irresistible que hoy se llama "actividad o inactividad involuntaria"; y por no constituir movimiento corporal, tampoco incluye los pensamientos, las ideas e intenciones. El resultado como efecto del acto ha de estar sancionado por las leyes penales. El artículo 10 del Código Penal dice el resultado será atribuido al agente cuando fuere consecuencia de una conducta idónea para producirlo, salvo que hubiese sobrevenido de un acontecimiento extraño a su propia conducta. El artículo 11 del mismo ordenamiento dice: " responde también del resultado producido, el que omite impedirlo teniendo el deber jurídico de evitarlo ".

La antijuridicidad es la oposición a las normas de cultura , reconocidas por el Estado. Se le denomina también "ilicitud" o "ilegalidad". Es, es suma, la contradicción entre una conducta concreta y un concreto orden jurídico establecido por el Estado.

Cuando la norma de cultura ha sido recogida por el ordenamiento jurídico se hace posible la antijuridicidad, o sea, la violación u oposición o negación de la norma. La norma crea lo antijurídico; la ley el delito. Y para sancionar una conducta se la somete a un juicio de valor, a una valoración, o sea, al juicio que se propone definir si es antijurídica.

Welzel entiende que la "antijuridicidad " es la relación de discordancia entre una acción y un concreto orden jurídico, lo que es válido para todo el orden jurídico; mientras que la acción misma valorada como contraria al Derecho constituye el "injusto".

Normativamente considerado el delito es la conducta antijurídica por cuanto contradice una norma o ley cultural establecida para regular la vida en la comunidad de hombres libres. La lesión objetiva de las normas jurídicas de valoración, lesión del orden objetivo del derecho, perturbación de la manifestación de voluntad reconocida y aprobada por el derecho mismo (Mezger), es lo que da la antijuridicidad a la acción, y por que una acción es opuesta a la norma cultural, es antijurídica. Sólo es antijurídica la acción que lesiona normas de cultura, reconocidas por el Estado. (Mayer).

La antijuridicidad de las acciones que caen dentro del campo penal, en nuestro derecho se la presupone por el solo hecho de tipificarlas y de sancionarlas; así, toda acción típica y punible, según la ley, es antijurídica; y no será antijurídica una acción que por ella no este tipificada y sancionada. Este mismo se consagra en nuestra Constitución al prescribir que, si no es por ley expedida con anterioridad al hecho y exactamente aplicable al delito de que se trata, no pueda imponerse pena alguna. (artículo 14 Constitucional).

Ahora bien hablaremos de la tipicidad, una acción antijurídica ha de ser típica para considerarse delictiva. A lo dicho anteriormente sobre el particular, sólo hemos de añadir que la acción ha de encajar dentro de la figura de delito creada por la norma penal positiva, pues de lo contrario al faltar el signo externo distintivo de la antijuridicidad penal, que es la tipicidad penal, dicha acción no constituiría delito.

Por esto puede decirse asimismo que la antijuridicidad es el elemento constitutivo del delito pero no es del tipo.

El tipo no es otra cosa que la acción injusta descrita concretamente por la ley en sus diversos elementos y cuya realización va ligada a la sanción penal; es, en otras palabras, un presupuesto de la pena.

El tipo legal es la abstracción concreta que ha trazado el legislador, descartando los detalles innecesarios para la definición del hecho que se cataloga en la ley como delito. Y la tipicidad es la adecuación de la conducta concreta al tipo legal concreto.

En nuestro derecho el dogma *Nullum crimen sine lege*, y correlativamente el de no hay delito sin tipo legal al que corresponda la acción, puede afirmarse que la tipicidad es el elemento constitutivo del delito y que sin ella no sería inculparable la acción.

Como elementos integrantes del tipo se encuentran: el sujeto activo del delito que se especifica en la norma como "el que o al que"; la acción con sus modalidades propias,

formuladas el "haga o deje de hacer" esto o aquello; y por último, el sujeto pasivo del delito, o sea, aquel sobre quien recae la acción típica y que nuestra ley denomina "otro".

En la construcción de los tipos, como se ve, la ley utiliza elementos subjetivos (en el activo o en el pasivo del delito), objetivos y normativos (de valoración jurídica o de valoración cultural). En el tipo de estupro (artículo 156 del Código Penal del Estado de Veracruz), es el elemento objetivo la "cópula", son elementos subjetivos del pasivo "mujer menor de dieciseis años y mayor de catorce; y normativos "que viva honestamente, por seducción o engaño.

La acción antijurídica, típica y culpable para ser inculparable ha de estar conminada con la amenaza de una pena, es decir, que ésta ha de ser la consecuencia de aquélla, legal y necesaria. "Ley sin pena es campana sin badajo". En nuestro derecho se señala al acto o a la omisión para ser delictuosos, el estar sancionados por las leyes penales.

Debe reconocerse que la noción del delito se integra, no con la pena aplicada o no en la realidad de la vida a la acción descrita por la ley, ni con la sola amenaza de tal pena, o la conminación de punibilidad, independientemente de que la pena misma se aplique o se deje de aplicar. De donde resulta que la punibilidad no es un elemento esencial de la noción jurídica del delito.

La punibilidad desaparece en ciertos casos que la ley considera, por razón de las personas y de la utilidad social de la impunidad, como no sancionables. Tal ocurre con las causas que excluyen la inculparción artículo 20 del Código Penal del Estado de Veracruz.

Llamamos delitos putativos o imaginarios, en los que el agente realiza una acción que cree delictuosa no siéndolo en realidad, o cuando la acción es inidónea para producir el resultado previsto, no estando considerada por la ley como delictuosa (ejemplo apoderarse de una cosa propia creyéndola ajena). Si la acción no es punible, no podrá integrar delito; sólo lo integrará cuando quepa en amplia fórmula adoptada en nuestro derecho para la tentativa que incluye el delito imposible.

El examen de la fuerza moral que, concurre con la física a generar el delito, nos lleva a considerar la culpabilidad, elemento subjetivo del delito. Ella da origen, a la teoría psicológica, a la relación psíquica de causalidad entre el actor y el resultado. Su fundamento radica en que el hombre es un sujeto con conciencia y voluntad, por lo que es capaz de conocer la norma jurídica, y de acatarla o no. De aquí la reprochabilidad de su conducta o sea su culpabilidad, en razón de que el sujeto ha podido actuar conforme al derecho.

Por otra parte la teoría normativa de la culpabilidad sostiene que para que exista ésta no basta dicha

relación de causalidad psíquica entre el autor y el resultado, sino que es preciso que ella dé lugar a una valoración normativa, a un juicio de valor que traduzca en un reproche, por no haberse producido la conducta de conformidad con el deber jurídico exigible a su autor. La culpabilidad es, por tanto, una reprobación jurisdiccional de la conducta que ha negado aquello exigido por la norma.

El autor Carrara⁴⁵ escribió: el hombre está sometido a las leyes criminales en virtud de su naturaleza moral; por tanto, nadie puede ser políticamente responsable de un acto del que no es responsable moralmente; la imputabilidad moral es el precedente indispensable de la imputabilidad política. Roeder se expresa así: La acción u omisión sancionada por un Código Penal no constituye delito por su sola objetividad material del hecho; éste debe ser siempre la expresión de una personalidad más o menos socialmente peligrosa, que lo es a causa de la propia condición psicopatológica o por falta de desarrollo psíquico o porque el hecho sea una acción del individuo determinado por intenciones delictuosas; si el hecho dañoso no es espontáneo el procesado puede decir con justicia que no es suyo y, por tanto, no debe responder legalmente de él; pero aunque el acto sea suyo, con exteriorización e índice de su voluntad, es preciso para que sea delito que haya sido determinado por una intención delictuosa o por un obvio de aquel mínimo de disciplina social que impone la vida civil (Ferri); es decir, dolosa o culposamente.

Únicamente puede hablarse de culpabilidad en el sentido penal cuando se trata de hechos típicos y antijurídicos, nunca de una conducta permitida por la ley. Para que la acción sea inculpada, además de antijurídica y típica ha de ser culpable. Ahora bien, sólo puede ser culpable el sujeto que sea imputable.

Imputar es poner una cosa en la cuenta de alguien, lo que no puede darse sin este alguien; y para el Derecho Penal sólo es alguien aquel que, por sus condiciones psíquicas, es sujeto de voluntariedad. Ahora bien, por voluntad se entiende la libertad de elegir, que con la libertad de obrar es lo que se ha de llamar concurso de voluntad. Será, pues, imputable, todo aquel que posea al tiempo de la acción las condiciones psíquicas exigidas, abstracta e indeterminadamente, por la ley, para poder desarrollar su conducta socialmente; todo el que sea apto e idóneo jurídicamente para observar una conducta que corresponda a las exigencias de la vida en sociedad humana.

Pero sólo aquel que, siendo imputable en general, deba responder en concreto del hecho penal determinado que se le atribuya, es culpable. Mientras la imputabilidad es una situación psíquica en abstracto, la culpabilidad es la concreta capacidad de imputación legal, declarable jurisdiccionalmente, por no haber motivo legal de exclusión con relación al hecho de que se trate. (La acción realizada en función de miedo o temor corresponde a un

⁴⁵CARRARA Y TRUJILLO, KARL, CARRARA Y SU ALUMNO EN EL DERECHO PENAL DE ITALIA, PARTE GENERAL, EDIC. TORONTO, C.A. 1931, 130.

sujeto imputable, pero al que no puede serle reprochada su conducta, por lo que no es culpable).

Imputabilidad y culpabilidad concurren a integrar la responsabilidad penal: declaración jurisdiccional de ser una persona imputable y culpable por una acción determinada y, como consecuencia, sujeto de una pena cierta. En otras palabras: juicio valorativo de reproche.

Es evidente que la imputabilidad y la culpabilidad deben ser colocadas después de la antijuridicidad y de la tipicidad, entre los elementos del delito: la culpa criminal sin obrar antijurídico y típico es una quimera (Binding).

Como fundamento de la imputabilidad se ha sostenido durante largos siglos los principios del libre albedrío y de la responsabilidad moral que, estimandolos inmutables según la Escuela Clásica al mantener que la libertad es un atributo indispensable de la voluntad, de tal suerte que ésta no puede existir sin aquélla, del mismo modo que no puede haber materia sin gravedad. La imputabilidad se fundó, así en el concurso de la inteligencia y de la libre voluntad humana. En consecuencia, donde faltara el libre albedrío o libertad de elección, no cabía aplicación de pena alguna, cualesquiera que fueran las circunstancias de la acción y las condiciones propias del sujeto.

Para la defensa social son imputables todos los que cometen hechos punibles prescindiendo del problema de si obraron libre y espontáneamente. La imputabilidad es consecuencia de la personalidad del infractor frente a la cual reacciona la sociedad con medidas adecuadas.

El fundamento de la culpabilidad esta en las condiciones en que determina conducta es producida, llenado el tipo legal; condiciones que prueben que el hecho mismo es atribuible al sujeto, fue querido por éste y amerita un juicio de reproche. El fundamento en sí es la peligrosidad criminal.

La aplicación de una pena a un sujeto imputable debe sustentarse en la prueba de su responsabilidad y ésta tiene como fundamento el estado peligroso porque la peligrosidad es el título mediante el cual se perfecciona la responsabilidad criminal. Pero debe distinguirse entre peligrosidad social y criminal; la primera es subjetiva, es la sola aptitud, mientras que la segunda es objetiva, es la misma aptitud revelada objetivamente por el delito; y mientras en Derecho Penal rija la garantía criminal, aquella caera fuera del campo penal propio; a la peligrosidad social deben dedicarse las medidas de seguridad y a la criminal las penas como consecuencia del delito, si bien teniendo aplicación también en relación con éstas la peligrosidad, pero sólo cuando de individualizar dichas penas se trate en vista de la viciosa inclinación para delinquir revelada por el delito mismo.

Una vez que hemos expuesto la adecuación de la conducta en el tipo penal que es el delito, hablaremos del derecho que tiene todo gobernado de ser oído y vencido en juicio como lo establece el artículo 14 Constitucional.

Para poder entender todo lo referente a este derecho debemos conceptualizar al juicio, proceso y procedimiento; por juicio entendemos al conjunto de actos regulados por la ley y realizados con la finalidad de alcanzar la aplicación judicial del derecho subjetivo y la satisfacción consiguiente del interés legalmente tutelado en el caso concreto, mediante una decisión del juez competente.

Por procedimiento entendemos los actos sucesivos enlazados unos con otros, que es necesario realizar para el logro de un fin específico. El término proceso se deriva de la palabra *Procedere* que significa "caminar adelante".

Los procesalistas modernos ha elaborado un gran número de definiciones, entre las cuales tenemos: Vóctor Riquelme "el conjunto de normas y reglas para la realización de la justicia penal".⁴⁶ Juan José Bustamante "El procedimiento penal está constituido por un conjunto de actuaciones sucesivamente ininterrumpidas 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". Manuel Rivera Silva "El conjunto de actividades, debidamente reglamentadas y en virtud de las cuales los órganos jurisdiccionales resuelven sobre una relación jurídica que se les plantea".

El procedimiento es el conjunto de actos y formas legales que deben ser observados obligatoriamente por todos los que intervienen, desde el momento en que se entable la relación jurídica material de derecho penal, para hacer factible la aplicación de la ley a un caso concreto. El proceso es un desarrollo evolutivo, que indispensablemente se sigue para el logro de un fin, pero el fin como medio para hacer manifiestos los actos que quienes en él intervienen, los cuales deberán llevarse a cabo en forma ordenada, pues el surgimiento de uno, será el que dé lugar a su vez, al nacimiento de otros, y así sucesivamente, para que mediante su previa observancia se actualice la sanción prevista en la ley penal sustantiva.

En estas condiciones, el procedimiento será la forma, será el método empleado para que el proceso pueda llevarse a cabo; por lo tanto, el primero es un concepto general que envuelve dentro de su seno al concepto proceso, y éste a su vez al juicio.

⁴⁶MANUAL DE PROCEDIMIENTO (CIVIL Y PENAL) ... VICTOR RIQUELME, EDITORIAL RIQUELME S.A., BUENOS AIRES, 1961, p. 11.

Los principios que deben regir a el proceso son: legalidad, obligatoriedad, la inmediación, la concentración de los actos procesales, la identidad del juez.

Legalidad entendemos como el sistema de normas que constituyen el derecho positivo de un país; con este concepto podemos decir que este principio se basa en las normas de un país, por lo tanto el proceso penal debera sustanciarse conforme a las normas establecidas en la Constitución y Códigos de nuestro país.

Obligatoriedad proviene de la calidad de obligatorio de un mandato, orden o disposición de un órgano de autoridad; El proceso penal adquiere este principio porque sus resoluciones son obligatorias para las personas que intervienen en él por provenir de un órgano de autoridad, además porque así lo establece el artículo 14 constitucional al mencionar "mediante juicio" lo que se traduce en obligatorio llevarse un procedimiento.

La inmediación significa que el órgano jurisdiccional obtenga el conocimiento a través del contacto con los sujetos de la relación procesal, para así adquirir el material necesario que le permita pronunciar la resolución del caso. Esto también obedece a un mandato expreso de la ley.

La concentración procesal implica un desenvolvimiento ininterrumpido y ordenado de los actos procesales, de tal manera que unos dan lugar al nacimiento de otros y así sucesivamente, hasta llegar al momento culminante del proceso que es la sentencia. La concentración de actos procesales tiene una gran finalidad, cual es evitar la diseminación del procedimiento en una serie de actuaciones separadas, en caso de que surjan cuestiones accesorias, y por tanto, no referentes al fondo, con lo que se consigue mayor celeridad.

La identidad del juez consiste en que en todo juicio oral esté presente la misma persona física que ostenta la investidura, hasta la sentencia.

Por lo expuesto la obligatoriedad, la inmediación y otros principios son consecuencia de uno solo el de legalidad, porque lo legal tiene carácter de obligatorio y lógicamente, es inevitable e irrenunciable e impone modalidades, formas y hasta solemnidades.

CAPITULO III

GENERALIDADES DE LA ORDEN DE APREHENSION

3.1 LA ORDEN DE APREHENSION Y SUS PRINCIPIOS.-

Una de las medidas cautelares de naturaleza personal más socorridas, típicas o representativas del proceso penal, es aquella que asegura la restricción de la libertad personal o física del sujeto pasivo del proceso penal, presumido como sujeto activo del delito. Esta medida del proceso penal y casi desconocida en otro tipo de procesos, lleva a la aplicación de medidas restrictivas a la libertad física de una persona; esto es, la reduce a la detención y reclusión preventiva.

Entre los estudiosos se afirma que este tipo de medida cautelar tiende a asegurar los siguientes bienes: La ejecución de la eventual condena, impidiendo que huya o se fuge. Se asegura así la ejecución de la pena privativa de la libertad o incluso de la vida. La presencia o disponibilidad del sujeto pasivo del proceso penal, a los actos procesales. El impedir que destruya las fuentes de prueba. Es decir, que utilice su libertad para borrar las huellas del delito y dificultar la acción de la justicia. El protegerlo contra toda venganza privada.⁴⁷ Rodríguez Manzanera agrega, además, el proteger a los testigos, el proteger al "criminal" de sus "cómplices", y el evitar que concluya el delito⁴⁸.

Por eso, García Ramírez recuerda que "contra la existencia misma de la prisión preventiva se ha alzado un denso clamor, que la tilda de injusta. Lo es que los hombres torturen para saber si se debe torturar, en frase de San Agustín, que linda con la concepción de Carrara sobre el mismo instituto: lepra del proceso penal. La concepción de Arenal sostuvo: " imponer a un hombre una pena grande como es la privación de la libertad, una mancha en su honra, como es la de haber estado en la cárcel, y esto sin haberle

⁴⁷ PRIET - CASTRO, DE MARINI, *Delitos y Penas*, (1941), (3), 6.
⁴⁸ RODRÍGUEZ MANZANERA, LUIS, *Los delitos*, (1947), (3), 11.

probado que es culpable, y con la probabilidad de que sea inocente, es cosa que dista mucho de la justicia". El fin de la disponibilidad del imputado en el proceso no requiere de algo tan extremo como lo es la privación constante de la libertad. El objetivo de asegurar la ejecución de la pena puede hacer de la cárcel preventiva un instrumento práctico, pero no darle verdadera justificación jurídica. Por la diversidad de bienes en juego y la irreversibilidad del perjuicio que causa, no es posible compararla válidamente con el secuestro. Empero, en el estado actual de las cosas es imposible abolir la preventiva; sigue siendo cierto, como afirmaba Manduca, que la exige una suprema necesidad social⁴⁹.

La detención preventiva se explica por razones de carácter práctico, mas no que se justifique.

La privación provisional de la libertad y detención son especies de un mismo género, aun cuando un pequeño sector de estudiosos pretenda afirmar que la detención le corresponde al Ministerio Público y la aprehensión al tribunal. No es en atención a los sujetos como se marca la diferencia, sino en atención al plazo de duración, como lo veremos.

Mientras que la detención o arresto es más efímera en el tiempo, la prisión preventiva es más o menos prolongada. Podríamos decir que la detención limita la libertad del individuo durante un periodo brevísimo, hasta tanto sea convalidada u homologa tal orden de detención.

Dicho de otra manera, la privación provisional de la libertad puede ser preliminar u homologada. La diferencia que se atisba es de grado de intensidad, aunque no de esencia. La detención judicial puede suponer al procedimiento provisional, en tanto que la prisión preventiva supone necesariamente al procedimiento definitivo.

La detención puede ordenarla no sólo la autoridad judicial (orden de detención), sino también cualquier particular (casos de flagrancia) o el Ministerio Público (por ejemplo, en el llamado caso urgente), en tanto que la prisión preventiva es privativa del campo procesal penal, es decir, la autoridad judicial, la que en su caso podrá homologar o convalidar la orden de privación provisional de la libertad, dada por el mismo tribunal o por otro tipo de autoridades, a través del llamado auto de formal prisión, también denominado de reclusión preventiva.

El artículo 14 Constitucional prescribe que para que un gobernado sea privado de su libertad, se requiere que medie al acto de privación, el procedimiento previo, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento.

Esta disposición impide la privación provisional de la libertad, resulta entonces que las medidas de cautela consistentes en la privación provisional de la libertad, aparentemente resultan inconstitucionales.

La base constitucional a la privación provisional de la libertad física de una persona, la encontramos en el artículo 18 Constitucional, cuando dispone que sólo por delito que merezca pena de carácter corporal, habrá lugar a la "prisión preventiva", así como el artículo 16 Constitucional, al establecer que: cuando menos esté sancionada la conducta delictuosa por una pena "restrictiva de la libertad".

Es precisamente por esa razón, cuando el Ministerio público presenta conclusiones acusando por una pena no privativa de la libertad, el tribunal debe dejarlo en libertad.

Esto significa, que en los casos en que la pena que pudiera ser aplicable (en el caso de resultar triunfante la pretensión del sujeto activo del proceso), sea, según la ley, de carácter privativo de la libertad, será factible aplicar una medida de cautela restrictiva de libertad física. Fuera de este caso, será inconstitucional toda medida cautelar que tienda a restringir preventivamente la libertad.

Cabe mencionar que la pauta establecida por nuestra Constitución para privar preventivamente de su libertad a una persona, no es universal. Existen otros sistemas que le conceden facultades al tribunal para resolver si debe o no imponerse la medida restrictiva de la libertad, basándose principalmente en factores de peligrosidad social, más que en el tipo de sanciones por imponer.

Fix Zamudio dice al respecto: " Existe una vigorosa corriente doctrinal en México, como en muchos países, para limitar en lo posible a la detención preventiva y sustituirla por otras medidas cautelares que sean menos restrictivas de la libertad personal, como la libertad vigilada, el arresto domiciliario, el arraigo y otras similares, tomando en cuenta que esta institución contradice el principio esencial de la presunción de inocencia del acusado en el proceso penal y que fue consagrado expresamente en el artículo 30 del Decreto Constitucional para la Libertad de América Mexicana, expedido en Apatzingán en 1814 y según el cual: "todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpado".⁵⁰

La posibilidad de aplicar una medida restrictiva de la libertad es un derecho en favor de las autoridades penales, de manera que es perfectamente factible que se pudiera establecer que en ciertos delitos no impliquen para las personas a las que se les atribuye, la aplicación de tales medidas restrictivas de la libertad.

⁵⁰ FIX ZAMUDIO, REF. CITA, "Detención", en "El Poder Judicial Mexicano".

Al lado de las excepciones que podría establecer el legislador ordinario al restringir la facultad constitucional de las autoridades, debe mencionarse que tampoco podrá aplicarse medida restrictiva de la libertad a quienes sólo se les impute ser sujetos responsables de deudas de carácter puramente civil. Pues aun cuando el legislador secundario pudiera establecer sanciones de carácter corporal para este tipo de conductas, tal sanción sería contraria al propio texto constitucional, que prohíbe la prisión por deudas de carácter puramente civil.

Quedan excepcionados igualmente de sufrir medidas restrictivas de la libertad, aquellas personas en cuyo favor concurra una causa de inviolabilidad o de inmunidad. En el caso de los inmunes, creemos que la inmunidad se apoya más en la prohibición de medidas cautelares restrictivas de la libertad, que en el proceso mismo. Esto significa que podría ser explicable que un inmune esté procesado, pero no privado de la libertad.

Los casos en que se permite la medida restrictiva de la libertad personal, se dice que son de dos tipos: la detención y los de prisión preventiva. Como medios de detención se encuentran la orden de aprehensión, flagrancia y caso urgente. El único caso de prisión preventiva, tenemos al auto de formal prisión, también conocido como reclusión preventiva.

En este capítulo sólo estudiaremos a la orden de aprehensión materia de este trabajo de investigación. Y comenzaremos hablando de que esta es la providencia cautelar, dispuesta por el tribunal, para que por conducto de un ejecutor sea presentada físicamente una persona con el fin de lograr los aseguramientos propios que las medidas privativas de libertad implica (asegurar eventual condena, presencia al proceso, impedir destruya pruebas, etc.).

El vocablo aprehensión deriva de prehendo, prehendere, prehendi, que significa tomar, asir, coger. En el caso del procesado penal, consiste en asir a una persona aun contra su voluntad, y llevarla ante el tribunal que la reclama.

La orden de aprehensión desde el punto de vista dogmático, es "una situación jurídica", "un estado, un modo de lograr la presencia del imputado en el proceso".⁵¹

Desde el punto de vista procesal, es una resolución judicial en la que, con base en el pedimento del Ministerio Público y satisfechos los requisitos del artículo 16 Constitucional, se ordena la captura de un sujeto determinado, para que sea puesto, de inmediato, a disposición de la autoridad que reclama, lo requiere, con el fin de que conozca todo lo referente a la conducta o hecho que se le atribuye.

⁵¹ DOMINGO ESCOBAR. La Prisión preventiva. 2da. Ed. México, D.F., 1971.

La orden de aprehensión contrasta con el arresto, procedimiento administrativo de privación de la libertad, menos riguroso, porque tiene carácter provisional y puede llevarse a cabo sin orden de la autoridad judicial. Es una forma de coerción represiva limitada a un tiempo determinado. Puede ser que el arresto se llevara a cabo también con orden de un juez de lo civil o emanado de otra autoridad, pero siempre es perentorio.

La orden de aprehensión, señala García Ramírez, "no especifica por sí el periodo de aprehensión, sino que ésta resulta de otros actos del proceso".⁵²

Uno de los principios es la Legalidad, tratándose de la orden de aprehensión debe reunir este principal e importantísimo principio, ya que la legalidad se finca en lo emanado por la ley, en este caso por mandamiento de nuestra Suprema Constitución en la cual el artículo 16 Constitucional menciona los requisitos que deben satisfacer; una vez que se haya reunido éstos contará con este esencial principio. Pero no debemos olvidar que la legalidad no termina sólo con la reunión de estos requisitos sino, que además debe efectuarse también como lo manifiestan la Constitución y demás Códigos Procesales para cada Estado, para que el acto privativo de libertad este dotado de forma legal.

Otro principio es el de Obligatoriedad, este principio se emana de la autoridad judicial, todo lo ordenado por esta figura adquiere este principio, el ser obligatorio quiere decir, que una disposición, mandato, orden que emane de un órgano de autoridad, obliga a cumplimiento, con la amenaza explícita o implícita, de procederse a su ejecución en caso de que esta obligación quede desatendida por aquellos quienes corresponde cumplirla espontáneamente. En el caso de la orden de aprehensión una vez solicitada por el Agente Investigador del Ministerio Público y ordenada por el juez, por el sólo hecho de provenir de una autoridad judicial revestida de poder y dotado de éste por el Poder Judicial adquiere el carácter de Obligatorio.

El principio de Inmediación también reviste a la orden de aprehensión en el hecho de que, el Ministerio Público debe dirigirse a la autoridad Judicial que es el Juez para hacer ese pedimento del cual se ordena tal detención privativa de la libertad. Este principio trata de que el órgano jurisdiccional obtenga el conocimiento a través del sujeto de la relación procesal, en este caso del Ministerio Público, para que pueda pronunciar dicha orden.

La competencia es otro principio que rige a la orden de aprehensión, la potestad que tenga determinada autoridad de ordenarla, este principio es importante porque dicha autoridad debe estar facultada dependiendo de su jurisdicción, grado, materia etc. En el caso de que no sea competente se estaría violando los derechos del Gobernado.

⁵² DERECHO PROCESAL PENAL, PÁG. 386. DE. SEQUE, S.A., MEXICO, D.F. 1974.

El principio de escritura es otro de los requisitos que emanan de la Constitución, se traduce en la materialización de la orden hecha por la autoridad judicial la cual debe estar motivada y fundamentada.

3.2 LA ORDEN DE APREHENSIÓN Y EL ARTICULO 20 CONSTITUCIONAL.-

Para que se pueda dictar la orden de aprehensión debe reunir los siguientes requisitos: I.- Que exista una denuncia o querrela; II.- Que la denuncia o la querrela sean sobre un delito que se sancione con pena corporal; III.- Que la denuncia o la querrela estén apoyadas bajo protesta de digna fe, o por datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado; IV.- Que la solicitud la haga el Ministerio Público.

De manera general mencionamos estos requisitos ya que en el capítulo siguiente los analizaremos con mayor atención.

El legislador mexicano toma un criterio cuantitativo para la determinación de las penas, al señalar que no procederá la orden cuando se trate de delitos sancionados con pena no corporal.

La denuncia o querrela siempre debe ir acompañada de un tercero digno de fe y bajo protesta de decir verdad; pero si no es posible que así sea, para aquéllas operen legalmente, será suficiente que estén apoyadas en datos bastantes sobre la probable responsabilidad del inculpado.

No será fundamento impeditivo para el obsequio de la orden, el que la consignación llevada a cabo por el Ministerio Público haya equivocado la denominación que debe darse al delito, pues si los hechos tipifican una conducta ilícita, el juez deberá calificarla debidamente.

Tampoco servirá de base para la negativa, que no se cite el nombre completo del individuo a quien debe aprehenderse; bastará señalar su primer nombre o en defecto de éste, sus apellidos, o todos aquellos datos que hagan posible la identificación del sujeto.

En general, la orden de aprehensión se dicta previa solicitud del Ministerio Público, cuando están satisfechas las exigencias del artículo 16 Constitucional.

Sobre el inicio de la Averiguación Previa contiene nuestras leyes sendas prevenciones que tienden a asegurar, en la mayor medida posible, el respecto a los derechos del individuo y la debida persecución de los delitos.

La exigencia de que funcionarios de la Policía Judicial, agentes de éstas y auxiliares del Ministerio Público procedieran de oficio a la investigación de los delitos de que tuviera noticia, dando cuenta de inmediato al Ministerio Público si las diligencias no se hubiesen iniciado ante éste; éstas están enumeradas en los artículos siguientes del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Veracruz: Artículo 115.- Los funcionarios y agentes de la Policía judicial están obligados a proceder de oficio a la investigación de los delitos de que tenga noticia, excepto en los casos siguientes: I.- Cuando se trate de delitos en los que solamente se pueda proceder por querrela necesaria, si ésta no se ha presentado; II.- Cuando la ley exija algún requisito previo, si éste no se ha llenado. Si el que inicia una investigación no tiene a su cargo la función de proseguirla, dará inmediatamente cuenta al que corresponda legalmente practicarla. El artículo 117.- Toda persona que tenga conocimiento de la comisión de un delito que deba perseguirse de oficio, está obligada a denunciarlo ante el Ministerio Público y en caso de urgencia ante cualquier funcionario o agente de la policía. El artículo 118.- Toda persona que en ejercicio de funciones públicas tenga conocimiento de la probable existencia de un delito, que deba perseguirse de oficio, está obligada a participarlo inmediatamente al Ministerio Público, transmitiéndole todos los datos que tuviere, poniendo a su disposición desde luego a los inculcados, si hubieren sido detenidos.

Aquí aparece, la constante y no siempre existosa reiteración de un principio Constitucional; la Policía Judicial se halla bajo el mando y la autoridad del Ministerio Público al referirse el artículo 21 Constitucional de la siguiente forma: " La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliará con la policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato".

Se ha manifestado una serie de propuestas para cambios en la ley procesal para evitar detenciones arbitrarias, con ellas se busca tener una Policía Judicial ejemplar, fortalecer los sistemas de formación y estímulo, y paralelamente, los de control y sanción. Por tal motivo se ha establecido en el artículo 16 Constitucional párrafo segundo que " no podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que proceda denuncia, acusación o querrela . . .".

La orden y el acto de detención reviste suma importancia jurídica y práctica, para el inculcado y, en general, para el debido desahogo de procedimiento penal. Esta materia se encuentra regulado por el artículo 16 Constitucional y en términos generales, este precepto sólo autoriza la privación de la libertad del inculcado cuando haya flagrancia, urgencia y orden judicial de aprehensión.

El artículo 124 del Código de Procedimiento Penales para el Estado de Veracruz, en su párrafo cuarto dice: "Queda prohibido detener a cualquier persona, sin orden de aprehensión librada por autoridad judicial competente, excepto cuando se trate de delito flagrante o de casos urgentes en que no haya en el lugar alguna autoridad judicial y siempre que se trate de delitos que se persiguen de oficio, conforme a lo dispuesto por el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Sólo el Ministerio Público puede, con sujeción a este precepto, determinar qué personas quedarán en calidad de detenidas, sin perjuicio de las facultades que correspondan al Juez o tribunal de la causa. La violación de esta disposición hará penalmente responsable al Ministerio Público o funcionario de policía que decreta la detención. La persona detenida en contravención a lo previsto de este artículo será puesta inmediatamente en libertad".

El artículo 128 del mismo ordenamiento establece: "El ministerio Público determinará qué persona o personas quedarán retenidas; y realizará, cuando así proceda, la consignación ante los tribunales, dentro del término de cuarenta y ocho horas, contadas a partir de que haya sido puesta a su disposición. Cuando se trate de delincuencia organizada, dicho término podrá duplicarse".

Se considera que existe delincuencia organizada cuando tres personas o más se reúnan para cometer de modo violento o reiterado o con fines predominantemente lucrativos, alguno de los delitos señalados en el Código Penal. El Ministerio Público bajo su absoluta responsabilidad, dentro de las cuarenta y ocho horas, dictará acuerdo fundado y motivando la duplicación del término".

El artículo 130 del mencionado Código establece: "Cuando el inculcado fuere detenido o se presentare voluntariamente, independientemente de lo señalado en el artículo 125 de este Código, se procederá de inmediato de la siguiente forma: I.- Se hará constar el día, hora y lugar de su detención, en su caso, así como nombre y cargo de quienes la practicaron; II.- Se le hará saber la imputación que existe en su contra y en su caso, el nombre del denunciante, así como los siguientes derechos: a) El de comunicarse inmediatamente con quien estime conveniente; b) El de designar sin demora, persona de su confianza para que lo defienda, quien tendrá derecho a conocer la naturaleza y causa de la acusación; c) El de no declarar en su contra y de no declarar si así lo desea; y d) En su caso, el derecho de obtener la libertad bajo caución o el arraigo domiciliario en los términos del artículo 129 de éste Código. III.- Cuando el detenido fuere un indigena que no hable castellano, se le designará sin demora, un traductor quien le hará saber los derechos a que se refiere la fracción anterior. Si se tratare de un extranjero, la detención se comunicará de inmediato a la representación diplomática o consular que corresponda. IV.- El Ministerio Público recibirá las pruebas que el detenido o su defensor aporten dentro de la averiguación prevista y para los fines de ésta; y V.- En todo caso, se mantendrán separados a los hombres y a las mujeres en los lugares de detención. Cuando se determine la internación de alguna persona en un hospital u otro establecimiento similar, deberá indicarse el carácter con que sea su ingreso, lo que se comunicará a los

encargados del establecimiento respectivo; si no se hiciere esa indicación, se entenderá que sólo ingresa para su curación.

El artículo 135 del Código en mención dice: " Tan luego como aparezca de la averiguación previa que se ha llenado los requisitos que exige el artículo 16 de la Constitución General de la República, para que pueda procederse a la detención de una persona, se ejercitará la acción penal señalando los delitos que la motiven. No será necesario que se llenen los requisitos que exige el precepto constitucional citado, cuando el delito no merezca sanción privativa de libertad o el Ministerio Público estime conveniente ejercitar desde luego la acción. También hará consignación el Ministerio Público ante los tribunales, siempre que de la averiguación resulte necesaria la práctica de una cateo.

El artículo 136 del ordenamiento señalado anteriormente: " Al recibir el Ministerio Público diligencias de averiguación previa, si hubiere detenidos y la detención fuere justificada hará inmediatamente la consignación a los tribunales. Si fuere injustificada, ordenará que los detenidos queden en libertad. Cuando el delito merezca pena alternativa o no privativa de libertad se dispondrá la libertad, sin necesidad de caución y sin perjuicio de pedir el arraigo correspondiente".

Artículo 137 del mismo ordenamiento señala: "En ejercicio de la acción penal corresponde al Ministerio Público: II.- Solicitar las órdenes de comparecencia para preparatoria y las de aprehensión que sean procedentes ".

El vocablo *Consignación* proviene del verbo *consigno, consignare*, significa sellar, firmar, certificar, anotar, registrar, etc. En el campo jurídico, significa además de depositar, entregar, dejar a disposición algo. Es esta última acepción de la palabra *consignación* la que se utiliza en el proceso penal: dejar subjudice , o casi siempre detenida a disposición del tribunal, a una persona. En el Proceso Penal resulta entonces que *Consignación* significa dejar a disposición del tribunal su persona.

El artículo 20 Constitucional fracción II establece: " Se le hará saber en audiencia pública y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador. . .".

Resulta siempre que aun cuando en la práctica casi siempre coincide el momento en que el Ministerio Público promueve la acción, con la consignación, no siempre ni necesariamente coinciden en el tiempo. Supóngase, por ejemplo: el caso en que se promueve la acción sin dejar a disposición del tribunal al sujeto pasivo del proceso, solicitando tan sólo se le mande hacer comparecer mediante orden de aprehensión o simple comparecencia.

El primer acto del tribunal, luego de la promoción de la acción, se traduce en la resolución denominada Radicación o también Auto de Cabeza de Proceso.

En el auto de radicación, el juez por sí y como representante del órgano, revisa (para radicar) los presupuestos procesales. Así, la radicación implica revisar la competencia, las formalidades incluso la falta de impedimentos.

En la legislación Mexicana impera actualmente que la radicación de un proceso sólo puede hacerla el tribunal a instancia del Ministerio Público, al promover la acción.

La radicación implica que el órgano jurisdiccional se aboca al conocimiento del negocio que se le plantea, independientemente de que el tribunal específico al cual se acude, sea o no competente. Implica el análisis de los presupuestos procesales (exigir la válida constitución del proceso) y la existencia del interés como requisito de la acción.

Entre los diversos efectos que produce la resolución de inicio o radicación del proceso encontramos los siguientes:

a) Previene la competencia en favor del juzgado ante el cual se promueve la acción procesal, con base en el criterio competencial de la prevención. Así, el órgano judicial ante el que se promueva será el competente. Con fundamento en este criterio de prevención, las partes quedarán vinculadas a ese órgano específico.

b) Da inicio a la actividad judicial, pues se trata del primer acto del tribunal tendiente a la resolución del litigio que se le plantea. Ante la posibilidad de hecho de que el tribunal no resuelva sobre la radicación (guarde silencio), el acusador puede recurrir en queja ante el superior.

c) Implica el reconocimiento de la calidad de parte al Ministerio Público.

d) Impide la prosecución de un proceso por la llamada *actio calumniae*, hasta que el proceso concluya.

Luego de que el tribunal radica el proceso, normalmente hace una serie de razonamientos que pueden llevarlo a declarar que los hechos que se le someten son susceptibles de ser calificados como delitos y la aparente responsabilidad de alguna persona. A consecuencia de estas consideraciones, el tribunal ordenará la personación del gobernado.

La secuencia quedará así: 1.- radicación; 2.- previo examen de datos fácticos, 3.- calificación provisional de esos datos como delitos e inclusive los imputa o atribuye a una

persona, y 4.- ordena la personación, ya sea mediante orden de aprehensión o de simple orden de comparecencia.

La personación es consecuencia de la orden de apersonarse, que en el foro mexicano se denomina orden de comparecencia u orden de presentación. En los casos en que esta orden esté acompañada de una orden que imponga una medida cautelar restrictiva de la libertad, como es la detención, se le llama orden de aprehensión y detención.

Como decíamos anteriormente una vez consignado y radicado el auto, entramos a la fase de instrucción del procedimiento, dentro de este se encuentra la declaración preparatoria que es una diligencia en la que se reúnen por primera vez los sujetos principales del proceso penal. Cuya finalidad es que el inculcado conozca la razón de su procesamiento, que el instructor verifique la existencia de defensor y recibir, si así lo desea el procesado, su declaración. Su fundamento se encuentra en el artículo 20 Constitucional fracción III.

Es precisamente dentro de esta fase de declaración preparatoria en donde se le hacen saber sus derechos constituidos en el artículo 20 Constitucional y párrafo cuarto del artículo 150 del Código de procedimiento Penal para el Estado de Veracruz, que son los siguientes:

I.- Inmediatamente que lo solicite, el juez deberá otorgarle la libertad provisional bajo caución, siempre y cuando no se trate de delitos en que, por su gravedad, la ley expresamente prohíba conceder este beneficio. En caso de delitos no graves, a solicitud del Ministerio Público, el juez podrá negar la libertad provisional, cuando el inculcado haya sido condenado con anterioridad, por algún delito calificado como grave por la ley, o cuando el Ministerio Público aporte elementos al juez para establecer que la libertad del inculcado representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características del delito cometido, un riesgo para el ofendido o para la sociedad.

El monto y la forma de caución que se fije, deberán ser asequibles para el inculcado. En circunstancias que la ley determine, la autoridad judicial podrá modificar el monto de la caución. Para resolver sobre la forma y el monto de la caución, el juez deberá tomar en cuenta la naturaleza, modalidades y circunstancias del delito; las características del inculcado y la posibilidad de cumplimiento de las obligaciones procesales a su cargo, los daños y perjuicios causados al ofendido; así como la sanción pecuniaria que, en su caso, pueda imponerse al inculcado.

II.- No podrá ser obligado a declarar. Queda prohibida y será sancionada por la ley penal, toda incomunicación, intimidación o tortura por la ley penal. La confesión rendida ante cualquier autoridad distinta del Ministerio Público o del juez o ante éstos sin la asistencia de su defensor carecerá de todo valor probatorio;

III.- Se le hará saber en audiencia pública, y dentro de las cuarenta y ocho horas siguientes a su consignación a la justicia, el nombre de su acusador y la naturaleza y causa de la acusación, a fin de que conozca bien el hecho punible que se le atribuye y pueda contestar el cargo, rindiendo en este acto su declaración preparatoria;

IV.- Siempre que lo solicite, será careado en presencia del juez con quienes depongan en su contra;

V.- Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca, concediéndosele el tiempo que la ley estime necesario al efecto y auxiliándosele para obtener la comparecencia de las personas cuyo testimonio solicite, siempre que se encuentren en el lugar del proceso;

VI.- Será juzgado en audiencia pública por un juez jurado de ciudadanos que sepan leer y escribir, vecinos del lugar y partido en que se cometiere el delito, siempre que éste se pueda ser castigado con una pena mayor de un año de prisión. En todo caso serán juzgados por un jurado los delitos cometidos por medio de la prensa contra el orden público o la seguridad exterior o interior de la Nación;

VII.- Le serán facilitados todos los datos que solicite para su defensa y que consten en el proceso;

VIII.- Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión, y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa;

IX.- Desde el inicio de su proceso será informado de los derechos que en su favor consigna esta Constitución y tendrá derecho a una defensa adecuada, por sí, por abogado, o por persona de su confianza. Si no quiere o no puede nombrar defensor, después de haber sido requerido para hacerlo, el juez le designará un defensor de oficio. También tendrá derecho a que su defensor comparezca en todos los actos del proceso y éste tendrá obligación de hacerlo cuantas veces se le requiera; y

X.- En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención, por falta de pago de honorarios de defensores o por cualquiera otra prestación de dinero, por causa de responsabilidad civil o algún otro motivo análogo.

Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva, por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso.

En toda pena de prisión que imponga una sentencia, se computará el tiempo de la detención.

Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan; lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna.

En todo Proceso Penal, la víctima o el ofendido por algún delito, tendrá derecho a recibir asesoría jurídica, a que se le satisfaga la reparación del daño cuando proceda, a coadyuvar con el Ministerio Público, a que se le preste atención médica de urgencia cuando la requiera y, los demás que señalen las leyes.

3.3 OTRAS FORMAS DE DETENCION.-

Otra de las forma de detención es la flagrancia, la urgencia y la orden de cateo. Las estudiaremos cada una, y comenzaremos con la Flagrancia, que es otro supuesto o vía para lograr la detención preventiva. El término proviene de flagrancia, *flagrantiae*, cuyo significado es arder, brillar, estar flameante, incandescente, y que metafóricamente al pasar al derecho y aplicarse al delito, significa resplandeciente, o actualidad del delito.

Como se advertirá, la idea o concepto de flagrancia supone la íntima relación entre un hecho considerado como delictuoso y su autor, aunado al elemento sorpresa.

"El arresto de flagrancia - apunta Manzini - es el acto con el que una persona es sorprendida mientras está cometiendo un delito o en un estado declarado equivalente por la ley, la priva provisionalmente de su libertad personal un sujeto autorizado, para ponerla a disposición de esa misma autoridad".⁵³

Nuestro texto constitucional establece como regla general, que sólo mediante orden de aprehensión proveniente de la autoridad judicial se aplicará la medida cautelar restrictiva de la libertad, pero dentro de las reglas específicas, que derogan a la citada general, nos encontramos que también el propio texto constitucional indica como excepción, en los casos del delito flagrante, cualquier persona podrá prender al delincuente y sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata, y ésta con prontitud, al Ministerio Público. Esto es, no sólo el tribunal podrá aplicar la medida cautelar sino también un particular la puede ejecutar.

Así pues el artículo 16 Constitucional en su párrafo cuarto establece: " En los casos de delito flagrante, cualquier persona puede detener al indiciado poniéndolo sin demora a

⁵³MANZINI VICENZO, Tratado de Derecho Procesal Penal, t. III, pag. 111.

disposición de la autoridad inmediata y está, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público".

La flagrancia entendida como requisito, resulta importante en nuestro sistema porque: a) puede dar lugar a la detención sin orden de aprehensión de autoridad judicial o del Ministerio Público; b) ser un requisito en los juicios militares para que pueda abrirse un juicio de guerra extraordinario.

La medida cautelar no es la flagrancia o actualidad del delito, sino la detención preventiva. La flagrancia, **en el mejor** de los casos, es una de los requisitos, **que aunado** a la potencial pena privativa, puede dar lugar a la ejecución de una medida cautelar restrictiva de la libertad personal.

Por la posibilidad de ejecutar la medida cautelar aun desde antes de que se inicie el proceso, tal medida resulta metaprocesal y debe convalidarse por la autoridad. A este respecto, en el caso de que unapersona sea privada de su libertad por parte de quien no es autoridad, ésta quedará a disposición del Ministerio Público, el cual deberá ratificar o descalificar la detención. Por su parte la Constitución establece que al pasar el detenido ante el juez, éste debe, en su caso ratificar la detención.

Cuando el legislador admite esta forma de detención, lo hace por la "urgencia", que es una de las características, no sólo de ésta, sino de toda medida cautelar. De aquí, que con motivo de este tipo de urgencia y la cercanía temporal con el delito, se faculta aun cualquier particular, para ejecutar sin orden de autoridad judicial o del Ministerio Público, la medida restrictiva de la libertad física.

Aunque la flagrancia delictiva está fuera del proceso, a nuestra asignatura le interesa por su conexión con la medida de cautela.

La existencia de tres tipos o clases de flagrancia se afirma no sólo por la ley, sino también por los estudiosos. Esta clasificación atiende al grado de alejamiento de la conducta delictuosa, e incluye: a)Flagrancia estricta; b)Cuasiflagrancia; c)Presunción de flagrancia.

La flagrancia estricta se da cuando el sujeto detenido es sorprendido en el momento mismo de estar ejecutando o consumando la conducta delictiva. Su concepto se encuentra vinculado con las fases consumativas o ejecutivas de un delito; es decir, en el iter criminis.

Un ejemplo de este caso es en el momento en que un sujeto es sorprendido manteniendo secuestrada a una persona, en ese momento podrá ser detenido.

La cuasiflagrancia se da cuando una persona podrá ser detenida aún después de que ejecutó o consumó la conducta delictiva, pero siempre y cuando no se le haya perdido de vista y aún haya sido perseguida desde la realización del hecho delictuoso.

Aunque ya se ha pasado la consumación, aparece la otra especie de flagrancia, decía Julio Acero, cuando "no deje de prevalecer siempre como exigencia principal, la racional proximidad del tiempo de la ejecución del delito, para que se considere que su impresión subsiste íntegra y clara como tema de estricta actualidad".⁵⁴

Un ejemplo de esto es, un sujeto ha robado un bien. Aunque fue visto cuando robaba, no fue detenido en ese momento, sino que luego de echar correr; quien o quienes lo vieron robar lo siguen, para prenderlo más adelante.

En la presunción de flagrancia, el individuo ni ha sido prendido al ejecutar o consumir el delito, y tampoco ha sido perseguido luego de cometido. Aquí, sólo existen datos que hacen factible pensar que ese sujeto fue el autor. El encontrarle en su poder la cosa robada, o el arma ensangrentada, implica una presunción de flagrancia.

Un ejemplo de presunción de flagrancia es al llegara nuestra casa, vemos cerca de ella a un individuo que carga nuestro televisor. Aunque no lo vimos el momento consumativo, si concurre una presunción: la de encontrar en poder de otro nuestro televisor robado.

Algunas formas de flagrancia pueden darse en el desarrollo del mismo proceso. Así, se consignará inmediatamente al Ministerio Público al testigo de quien con fundamento se sospecha que ha incurrido en falsedad. También puede ser caso de flagrancia el hecho de que el jurado no manifieste el impedimento que tenga para hacerlo, cuando se le interrogue sobre ellos, o indique tener uno que en rigor no presenta. . . Otro caso de flagrancia se presenta, cuando un jurado se niega a rendir la protesta que corresponde con lo que incurre en delito de desobediencia.

No establece nuestra ley la facultad de arrestar in fraganti a aquellas personas respecto de las cuales se sospeche o sabe que van a cometer un delito, como existe por ejemplo en Tailandia.

El otro caso de excepción a la regla, según la cual sólo un tribunal puede ordenar la detención preventiva, es el denominado por nuestra Constitución como CASO URGENTE.

Aquí también un agente de la autoridad administrativa podrá ordenar la detención provisional, siempre que

en el lugar "no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia". El único agente de la autoridad administrativa que puede ordenar tal detención, es el Ministerio Público. Cabe recordar que antes de las reformas constitucionales de 1993, cualquier agente de autoridad podía ordenar este tipo de detenciones.

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

Este caso excepcional, hasta antes de las reformas constitucionales de 1993, poseía un elemento difícil para su interpretación, como era definir "caso urgente". De aquí que Burgoa se haya pronunciado en su contra, señalando que tal fórmula "abre un ilimitado campo propicio al subjetivismo de las autoridades administrativas, incluyendo dentro de su tipo funcional y orgánico al Ministerio Público, para atentar contra la libertad personal de los gobernados".⁵⁵

El mismo Burgoa continuaba expresando que " el artículo 16 constitucional prohíba el criterio subjetivo y hasta arbitrario de la autoridad administrativa para determinar la urgencia de un caso y ordenar, por consecuencia, la detención de una persona, pudiendo afirmarse que, merced a las salvedad de que tratamos, se vuelva nugatorio el principio general de que sólo por decisión judicial procede la aprehensión. En otras palabras, al establecer la excepción del caso urgente, el artículo 16 Constitucional se suicida en lo que respecta al mencionado principio".⁵⁶

Cabe advertir que la detención por caso urgente sólo procede cuando se trate de un delito "grave", es decir, no de cualquier delito. A este respecto la Constitución establece que la gravedad será calificado por la ley, y no por el aprehensor.

Al respecto, la ley dispone que se consideran graves para los efectos de la detención por caso urgente, diversos delitos que se listan en el artículo 13 del Código Penal para el Estado de Veracruz. Un ejemplo de estos es el homicidio, que se refieren los artículos 109, 110, 111 y 112 del mismo ordenamiento.

En realidad, lo urgente es característica de toda medida cautelar, el problema de interpretación del artículo 16 Constitucional, es que dio el nombre de la receta, pero no enumeró los ingredientes. Aquí se define la urgencia dentro de una sospecha

⁵⁵BURGOA, IGNACIO, Los Garantías Individuales, pp. 111.
⁵⁶Ibid., páj. 68.

de fuga fundada en actos tangibles que la revelen. A este respecto la Constitución establece: " ante riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse a la acción de la justicia".

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

El artículo 16 Constitucional en su párrafo octavo establece: " En toda orden de cateo, que sólo la autoridad judicial podrá expedir y que será escrita, se expresara el lugar que ha de inspeccionarse, la persona o personas que hayan de aprehenderse y los objetos que se buscan, a lo que únicamente debe limitarse la diligencia...."

Este fundamento nos conduce a declarar que la orden de cateo sirve en muchas ocasiones no sólo para inspeccionar sino para detener o aprehender a personas. Esto es a ponerlas en su disposición. Por tal motivo creemos que esta es otra de las formas de detención que existe en nuestro sistema mexicano.

Cuando se desobedece un llamado del órgano jurisdiccional para la práctica de alguna diligencia en la que es necesaria la presencia del procesado, a quien se pueda hacer presentar por medio de la fuerza pública (generalmente por la Policía Judicial).

Como medida de carácter disciplinario de que dispone el juez para hacer cumplir sus determinaciones (ARRESTO). El arresto es un procedimiento de restricción a la libertad menos riguroso que la captura o aprehensión, en virtud de que tiene un carácter perentorio y no siempre emana de la autoridad judicial.

Es una forma de coerción represiva limitada a un tiempo determinado y que de acuerdo con lo preceptuado legalmente, no debe exceder de un término de quince días.

Aquí debemos hacer mención de la diferencia que existe entre la orden de aprehensión y la orden de comparecencia, captura y acompañamiento. La diferencia que existe de la orden de citación o comparecencia, es que es una resolución del tribunal con los mismos prerequisites de la orden de aprehensión sólo que esta potencial sanción que podría aplicarse no es privativa de la libertad y en esta orden va dirigida por el tribunal directamente a la persona que ha de comparecer pues, en la orden de aprehensión va dirigida a un tercero que será el ejecutor (policía judicial). Además en la aprehensión se emplea la fuerza, el constreñimiento, en tanto que en el primero (comparecencia), se trata de una invitación obligatoria; esto es, que intima o apercibe al citado para que comparezca por sí sólo.

El mandato de comparecencia es en sustancia un decreto de citación al imputado. "Consiste en el mandamiento del

juez penal, o de otra autoridad revestida del relativo poder jurisdiccional, con que se pone obligación al imputado de presentarse ante el eminente en lugar, día y hora determinados: orden sancionada mediante conminatoria de la emisión de mandato de acompañamiento si el imputado no se presenta sin un impedimento legítimo"⁵⁷.

Atendiendo a la continuación de la custodia que puede seguir a la orden de aprehensión, deben diferenciarse las siguientes resoluciones:

a) La orden de aprehensión que irá acompañada, además, de la detención del sujeto. Es decir, deberá el sujeto quedar recluido o detenido preventivamente, aun después de ejecutada la aprehensión. Aquí continuará la custodia, y se llama orden de detención u orden de captura.

En este punto, cabe recordar que los estudiosos se detienen a diferenciar la orden de aprehensión de la orden de detención. Así, se considera aprehensión el acto mismo de captura, el hecho real de apoderamiento, en tanto que la detención es un estado que casi siempre sigue a la aprehensión. Se trata de un estado de custodia, bajo privación de la libertad. Cabe, no obstante, advertir que no siempre después de la aprehensión se da la detención, como en el caso siguiente.

b) La orden de acompañamiento, que se constriñe en acompañar el sujeto al ejecutor, quien lo escolta y custodia para que se presente ante el tribunal, una vez realizado el acto procesal para el que fue llamado, sin que quede privado de su libertad. A ésta puede llamársele orden de acompañamiento o de escolta. Aquí la custodia no continúa.

"El mandato de acompañamiento- dice Manzini- es un decreto del juez o de otra autoridad revestida del relativo poder jurisdiccional, consistente en el mandamiento impartido por ese mismo juez a los oficiales y agentes de la policía judicial o de la fuerza pública para que conduzca a su presencia al imputado, si hace falta hasta mediante el empleo de la fuerza".⁵⁸.

Para un mejor entendimiento de lo anterior debemos decir que la orden de aprehensión tiene las siguientes características: Tiene una pena potencial que puede ser corporal o privativa de la libertad; se dirige a un tercero para que la ejecute; autoriza el empleo de fuerza o contraheimiento; luego de la aprehensión sobreviene la custodia (detención). La orden de citación o comparecencia tiene las siguientes características: Tiene como pena potencial no corporal ni privativa de libertad; se dirige directamente al citado; íntima o apercibe que comparezca por sí solo; no implica custodia posterior. Y finalmente la orden de acompañamiento o escolta tiene las siguientes características: Pena

⁵⁷MANZINI, VICERONDI, *Tratado de Procedimiento Penal*, tomo I, párrafo 100.
⁵⁸Idem, párrafo 101.

no corporal ni privativa de la libertad; se dirige a un tercero para que se haga comparecer al citado; puede emplear la fuerza o el constreñimiento; el sujeto sólo es custodiado hasta su presentación.

A) JURISDICCION PARA EFECTUAR LA ORDEN DE APREHENSION. -

Antes de empezar a desarrollar este tema debemos de decir que entendemos por jurisdicción. Para Alcalá-Zamora sostuvo que "Por jurisdicción podía entenderse: función desenvuelta por el Estado para a) conocer, b) en su día decidir y c) en su caso, ejecutar la sentencia firme emitida con carácter imperativo por un tercero imparcial, instituido por aquél y situado supra partes, acerca de una o más pretensiones litigiosas deducidas por los contendientes y canalizadas ante el juzgador a través del correspondiente proceso, en el que podrían haber mediado también actuaciones preliminares o asegurativas".⁵⁹

Manzini, considerado uno de los más grandes procesalistas penales italianos, expuso que " la jurisdicción es la función soberana que tiene por objeto establecer, a demanda de quien tenga deber o interés en ello (acción), si en el caso concreto es o no aplicable una determinada norma jurídica y puede darse o no ejecución a la voluntad manifestada por ella; función cuyo ejercicio, en las materias penales, está exclusivamente reservada a órganos del Estado instituidos con las garantías de la independencia y de la imparcialidad (jueces) y está garantizado mediante determinadas formas (procesos, coerción indirecta)".⁶⁰

Algunas de las manifestaciones de la jurisdicción de los jueces son las resoluciones judiciales y estos son los pronunciamientos que hacen los jueces y tribunales a través de los cuales acuerdan determinaciones de trámite o deciden cuestiones planteadas por las partes, incluyendo la resolución de fondo del conflicto⁶¹.

Según la ley distrital, las resoluciones se clasifican en decretos, sentencias y autos. Los decretos se refieren a simples determinaciones de trámite; sentencias, si terminan la instancia resolviendo el asunto principal controvertido; y autos, en cualquier otro caso". (art. 71 Código Penal para el Distrito Federal).

Ya entrando en nuestro tema y una vez acarado lo que significa jurisdicción; debemos afirmar que según la Constitución son los jueces los que pueden dictar las ordenes de aprehensión, no el ministerio público, no obstante, este último

59. ALCALÁ-ZAMORA Y MARTÍNEZ-BUENO, "CUESTIONES DE JURISDICCION PENAL", p. 107 y ss.
 60. MANZINI, "CUESTIONES DE JURISDICCION PENAL", p. 107 y ss.
 61. MARTÍNEZ-BUENO, "CUESTIONES DE JURISDICCION PENAL", p. 107 y ss.

queda facultado por las leyes secundarias para aprehender y detener en los casos de flagrantes delito y casos urgentes.

Como mencionamos anteriormente en el caso de flagrantes delito es cuando se aprehende a un sujeto cometiendo el delito, y en este caso existe una salvedad al artículo 14 Constitucional, ya que puede ser detenido por cualquier persona para ponerlo en disposición de la autoridad sin que se haya emitido las ordenes de aprehensión correspondientes. Otro de los casos es el urgente que por temor a la sustracción de la justicia o por delito de los considerados como graves es aprehendido o detenido un sujeto o persona sin necesidad de que se hayan reunido los requisitos constitucionales para emitir dicha orden.

Aquí podemos concluir diciendo que son los tribunales los que tiene la jurisdicción de emitir las ordenes de aprehensión, siempre y cuando se reúnan los requisitos Constitucionales que se exigen, para que no existan violaciones a las garantías individuales que todo hombre gozamos.

3.4 LA ORDEN DE APREHENSION Y SU EJECUCION. -

A) PEDIMENTOS DEL MINISTERIO PUBLICO EN EL OFICIO DE CONSIGNACION. -

Mediante la promoción de la acción por el actor, el sujeto activo del proceso- Ministerio Público- acude ante organos jurisdiccionales formalizando el primer acto del ejercicio de la acción, esto es, provocando la función jurisdiccional por ocasión primaria. Adviértase que según esta idea, a la promoción de la "acción activa" le es indiferente que exista o no algún detenido. Para iniciar la acción no es necesario que se envíe o no detenida a alguna persona a disposición del tribunal.

En el vocablo consignación encontramos polisemia, es decir, un gran variedad de significados. Derivada originariamente del verbo latino consigno, consignare que significa sellar, firmar, certificar, anotar, registrar, etcétera. En el campo jurídico, significa además depositar, entregar, dejar a disposición algo.

Es esa última acepción de la palabra consignación la que se utiliza en el proceso penal, dejar subjudice, o casi siempre detenida a disposición del tribunal, a una persona. En el proceso penal resulta entonces que consignación significa dejar a disposición del tribunal su persona.

La consignación o ejercicio de la acción penal que lleva a cabo el Ministerio Público consignador ante el juez, es un acto más de naturaleza administrativa, y esto se desprende

atendiendo tanto al órgano que la realiza por la discrecionalidad de sus actos que le permiten decidir si procede una consignación o no, como por no existir algún recurso judicial que pueda hacer valer el interesado ante su negativa de no ejercitar la acción penal, ya que para estos casos sólo existe el recurso administrativo de acudir al procurador, quien será el que definitiva resolverá sobre su procedencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 134 de Código de Procedimientos Penales para el Estado de Veracruz.

El acto consignatorio presenta, además, la característica de ser informal, por no requerir su formulación de requisitos especiales en cuanto a la forma de su elaboración, ni de palabras solemnes cuya omisión le pudiera restar validez, aunque es necesario advertir que jurídicamente debe estar fundado y motivado; entendiéndose por fundamentación, el señalar los preceptos legales del Código Penal que tipifiquen y sancionen el hecho delictuoso, mencionándose asimismo las leyes correspondientes en que se apoyan las facultades del Ministerio Público en el ejercicio de la acción penal, y la competencia del órgano jurisdiccional al cual se solicita la aplicación del Derecho al caso concreto que se le da a conocer; y por motivación, el dejar asentado en actuaciones las diligencias de investigación que acrediten la existencia del cuerpo del delito y la probable responsabilidad.

De igual manera, se puede decir que es un acto unilateral, autónomo e independiente, en razón de que lleva a cabo con la sola intervención del Ministerio Público consignador, no dependiendo en cuando a su ejercicio de ninguna autoridad o particular, lo que se deriva del monopolio del ejercicio de la acción penal que ejerce en forma absoluta de acuerdo con lo señalado por el artículo 21 Constitucional, que lo convierte en cierta forma en juzgador de los hechos delictuosos, quedando en consecuencia a su juicio (en muchas ocasiones) el destino que se le dará a las personas y objetos relacionados con el delito. De esta forma, el Ministerio Público, con las facultades de que se encuentra investido, puede llegar a juzgar más casos que la propia autoridad judicial al culminar sus investigaciones, determinando en algunos casos la consignación y en otros negándola, sin más argumentos que su propio juicio de los hechos; resolviéndose de esta manera la problemática de la criminalidad y la impartición de justicia, que en la mayoría de los casos queda a nivel de Averiguación Previa y en manos del Ministerio Público, como dueño exclusivo del ejercicio de la Acción Penal.

De igual forma, se hace necesario establecer si el ejercicio de la Acción Penal es un derecho o una obligación para el Ministerio Público. Se puede afirmar que de acuerdo con las facultades que se le han otorgado en el artículo 21 Constitucional, el ejercicio de la Acción Penal es una facultad inherente a la persecución del delito; sin embargo, tal facultad se halla impregnada de la obligatoriedad que debiene, en la misma forma, tanto del artículo 21 Constitucional, como del 16 de tal ordenamiento jurídico, por lo que en esencia el ejercicio de la Acción Penal es un derecho y una obligación del Ministerio Público, pues como órgano del Estado facultado para perseguir los delitos se subordina a la ley, ejercitando la Acción Penal cuando se desprenda de lo investigado que se han reunido los requisitos legales para

acudir ante el órgano jurisdiccional, solicitándole la aplicación de las consecuencias jurídicas al caso concreto.

El Ministerio Público al ejercitar la Acción Penal, puede hacerlo, según los hechos investigados, con detenido o sin detenido. En el caso de consignarse sin detenido, el delito de que se trate determinará que la consignación vaya acompañada de la orden de aprehensión o de comparecencia. Tratándose de delitos que se sancionan con pena privativa de libertad, la consignación se hará solicitándose la orden de aprehensión. Si el delito se sanciona con pena alternativa o pecuniaria, se solicitará la orden de comparecencia.

El Ministerio Público no podrá pedir se gire orden de aprehensión cuando el delito tenga pena pecuniaria o alternativa, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 16 constitucional a contrario sensu que a la letra dice: ". . . Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva . . .".

Al consignar por delito que merezca pena pecuniaria o alternativa, se hará sin detenido, solicitándose la orden de comparecencia; en todos los demás casos en los que se estipule pena corporal, se hará con el pedimento de la orden de aprehensión.

Si la consignación se hace con detenido, se le remitirá al reclusorio y se pondrá a su disposición del juez que corresponda, a quien se enviará las actuaciones de Averiguación Previa, juntamente con el pliego de consignación.

B) FORMA DE EJECUCION.-

La orden de aprehensión, e incluso las de reaprehensión y la de acompañamiento, se entregarán al Ministerio Público, para que por su conducto la ejecute la policía.

La orden no va dirigida al imputado, sino a un agente de la autoridad. El imputado no tiene obligación de presentarse; *nemo tenetur seipsun prode* (nadie está obligado a entregarse a sí mismo).

Tan luego como se logre la aprehensión, de inmediato (sin dilación alguna establece la Constitución) deberá la persona ser puesta a disposición del tribunal que la reclama. En caso de que el ejecutante no cumpla con esto, se hará acreedor de una sanción.

La Ley Federal en su artículo 295 indica que, estando reunidos los requisitos del artículo 16 Constitucional, el

tribunal librará orden de aprehensión contra el inculpado a pedimento del Ministerio Público, tal resolución contendrá una relación sucinta de los hechos, sus fundamentos legales al Ministerio Público para que ordene a la policía su ejecución. Es notable la diferencia de técnica entre el Código Federal y el Distrital en lo concerniente al inciso de la Acción Penal, puesto que el último hace referencia a la orden de aprehensión en una sección distinta del título segundo, mientras que en el Federal reúne todo lo concerniente a la privación de la libertad, lo que resulta más congruente.

Con referencia al momento en que se inicia el ejercicio de la Acción Penal, además de la Consignación, que se ha visto aparecer en el artículo 272 distrital como envío del detenido del acta, resulta de la acusación en virtud de la cual el juez dicta la orden de aprehensión.

Tratándose de delitos culposos, establece el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal (art. 272), el detenido será puesto a disposición del juez de manera directa, es decir, sin necesidad de quedar dentro de prisión. Esto con la finalidad de que pueda obtener la libertad bajo caución.

El artículo 129 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Veracruz establece: "En la Averiguación Previa haya detenidos y se trate de delitos culposos cometidos en el tránsito de vehículos o de delitos que sena de competencia de los juzgados municipales, se observarán las reglas siguientes:

I.- Cuando se trate de delitos culposos motivados por el tránsito de vehículos y siempre y cuando, el presunto responsable no se hallare en estado de ebriedad o bajo el influjo de estupefacientes u otras substancias que produzcan efectos similares, o se hubiese dado a la fuga y no auxiliare a la víctima, el Ministerio Público dispondrá la libertad del inculpado, si éste mediante caución suficiente que fije dicha Autoridad, garantiza no sustraerse a la acción de la justicia, así como el pago de la reparación de los daños y perjuicios que pudieran serle exigidos.

El Ministerio Público podrá negar la libertad cuando el probable responsable haya sido condenado con anterioridad por algún delito calificado haya grave o, cuando se cuente con elementos para establecer que su libertad representa, por su conducta precedente o por las circunstancias y características de la comisión del delito, un riesgo para el ofendido o para la sociedad. Las causas por las que se niegue la libertad caucional se expresará en un acuerdo que funde y motive la negativa.

Solicitada la libertad del presunto responsable, el Ministerio Público fijará de inmediato la garantía correspondiente, con los elementos existentes de la Averiguación Previa y, basándose en las disposiciones de carácter general que haya fijado el Procurador.

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

El Ministerio Público podrá hacer efectiva la garantía si el inculpado desobedeciere, sin causa justificada, las órdenes que dictare.

La garantía se cancelará y en su caso, se devolverá por el Ministerio Público, cuando se resuelva el no ejercicio de la acción penal. Consignado el caso, el Juez, podrá confirmar, modificar o revocar el beneficio concedido.

El término para resolver la situación jurídica del indiciado, comenzará a partir del momento en que éste se presente ante el Juez.

II.- Cuando se trate e delitos que sean de la competencia de los juzgados municipales, el presunto responsable tendrá derecho a quedar arraigado en su domicilio y bajo la custodia de otra persona, con sujeción a los requisitos siguientes:

a) Que, para los fines del arraigo domiciliario, tenga domicilio fijo, o señale uno, dentro del municipio en que haya ocurrido los hechos.

b) Que no existan datos que permitan suponer que el arraigado tiene interés en sustraerse a la acción de la justicia.

c) Que proteste presentarse ante el Agente del Ministerio Público, cuando esta autoridad lo disponga y que, quien ejercerá la custodia, se comprometa, bajo protesta, a presentarlo cuando para ello se le requiera.

d) Que garantice o repare daño que, celebre con el ofendido, ante el agente del Ministerio Público, convenio legítimo en el que se cuantifique el daño, se establezca la forma en que se hará la repaeación y se otorgue la garantía pertinente. Cuando no haya acuerdo de los interesados sobre el monto del daño el agente del Ministerio Público lo determinará con base en la prueba pericial correspondiente.

e) Quien haya de ejercer la custodia del arraigo, tenga domicilio dentro del municipio donde los hechos ocurrieron, que sea persona de solvencia moral y económica suficiente, a juicio del agente del Ministerio Público, según los datos que al efecto sean recabados y se hagan constar en la averiguación, y se solidarice con el arraigado en el convenio a que se refiere el inciso d) que antecede.

Si el presunto responsable o quien lo custodia, desobedeciera sin justa causa las ordenes del Ministerio Público, se revocará el arraigo domiciliario y el presunto responsable será remitido al lugar de reclusión.

Si la Acción Penal ha de ejercitarse, la policia judicial a la policia preventiva presentarán al presunto responsable ante el Juez competente.

El Ministerio Público podrá autorizar al presunto responsables para que acuda a su trabajo habitual, si al solicitarse el arraigo: Se precisa la naturaleza de las labores, la ubicación del centro de trabajo y quien ejerza la custodia, expresa su conformidad."

El artículo 132 distrital establece que el Ministerio Público debe solicitar la orden de aprehensión y que se reúnan los requisitos establecidos por el artículo 16 Constitucional. Esa solicitud del Ministerio Público es el accionar inicial en virtud del cual se hace comparecer forzosamente al indiciado.

El artículo 133 distrital agrega " que al ordenar la detención se entregará al Ministerio Público y el 134 concluye este capítulo diciendo que, al llevarse a cabo la detención ordenada judicialmente, el agente de la policia que realizare estara obligado a poner al detenido, sin demora, a disposición del juez, asentando la hora en que comenzó la detención lo aconsejable habria sido que esta noticia escrita fuera ratificada por el detenido.

Por su parte, el Código Federal, a partir del art. 196, continua al 205, dando las reglas especiales sobre el cumplimiento de esta orden de aprehensión.

Desde luego, si se trata de alguien cuyo paradero, se ignore, así se comunicara al Ministerio Público adscrito al Tribunal, para que lo transcriba a la Procuraduría General, a fin de que la policia o sus auxiliares aprehendan a la persona poniendola a disposición de la persona que libro la orden.

El aprehendido debe ser puesto a disposición del tribunal sin demora alguna informandole de la hora en que se efectuó, y si se trata de miembros de la policia o del ejercito detenidos o sujetos a aprehensión preventiva, deberan sufrirla en prisiones especiales si existieren, pero no podran considerarse como tales los cuarteles u oficinas.

No impedira el dictado de la orden el que este pendiente una apelación contra resolución anterior que la hubiere negado, lo cual es comprensible, teniendo en cuenta que la nueva orden tendrá como base posiblemente distintos medios de confirmación.

Si ulteriormente resultare que ya no es procedente la orden no ejecutada, previa autorización del Procurador General, el Ministerio Público pedirá la revocación que se acordará de plano, sin perjuicio de que se continúe con la Averiguación y posteriormente vuelva a solicitarse la orden si procediere.

Al efectuar la aprehensión de persona que maneje fondos públicos se tomarán las providencias para que no se interrumpa el servicio y que se haga entrega de los valores, documentos y fondos en poder del inculcado, tomándose la medidas precautorias para evitar que se sustraiga de la actividad judicial.

Si el aprehendido es un empleado o funcionario público, se comunicará su detención, sin demora, al superior jerárquico. Disposición que carece de justificación por cuanto aparece discriminatoria frente al caso de los demás justificables; sin embargo, todavía se indica que si el aprehendido está trabajando en un servicio público, deberá el ejecutor procurar que no se interrumpa y evitará que el inculcado se fugue mientras llega su relevo.

En cuanto al funcionario federal; sera aplicable la ley de responsabilidad oficiales, asi como las Organicas reglamentarias respectivas.

En fin, si el delito no merece pena corporal o la tiene alternativa y si existe la responsabilidad de que se dificulte la averiguación con la ausencia del inculcado, el tribunal podrá ordenarle que no abandone el lugar sin su permiso cuando así lo pida el ministro público, lo que significa una medida de arraigo que tiene su paralelo en el Procedimiento Civil.⁶²

En el caso de que el privado de la libertad sea un extranjero, se dará aviso de esto a la representación diplomática o consular correspondiente (art. 126 frac. III del Código Federal de Procedimientos Penales).

La legislación colombiana, al igual que otras, establece que lograda la captura, " se le solicitará al capturado indique la persona a quien se debe comunicar su aprehensión, lo que se hará de inmediato, salvo que la persona señalada este implicada en el hecho que se investiga".⁶³

Desgraciadamente en nuestra ley no existe obligación a cargo del funcionario que ejecute la detención, de leerle al detenido tal mandamiento de detención, como ocurre en otros lugares. De cualquier manera sería deseable establecer esta obligación en los textos legales.

62 BALARDO PEREZ, ROBERTO, "El Poder Judicial y el Ministerio Público", p. 111.

63 Véase el artículo 126 del Código de Procedimientos Penales.

El derecho que si tiene el detenido, será que se le informe sobre la imputación en su contra, el nombre del denunciante. Tendrá además el derecho a comunicarse con quien crea más conveniente, designar defensor, incluso hacer uso del servicio telefónico, estos derechos se encuentran establecidos en el artículo 20 Constitucional.

C) MEDIOS LEGALES PARA EVITARLA:

Para poder evitar una ejecución de una orden de aprehensión no existen recursos procedentes que podamos recurrir, a fin de que el inculpado pueda ejercer para que no existan violaciones a sus Derechos Individuales como es en este caso la Libertad.

Sólo procede el Juicio de Amparo Indirecto o bi-instancial, como lo establece el art. 114 fracc. II de la Ley de Amparo que establece: "El amparo se pedirá ante el juez de Distrito: II.- Contra actos que no prevengan de tribunales judiciales, administrativos o del trabajo".

La suspensión definitiva de se otorga o se niega, una vez realizado el procedimiento a que se refiere los artículos 131 y 133 de la ley de Amparo, esto es:

Promovida la suspensión conforme al artículo 124 de la Ley de Amparo, se pedirá informe previo a la autoridad responsable.

Con informe o sin él, se celebrarán la audiencia incidental en la fecha y hora que se haya señalado en el auto inicial.

Abierta la audiencia, se recibirán únicamente las pruebas documental o de inspección judicial (si se trata de actos a que se refiere el artículo 17 de la Ley de Amparo, se podrá ofrecer la prueba testimonial).

Se pasará al periodo de alegatos del quejoso, del tercero perjudicado, si lo hubiere, y se oirá al Ministerio Público.

Inmediatamente después, se resolverá en la misma audiencia, si se concede o niega la suspensión o lo que fuere procedente con arreglo al artículo 134 de la misma ley.

Se concederá o se negará la suspensión definitiva en el cuaderno incidental mediante sentencia interlocutoria.

En materia de amparos penales, de conformidad con lo antes señalado, procede la suspensión *de oficio*, o a petición de parte agraviada. La primera regulada por el artículo 123, fracción I, de la Ley de Amparo, que establece la obligación del juez de Distrito o de quienes actúan en auxilio de la Justicia Federal de decretarla en el propio acto en que se admite la demanda de amparo, de comunicar éste de inmediato a la autoridad responsable para su cumplimiento inmediato, haciendo uso de la vía telegráfica, cuando se trate de actos que importen peligro de privación de la vida, deportación o destierro o alguno de los prohibidos por el artículo 22 Constitucional; y que responde precisamente a la aplicación del principio que vincula íntimamente la procedencia de la suspensión con la cuestión constitucional alegada, pues si ella es otorgada es por que se trata de actos que adolecen de inconstitucionalidad evidente, como son los prohibidos por el artículo 22 constitucional. La segunda está regulada por los artículos 124, 130 y 136, de la Ley de Amparo, en los que se distingue:

1.- La suspensión de actos que restringen la libertad personal del quejoso, fuera del procedimiento judicial, esto es, de actos emanados de autoridades distintas de las judiciales (policía y Ministerio Público).

2.- La suspensión de actos que restringen la libertad personal del quejoso, por mandamiento de autoridades judiciales del orden penal.

I.- Ante el Agente Investigador del Ministerio Público.- Averiguación Previa.

El principio que rige en la procedencia de la suspensión del acto reclamado cuando se trata o se impugne actos de autoridades no judiciales o administrativas en general, que afecten la libertad personal del agraviado, consiste en que siempre es obligatorio para el Juez de Distrito otorgar dicha medida, tanto en su aspecto provisional como definitivo. Así lo dispone el artículo 130, párrafo final de la Ley de Amparo que establece: " El juez de Distrito siempre concederá la suspensión provisional cuando se trate de la restricción de la libertad personal fuera de procedimiento judicial, tomando las medidas a que alude el párrafo anterior".

Debemos distinguir en esta etapa, dos situaciones que se pueden presentar y que son las siguientes:

a) Cuando los actos que afectan la libertad personal del quejoso, aun no se han ejecutado.- En este caso, como la orden de detención no proviene de autoridad judicial, que es la única constitucionalmente facultada para decretarla, de acuerdo con el artículo 16 constitucional, la suspensión se concederá para que el quejoso no sea detenido hasta en tanto se notifique la resolución que se dicte sobre la suspensión definitiva, sin perjuicio de que la

autoridad responsable practique las diligencias necesarias o haga la consignación correspondiente.

Al concederse por el Juez de Distrito la suspensión, debe decretar las medidas de aseguramiento que considere adecuadas, tendientes a evitar que el quejoso se sustraiga a la acción de las autoridades responsables y pueda ser puesto a su disposición, si no se le otorga la suspensión definitiva o el amparo, en sus respectivos casos, es decir, cuando el beneficio suspensivo se haya decretado provisionalmente en el auto inicial del incidente relativo, o en forma definitiva en la interlocutoria incidental.

b) Actos que afecten la libertad personal del quejoso, que ya han sido ejecutados.- En este supuesto, la suspensión provisional deberá concederse para el efecto de que el quejoso quede a disposición del juez de Distrito, en cuanto hace a su libertad personal, en el lugar en que se encuentre recluido, del cual no podrá ser trasladado a otro sitio, salvo que lo ordene así el juzgador de amparo, y las autoridades responsables dentro del término de veinticuatro horas, deberán proceder a hacer su consignación ante la autoridad judicial correspondiente, o ponerlo en inmediata libertad (art. 136 de la Ley de Amparo).

El juez de Distrito puede poner al quejoso en libertad provisional, decretando las medidas de aseguramiento que estime idóneas para que el agraviado no se sustraiga de la acción de las justicias, si no se le concediese el amparo (art. 136, párrafo cuarto).

La potestad mencionada sólo es ejercitable al concederse la suspensión definitiva en la interlocutoria correspondiente, pues el efecto de la suspensión provisional, estriba en el mandamiento del estado "que guarden las cosas", o sea, en que el agraviado permanezca detenido, pudiendo únicamente ser puesto en libertad cautelar por el juez de Distrito al otorgar la medida cautelar provisional (art. 130).

II.- Ante el Juez.- Causa Penal.

Frecuentemente, en la realidad se registran casos en que se ha librado una orden judicial de aprehensión contra alguna persona, como consecuencia del ejercicio de la acción penal por uno o varios delitos, cuya penalidad media no hace procedente la libertad cautelar en los términos del artículo 20, fracción I, constitucional; y que el sujeto, contra quien citada orden se haya dictado, no pueda ser detenido en virtud de la suspensión provisional o definitiva que se hubiere concedido en el amparo promovido al respecto.

La mencionada medida cautelar se otorga legal y jurisprudencialmente sin el efecto de que se paralice el procedimiento penal que, en su primordial fase, culmina con un auto

de formal prisión, ya que sólo tiene eficacia para que el quejoso, en cuanto a su libertad personal, quede a disposición del Juez de Distrito que haya concedido la suspensión, la cual queda sujeta a las medidas de aseguramiento que dicho funcionario judicial federal haya decretado, según su prudente arbitrio.

La concesión de la suspensión provisional o de la definitiva contra los efectos o consecuencias de la orden de aprehensión, respecto de la libertad personal del quejoso, debemos hacer mención que aquí suceden dos situaciones:

a) Cuando no haya sido aún detenido.~ Existe grandes comentarios desfavorables de esta situación en donde el Juez de Distrito que otorga el mencionado beneficio suspensivo, llegándose a considerar que éste, es un serio obstáculo para la administración de justicia, que coloca a los delincuentes en una situación de impunidad por los hechos delictivos que se les atribuye el Ministerio Público y de los cuales resulten presuntos responsables.

La suspensión contra una orden de aprehensión nunca debe concederse de oficio por el Juez de Distrito, sino a petición del quejoso, ya que la paralización oficiosa de los actos reclamados sólo procede cuando éstos importen el peligro de privación de la vida, deportación o destierro o alguna pena prohibida por el artículo 22 constitucional (mutilación, infamia, marca, palos y tormentos), así como en los casos en que dichos actos, si llegaran a consumarse, hicieran físicamente imposible restituir al agraviado en el goce de la garantía individual violada (art. 123 de la Ley de Amparo). Es evidente que una orden judicial de aprehensión no entraña ninguno de los fenómenos apuntados, pues si bien es cierto que, como consecuencia de esta, se podría aprehender al quejoso (si la aprehensión no se hubiere efectuado anteriormente) y que el tiempo de su reclusión no podría ser inválido con motivos de sentencia constitucional ejecutoria que le ampare contra dichos proveídos, también es verdad que, al otorgársele la protección federal, se le restituiría su libertad personal. La suspensión oficiosa sólo debe concederse por el Juez de Distrito cuando la sentencia que proteja al quejoso no pueda surtir sus efectos por imposibilidad física, según dijimos con antelación.

Partiendo de la idea de que la suspensión contra los efectos o consecuencias de una orden de aprehensión que atañe la libertad personal del agraviado, debe sujetarse al requisito indispensable de la petición de parte. A diferencia de la suspensión oficiosa, que se concede de plano, la suspensión de parte presenta dos modalidades procesales fundamentales, tanto en lo que concierne a su procedencia, como en lo que respecta a su eficacia, a saber: la suspensión provisional y la definitividad o suspensión definitiva.

En la primera situación no existe obligatoriedad para el Juez de conceder esta medida cautelar provisional, sino que su otorgamiento o denegación quedan sujetas al

prudente arbitrio judicial, según lo establece el artículo 130 de la ley de Amparo, precepto que sólo constriñe al juzgador para otorgar la suspensión provisional, cuando los actos reclamados importan la restricción de la libertad personal fuera de procedimiento judicial, lo que no sucede obviamente con una orden judicial de aprehensión.

Ahora bien, el invocado artículo 130 remite a lo dispuesto por el artículo 124 de la misma ley, a efecto de que, en los términos de éste, y principalmente tomando en cuenta las normas de orden público, el interés social y la dificultad en la reparación de los daños y perjuicios que se pudieren causar al quejoso con la ejecución del acto reclamado, el Juez de Distrito pueda regular su prudente arbitrio para conceder o negar la suspensión provisional. Si dicho funcionario determina discrecionalmente otorgar esta medida cautelar provisional contra los efectos y consecuencias de una orden judicial de aprehensión, por lo que concierne a la libertad personal de agraviado y siempre que ésta aún no haya sido afectada, la suspensión provisional impide la detención o aprehensión se notifique a las autoridades responsables, consiste en el goce, todavía no perturbado materialmente, de la mencionada libertad.

En estas condiciones, al decretar la mencionada suspensión, el Juez de Distrito debe tomar la medidas que estime convenientes para el aseguramiento del quejoso, a fin de que éste no se sustraiga a la acción de las autoridades responsables si no se le concede la suspensión definitiva. Tales medidas de aseguramiento, cuya idoneidad queda al prudente criterio judicial, pueden estribar en garantías pecuniarias (depósito en efectivo o fianza), o en diversas obligaciones que se impongan al agraviado tendientes a evitar la mencionada sustracción (comparecencia periódica ante el propio juez o ante las autoridades responsables, sujeción a la vigilancia policiaca, prohibición de abandonar determinado lugar e inclusive su reclusión en el sitio que determine el Juez Federal).

Si el Quejoso no acata dichas medidas de aseguramiento, lo que supone fundadamente su intención de sustraerse a la acción de la justicia, el Juez de Distrito puede declarar que la suspensión provisional ha dejado de surtir sus efectos, pudiendo ejecutarse el acto reclamado, es decir, la orden judicial de aprehensión en lo que atañe a sus consecuencias o efectos frente a la libertad personal. Debe advertirse que, en su calidad de parte en un juicio de amparo, la autoridad responsable no puede por sí ni ante sí apreciar si el quejoso cumplió o no con las medidas de aseguramiento. Suponer lo contrario, haría nugatoria la suspensión provisional y auspicaría la burla al auto en que ésta se haya decretado, debiendo la autoridad judicial responsable informar al Juez de Distrito sobre tal incumplimiento, para que este funcionario resuelva lo procedente.

La suspensión provisional de los actos que afectan la libertad personal del quejoso sólo tiene el efecto, cuando el acto fundamental reclamado sea una orden judicial de aprehensión, de que el agraviado no sea detenido o aprehendido por las autoridades responsables, sin impedir que el procedimiento penal, en dichos actos se hayan dictado, siga su curso normal, según lo

dispone el artículo 138 de la Ley de Amparo, en relación con el artículo 136, párrafo primero, del propio ordenamiento.

En el segundo caso, el de la suspensión definitiva, para que se pueda conceder o negar ésta contra los efectos o consecuencias de una orden judicial de aprehensión, en lo que atañe a la libertad personal del quejoso que aún no ha sido privado de ella, el Juez de Distrito debe determinar, con el otorgamiento del citado beneficio suspensivo, no se perjudique el interés de la sociedad ni se infrinjan normas de orden público, tomando en cuenta la gravedad del delito que se impute al quejoso, la peligrosidad de éste y además circunstancias que pudieren producir dichos fenómenos. En tales condiciones, el Juez de Distrito no en todo caso debe conceder la suspensión definitiva contra las consecuencias y efectos de la orden judicial de aprehensión en cuanto a la libertad personal del sujeto contra quien los mencionados proveídos se hayan dictado, sino que goza de amplio arbitrio para apreciar si, con tal medida cautelar, se genera o no la indicada contravención o el expresado perjuicio.

Ahora bien, si el Juez de Distrito estima que se han llenado las condiciones indispensables de procedencia de la suspensión definitiva conforme al artículo 124 de la Ley de Amparo y otorga tal medida al quejoso en la interlocutoria correspondiente, el alcance de dicha suspensión, cuando los actos restrictivos de la libertad personal no se han consumado, queda a disposición de la autoridad que deba juzgarlo, cuando el acto emane de un procedimiento de orden penal por lo que hace a la continuación de éste. Al conceder la suspensión definitiva contra los efectos y consecuencias de una orden judicial de aprehensión, el Juez de Distrito, según lo ha establecido la jurisprudencia de la Suprema Corte al interpretar el artículo 136 de la Ley de Amparo, está facultado para decretar las medidas de aseguramiento que estime adecuadas, a efecto de que el quejoso no se sustraiga a la acción de la justicia en caso de que no se le otorgue amparo, pudiendo consistir tales medidas, en garantía pecuniaria (depósito en efectivo o fianza), así como en obligaciones impuestas al agraviado (comparecencia periódica ante el juzgador federal o ante la autoridad judicial ante quien se siga el Juicio Penal), en la vigilancia policiaca e inclusive en su reclusión en el lugar que determine el Juez de Distrito.

b) Cuando ya haya sido detenido.- Si la suspensión provisional se concede contra los efectos y consecuencias de una orden judicial de aprehensión en lo que respecta a la libertad personal del quejoso, y si éste ya se estuviese detenido, el Juez de Distrito puede otorgarle su libertad caucional si procediere conforme a las leyes penales aplicables y con base en los datos fehacientes que se suministren a dicho funcionario respecto al delito por el que la mencionada orden haya sido pronunciada. Además, para que el quejoso goce de la libertad caucional, debe cumplir las medidas de aseguramiento que fije el Juez de Distrito para los fines anteriormente expresados (art. 130. párrafos segundo y tercero, de la Ley de Amparo).

En el caso de la suspensión definitiva cuando la detención o aprehensión del quejoso ya se haya efectuado, bien sea con anterioridad a la orden de judicial de aprehensión, previamente al otorgamiento, en su caso, de la suspensión provisional, por virtud de esta, el agraviado puede ser puesto en libertad bajo caución, conforme a las leyes federales o locales aplicables al caso (párrafo VII del artículo 136 de la Ley de Amparo), pudiendo ser revocada dicha libertad cuando aparezcan datos bastantes que haga presumir, fundadamente, que el quejoso trata de burlar la acción de la justicia (párrafo VIII del mencionado artículo).

CAPITULO IV

ANALISIS DE LOS ELEMENTOS DE LA ORDEN DE APREHENSION

En este capítulo estudiaremos desde mi punto de vista los elementos tanto de fondo como de forma que debe contener la orden de aprehensión que dicta una autoridad judicial, para que no se cometan tanto violaciones procesales, como violaciones a los derechos del hombre al ejecutarla.

4.1 ELEMENTOS DE FONDO DE LA ORDEN DE APREHENSION.-

Dentro de estos elementos tenemos:

I.- Que se encuentren satisfechos los requisitos de procesabilidad, tales como la denuncia o la Querrela.

El inicio de un procedimiento supone cumplir ciertos requisitos o condiciones previas que resultan necesarias para la apertura. Por requisitos de procesabilidad entendemos: " Las condiciones o supuestos que es preciso llenar para que se inicie jurídicamente el procedimiento penal".⁶⁴

Estos requisitos de procesabilidad son la Denuncia o la Querrela. Por la primera entendemos: el acto mediante el cual se pone en conocimiento de la autoridad la comisión de algún delito o infracción. Dentro de las características de la denuncia encontramos que el denunciante no resulta anónimo ni secreto ya que resulta público su nombre; otra característica es la *notitia criminis*, ésta se refiere a un delito de los llamados "perseguidos de oficio" u oficiosamente. Además la denuncia se caracteriza en que ella no le interesa la denuncia o permiso del ofendido para iniciar el procedimiento, como en el caso de la Querrela.

⁶⁴ MARTA ANDRÉS, *OP. CIT.*, p. 110.

Las diversas acepciones de la palabra Denuncia es la que da Ovelle Favela en amplio sentido y en específico. En amplio sentido es el acto en virtud del cual una persona hace del conocimiento de un órgano de autoridad, la verificación o comisión de determinados hechos, con el objeto de que dicho órgano promueva o aplique las consecuencias jurídicas o sanciones previstas en la ley o en los reglamentos por tales hechos. En sentido específico la define como el acto por medio del cual pone en conocimiento del órgano de la acusación. . . la comisión de hechos que pueden constituir un delito perseguible de oficio".⁶⁵

De oficio debemos entender la expresión que denota la actividad de los órganos de la jurisdicción cuando actúan, opcional u obligatoriamente, en forma espontánea y por impulso propio.

La denuncia se utiliza como medio de información, para poner en conocimiento del Ministerio Público lo que se sabe acerca del delito, ya sea que el propio portador de la noticia haya sido afectado; o bien, que el ofendido sea un tercero. La denuncia la puede presentar cualquier persona en cumplimiento de un deber impuesto por la Ley.

En campo del derecho, atendiendo al contenido del artículo 16, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente, advertimos que el legislador incluye la palabra denuncia (entre otros elementos necesarios para poder dictar una orden de aprehensión).

Toda persona que tenga conocimiento de la comisión de un delito que deba perseguirse de oficio, está obligada a denunciarlo ante el Ministerio Público y en su caso de urgencia ante cualquier funcionario o agente de policía. (art. 117 Código de Procedimientos Penales para el Estado de Veracruz).

Las denuncias podran hacerse verbal o por escrito en este caso se levantará un acta ante el funcionario que la reciba. (art. 119 del mismo ordenamiento).

La Querrela es un derecho potestativo que tiene el ofendido por el delito, para hacerlo del conocimiento de las autoridades y dar su anuencia para que sea perseguido. Tratándose de los delitos que se persiguen a petición de parte ofendida, no solamente el agraviado, sino también si legítimo representante, cuando lo estime necesario, podrán en conocimiento del Ministerio Público la comisión del hecho delictuoso, para que éste sea perseguido, no pudiendo hacerlo en ningún caso para esta clase de delitos, sin la manifestación de voluntad del que tiene ese derecho.

⁶⁵OVELLE FAVELA, OVELLE, "Denuncia", en el libro de Derecho Jurídico Mexicano.

Para que la querrela se tenga por legalmente formulada deberá satisfacer lo ordenado por el Código Procesal Penal y son los siguientes:

a) Prodrán presentarla: El ofendido conforme a lo dispuesto por el art. 116 del mencionado Código. O por su representante legítimo, o por tutor especial designado por el tribunal.

b) Su contenido: Una relación verbal o por escrito de los hechos, debe contener la firma o huella digital del que las presente y su domicilio. Cuando se presente por escrito deberá ser ratificada por el que la formule (arts. 119 y 120).

Mediante la promoción de la acción por el actor, el sujeto activo del proceso- Ministerio Público- acude ante órganos jurisdiccionales formalizando el primer acto del ejercicio de la acción, esto es, provocando la función jurisdiccional por ocasión primaria. Adviértase que según esta idea, a la promoción de la "acción activa" le es indiferente que exista o no algún detenido. Para iniciar la acción no es necesario que se envíe o no detenida a alguna persona a disposición del tribunal.

La Consignación o ejercicio de la Acción Penal que lleva a cabo el Ministerio Público consignador ante el Juez, es un acto más de naturaleza administrativa, y esto se desprende atendiendo tanto al órgano que la realiza por la discrecionalidad de sus actos que le permiten decidir si procede una consignación o no, como por no existir algún recurso judicial que pueda hacer valer el interesado ante su negativa de no ejercitar la Acción Penal, ya que para estos casos sólo existe el recurso administrativo de acudir al procurador, quien será el que definitiva resolverá sobre su procedencia, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 134 de Código de Procedimientos Penales para el Estado de Veracruz.

De igual manera, se puede decir que es un acto unilateral, autónomo e independiente, en razón de que lleva a cabo con la sola intervención del Ministerio Público consignador, no dependiendo en cuanto a su ejercicio de ninguna autoridad o particular, lo que se deriva del monopolio del ejercicio de la Acción Penal que ejerce en forma absoluta de acuerdo con lo señalado por el artículo 21 Constitucional, que lo convierte en cierta forma en juzgador de los hechos delictuosos, quedando en consecuencia a su juicio (en muchas ocasiones) el destino que se le dará a las personas y objetos relacionados con el delito. De esta forma, el Ministerio Público, con las facultades de que se encuentra investido, puede llegar a juzgar más casos que la propia autoridad judicial al culminar sus investigaciones, determinando en algunos casos la consignación y en otros negándola, sin más argumentos que su propio juicio de los hechos; resolviéndose de esta manera la problemática de la criminalidad y la impartición de justicia, que en la mayoría de los casos queda a nivel de Averiguación Previa y en manos del Ministerio Público, como dueño exclusivo del ejercicio de la Acción Penal.

II.- Que se haya promovido previamente la acción penal. Esto es, que el sujeto activo del proceso, previamente haya ejercitado la Acción Penal.

Desde el enfoque Constitucional el artículo 21 establece que la imposición de las penas es propia y exclusiva de la autoridad judicial. La persecución de los delitos cume al Ministerio Público y a la Policía judicial, la cual estará bajo la autoridad y mando inmediato de aquél".

El artículo 137 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Veracruz, establece la facultad del ejercicio de la Acción Penal al Ministerio Público.

En las instituciones romanas la acción era el derecho de perseguir en juicio aquello que se nos debe, al evolucionar este concepto, se refiere al poder jurídico de excitar y promover la decisión del órgano jurisdiccional sobre una determinada relación de Derecho Penal.

La preparación del ejercicio de la Acción Penal se realiza en la Averiguación Previa, etapa procedimental en que el Ministerio Público, en ejercicio de sus facultades de Policía Judicial, practica todas las diligencias necesarias que le permitan estar en aptitud de ejercitar la Acción Penal, debiendo integrar, para esos fines, el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad.

III.-Que exista petición del Ministerio Público.

El Ministerio Público al ejercitar la Acción Penal, puede hacerlo, según los hechos investigados, con detenido o sin detenido. En el caso de consignarse sin detenido, el delito de que se trate determinará que la consignación vaya acompañada de la orden de aprehensión o de comparecencia. Tratándose de delitos que se sancionan con pena privativa de libertad, la consignación se hará solicitándose la orden de aprehensión. Si el delito se sanciona con pena alternativa o pecuniaria, se solicitará la orden de comparecencia.

El Ministerio Público no podrá pedir se gire orden de aprehensión cuando el delito tenga pena pecuniaria o alternativa, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 18 Constitucional a contrario sensu que a la letra dice: ". . .Sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a presión preventiva . . .".

Al consignar por delito pe merezca pena pecuniaria o alternativa, se hará sin detenido, solicitándose la orden de comparecencia; en todos los demás casos en los que se estipule pena corporal, se hará con el pedimento de la orden de aprehensión.

Si la consignación se hace con detenido, se le remitirá al reclusorio y se pondrá a su disposición del juez que corresponda, a quien se enviará las actuaciones de Averiguación Previa, juntamente con el pliego de Consignación.

En resumen, la petición que hace el Ministerio Público a la autoridad judicial, o sea, al Juez para que esté ordene la orden de aprehensión se requiere que la pena del delito sea corporal, en cualquier otra situación sólo se ordenará una orden de comparecencia.

El artículo 188 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Veracruz establece: " Cuando estén reunidos los requisitos del artículo 16 Constitucional, el Tribunal librará orden de aprehensión contra el inculcado a pedimento del Ministerio Público.

IV.- Que exista radicación del negocio procesal ante el tribunal.-

El primer acto del tribunal, luego de la promoción de la acción, se traduce en la resolución denominada radicación o cabeza de proceso. El auto de radicación, el juez por sí y como representante del órgano, revisa los presupuestos procesales. Así, la radicación implica revisar la competencia, las formalidades incluso la falta de impedimentos.

Son dos los supuestos o dispositivos conocidos que dan lugar a la resolución de radicación: a) la autoexcitación judicial o prevención de oficio, y b) la heteroexcitación.

La inquisitio ex officio o autoexcitación del tribunal no es posible en el derecho mexicano actual, puesto que de manera oficiosa el tribunal no puede abrir un proceso. El vocablo "Auto Cabeza de Proceso" resulta más familiar para este supuesto, según lo afirmó Escriche.

En la Legislación Argentina, un Juez oficiosamente puede dictar Auto Cabeza de Proceso, en el que además llama al Ministerio Público para que ejerza la Acción Penal.

Mediante heteroexcitación queremos referirnos al inicio de un proceso a instancia de parte. Es éste el supuesto que impera actualmente en el derecho mexicano, ya que la radicación de un proceso sólo puede hacerla el tribunal a instancia del Ministerio Público, al promover la acción.

La radicación implica que el órgano jurisdiccional se aboca al conocimiento del negocio que se le plantea, independientemente de que el tribunal específico al cual se acude, sea o no competente. Implica el análisis de los presupuestos procesales (exigir la válida constitución del proceso), y la existencia del interés como requisito de la acción.

Entre los diversos efectos que produce la resolución de inicio o radicación del proceso encontramos los siguientes:

a) Previene la competencia en favor del juzgado ante el cual se promueve la acción procesal, con base en el criterio competencial de la prevención. Así, el órgano judicial ante el que se promueva será el competente. Con fundamento en este criterio de prevención, las partes quedarán vinculadas a ese órgano específico.

b) Da inicio a la actividad judicial, pues se trata del primer acto del tribunal tendiente a la resolución del litigio que se plantea. Ante la posibilidad de hecho de que el tribunal no resuelva sobre la radicación (guarde silencio), el acusador puede recurrir en queja ante el superior.

c) Implica el reconocimiento de la calidad de parte al Ministerio Público.

d) Impide la persecución de un proceso por la llamada *actio calumniae*, hasta que el proceso concluya.

Luego que el tribunal radica el proceso, normalmente hace una serie de razonamientos que pueden llevarlo a declarar que los hechos que se le someten son susceptibles de ser calificados como delito y la aparente responsabilidad de alguna persona. A consecuencia el tribunal ordenará la personación del gobernado ya sea con una orden de aprehensión o una de comparecencia., en donde para la identificación del sujeto no es necesario que sea conocido su nombre, basta con que este plenamente identificado con señas particulares o con su sobrenombre .

V.- Que se declare acreditada la existencia del tipo penal y la probable responsabilidad.

El tipo penal es la tipificación de la conducta como delito dentro de las leyes o sea que los hechos son susceptibles de calificarse como delito.

En la probable responsabilidad o existencia de indicios de criminalidad o culpabilidad es una de las notas que caracterizan al procesamiento. No sería posible ni lógico abrir u ordenar que se continúe un proceso en contra de quien no se tiene ni sospecha.

La ley no dice que tenga que probarse la responsabilidad, pues sólo se requiere datos que la hagan probable. Si la responsabilidad estuviese probada, no habría necesidad de abrir o continuar un proceso.

"Probable viene del latín "probabilis", significa aquello de que hay buenas razones para creer lo que es verosímil, lo que se funda en razón prudente, lo que se puede probar. Lo probable es un posible, que tiene más posibilidades de ser, que no de ser. Es probable lo posible y merece ser más creído que la opinión contraria.⁶⁶

VI.- Que el delito que se califique con los hechos en que se basa el ejercicio de la acción, se encuentre sancionado abstractamente en la ley penal, con pena privativa de la libertad o con pena contra vida; es decir, a las que la doctrina mexicanizada llegó a llamar penas corporales.

Es pertinente observar que según el texto constitucional la pena cuando menos debe ser de la privación de la libertad, por lo que exige la posibilidad para que en las leyes secundarias se pueda establecer que en ciertas o en todas las penas privativas de libertad no se establezca la reclusión preventiva, quedando tan sólo las penas contra la vida, dada su gravedad, como aquellas en que obligatoriamente se debe imponer por el legislador secundario la detención.

El artículo 13 del Código Penal para el Estado de Veracruz establece como delitos graves los siguientes ilícitos tipificados: el homicidio (art. 109, 110, 111 y 112), homicidio por culpa (párrafo segundo del art. 66), las lesiones (art. 114 fracciones V y VI), el secuestro (art. 141 y 142), el asalto (147), la violación (art. 152, 153 párrafo primero, 154 y 155), el aborto (parte final del art. 131), entre otros.

VII.- Que sólo el tribunal puede ordenar, no pudiendo por tanto dictar tal resolución, algún otro tipo de autoridad, pues formal y materialmente, sólo la autoridad judicial es la competente.

La ausencia de cualquiera de estos requisitos, implica para la autoridad la obligación de dejar en libertad al detenido.

4.2 ELEMENTOS DE FORMA DE LA ORDEN DE APREHENSION.-

Estos elementos se encuentran contenidos en el artículo 16 Constitucional primer párrafo que dice. "Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino por virtud de un mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento".

⁶⁶BUENA ESPERANZA, FIDELMENDO, "Derecho Penal", p. 112.

La Garantía Individual que consagra el artículo que nos ocupa, se refiere al derecho de seguridad, tanto personal, como real, esto es, comprendiendo no solo la seguridad de la persona en lo relativo a su libertad individual, sino en lo que se relaciona con su familia, domicilio, papeles y posesiones. El hombre no puede ser molestado, esto es, aprehendido, sino por virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento; pero tampoco su familia, su domicilio, papeles y posesiones pueden ser objeto de pesquisas, cateos, registros ó secuestros sino con el propio requisito. En resúmen, nuestro artículo protege la seguridad personal de los habitantes de la República: 1.- Contra ordenes de aprehensión ó arresto, dictadas por autoridades incompetentes; 2.- Contra las mismas ordenes de autoridad que, aunque sea competente, no expida el mandamiento por escrito, fundado y motivado la causa legal del procedimiento; 3.- En los mismos términos, contra las órdenes dictadas para el cateo dl domicilio, registro de papeles, embargo ó secuestro de estos ó de otras cosas que están en su posesión.

Los elementos de forma son los siguientes:

- a) Que haya mandamiento escrito;
- b) Que éste sea expedido por autoridad competente; y
- c) Que en él se funde y motive la causa legal del procedimiento.

El primer elemento que es el de orden por escrito, pocas palabras será necesario decir. El mandamiento debe constar por escrito, porque solo de esta manera puede conocerse y juzgarse acerca de su naturaleza y extensión. Sin esta circunstancia, los habitantes de la República estarían expuestos a las arbitrariedades y desmanes de los agentes secundarios ejecutores de tales mandamientos. Si se trata de una prisión, en el mandamiento ú orden deberá expresarse el nombre de la persona que deba ser aprehendida, y el ejecutor deberá limitarse a su ejecución en los términos prevenidos. Algunas veces la orden de prisión puede ser contra personas cuyo nombres no pueden determinarse, por ejemplo: sabedora la policía de que en cierta casa se reúnen varias personas con objeto ilícito, como juego prohibido, ó la fabricación de moneda falsa, dicta sus órdenes para que sean aprehendidos los que se encuentren en ella. En estos casos es imposible determinar con anterioridad nominablemente las personas objeto de esta medida, y bastará determinarlas generalmente, sin que esta circunstancia importe una infracción constitucional.

Por otra parte, la autoridad que expide un mandamiento de prisión o detención, queda responsable de este acto con arreglo a las leyes, responsabilidad que no podría apreciarse con cabal exactitud si la orden fuese verbal.

Por último, el ciudadano o habitante de la República a quien un agente inferior de la autoridad trate de aprehender, tiene derecho de cerciorarse de que el agente procede en

virtud de una orden de la autoridad. Sin esto, su resistencia sería legítima.

El segundo elemento es el de Competencia de la Autoridad, No basta que el mandamiento sea escrito; se necesita, además, que proceda de autoridad competente. pero ¿Que entiende este artículo por autoridad competente? En nuestro concepto se trata aquí de la competencia constitucional con relación a la materia u objeto del mandamiento expedido. Es bien sabido que el poder público se considera dividido, para su ejercicio, en legislativo, ejecutivo y judicial; los funcionarios de estos tres órdenes tienen poderes limitados por la Constitución, que describe a cada uno de ellos la esfera natural de su acción. Como todos ellos concurren a formar lo que se llama soberanía nacional, no es extraño que algunas veces, en casos excepcionales, el poder legislativo ejerza las funciones propias del poder judicial, como cuando juzga a ciertos funcionarios por delitos oficiales. De la misma manera, el poder administrativo tiene, conforme a la misma Constitución, cierto participio en la formación de las leyes y también constitucionalmente ejerce en algunos casos la autoridad legislativa dentro de los límites que marca una autorización extraordinaria. Cuando estos poderes obran dentro de los límites constitucionales de sus funciones, son competentes: en consecuencia, la molestia inferida por el poder legislativo, por alguna de las cámaras o por ambas, en virtud de un acuerdo que ordena la aprehensión del habitante de la república procede de autoridad incompetente, ya que el poder legislativo no tiene esas atribuciones, pero sí la orden procede de una autoridad constitucionalmente competente para dictarla como lo es el poder judicial a través de sus autoridades.

Además de esta competencia constitucional, hay en el ejercicio de las funciones judiciales una competencia que es la llamada Jurisdiccional. Esta competencia es propia de la ley secundaria que fija a cada tribunal los límites de su jurisdicción, tanto con relación a la materia del juicio, como al territorio en que debe ejercerse y algunas veces a las personas que se están sometidas. Así, las leyes orgánicas de la administración de justicia y las procesales dividen ordinariamente el ejercicio de la jurisdicción en civil y criminal, señalan a cada juez el territorio en que ejerce sus funciones y determina la competencia de cada uno de los órdenes o asuntos de que pueden conocer y juzgar. Estas disposiciones son varias en los diversos Estados de la federación, no pudiendo por lo mismo establecerse una regla general y común para todos ellos. La jurisdicción de los jueces y tribunales en cada Estado se determina conforme a sus propias leyes. En los casos de conflicto jurisdiccional entre dos jueces del mismo Estado, su ley especial resuelve la manera de dirimirlo y la autoridad que debe hacerlo. Si el conflicto se produce entre un juez de un Estado y otro diverso o de la Federación, se resuelve por la Suprema Corte de Justicia que tiene sus atribuciones constitucionales en el artículo 99.

Esta competencia jurisdiccional no está garantizada, por nuestra carta fundamental en el artículo que examinamos. Se comprende bien que se haya establecido como una garantía individual en favor de un derecho del hombre, que no pueda ser molestado, sino en virtud de mandamiento de autoridad

constitucionalmente competente. De otra manera el hombre estaría expuesto a sufrir las molestias de toda clase de autoridades que se confundirían en su ejercicio, desapareciendo por completo la división de poderes, base de nuestro sistema de gobierno, y podemos decir de todos los gobiernos regularmente constituidos; pero que un hombre o habitante de la República sea juzgado en un Estado por el juez de un lugar de preferencia al de otro, no afecta sus derechos como hombre; el derecho que causamente tiene para ser juzgado por determinado juez o tribunal, es un derecho civil, y la autoridad del Estado encargada por la ley, de dirimir la competencia y aplicar las leyes que el Estado se ha dado en uso de su legítima soberanía; esa interpretación se hace a nombre también de la soberanía del Estado, y por lo mismo la autoridad federal no puede hacerla sin atacar esa soberanía.

El tercer elemento es que se funde y motive la causa legal del procedimiento. Sin esta circunstancia el mandamiento que ordena la prisión de una persona, el allanamiento de su domicilio, el registro de sus papeles o el secuestro o embargo de sus posesiones, tiene carácter de arbitrario y el interesado podrá resistirlo. La Constitución quiere que se funde y motive la causa del procedimiento, esto es, que se exprese el motivo de hecho que lo autoriza y el derecho con que se procede. Algunas veces se confunden estas dos cosas en una sola, como cuando la autoridad ordena la captura de un hombre acusado de un delito grave: el procedimiento está motivado con la expresión de esta causa que al mismo tiempo lo funda; pero en otras, hay que distinguir estos dos elementos, el hecho y el derecho o ley. Cuando un juez no se funde en una causa o que se funde en una causa, aunque legal improcedente, en ambos casos hay una infracción constitucional y el quejoso debe ser amparado a este respecto. Es decir, por ejemplo un juez ordena por escrito la aprehensión de una persona, en razón de que esta debe a otra cierta cantidad, tenemos aquí un mandamiento escrito de autoridad competente, en él que se expresa el motivo del procedimiento, y su causa legal; pero ni el Código Civil ni en ley alguna se autoriza la prisión por deudas, tal mandamiento infringe una garantía constitucional del artículo 16. En el caso dá lo mismo que se exprese como causa legal un artículo improcedente del Código Civil, o que se hubiera hecho omisión completa de ese requisito constitucional.

Por fundamentación entendemos invocar con toda precisión la exactitud el derecho aplicable al caso concreto. Según mandato constitucional todo acto de autoridad debe fundarse esto es, apoyarse en disposiciones legales exactamente aplicables al caso de que se trate, los órganos de gobierno deben actuar conforme a normas jurídicas, circunscribir su función a un marco normativo, el acudir a ese marco normativo, bsar su determinación en normas jurídicas, es lo que constituye la fundamentación.

La fundamentación debe ser precisa, esto es mencionar claramente el ordenamiento que se invoque, el precepto o preceptos en que se apoye el acto señalado detalladamente número, fracción, inciso, hipótesis o supuestos normativos, los preceptos aplicables deben ser exactamente ajustables al caso concreto, encontrarse en coincidencia con la situación planteada.

La motivación es exponer con claridad los argumentos lógicos que permitan adecuar la conducta o hecho a las normas jurídicas invocadas.

En la motivación deben señalarse los hechos, las pruebas que lo demuestren, el enlace lógico que adecúe aquellos a las normas abstractas y la conclusión que implica la mencionada adecuación. La motivación es un razonamiento en el cual se contiene las consideraciones que permite concluir una conducta o hecho se enmarca, coincide con la norma jurídica.

En resumen sin estos tres elementos o a falta de uno de ellos, se violaría el artículo 16 Constitucional.

4.3 FORMA DE EJECUCION DE LA ORDEN DE APREHENSION.- COMENTARIO Y CRITICAS.

Debemos distinguir entre una simple detención y la prisión durante el proceso. La primera procede en todos aquellos casos en que una causa racional hace suponer que el detenido es autor o cómplice de un delito, por cuya responsabilidad criminal debe ser juzgado; la segunda, llamada formal prisión, tiene comun con la primera que es como ésta, una medida preventiva y no una pena; pero se distingue de ella en el carácter de su duración; la primera debe ser momentánea, solo puede subsistir entre las primeras diligencias de la averiguación revelan o bien que son ciertos o por lo menos racionalmente probables los primeros datos que motivaron la aprehensión del detenido, o que esos datos han quedado desvanecidos; la segunda dura mientras se practica la instrucción hasta que el acusado es declarado no culpable por el tribunal, o bien hasta que es caso contrario la sentencia definitiva que lo condene a cierta pena corporal adquiera la calidad de ejecutoria. Para ordenar la primera es competente no solo la autoridad judicial, si no la administrativa solamente en los casos infragantes y urgentes en donde el Ministerio Público puede llevar a cabo la detención, y las segunda solamente la dicta la autoridad judicial que conoce del asunto.

La orden de aprehensión, e incluso las de reaprehensión y la de acompañamiento, se entregarán al Ministerio Público, para que por su conducto la ejecute la policía, ya que como sabemos la policía es auxiliar del Ministerio Público, que actúa bajo su autoridad y mando inmediato, tal y como lo establece el artículo 21 Constitucional, en su primer párrafo.

La orden de aprehensión va dirigida al Ministerio Público, una vez que ha sido ordenada escrito por autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. Como podemos apreciar la orden de aprehension nunca

se dirigiria directamente a la Policia, ya que estos se encuentran bajo la subordinación y mando del Ministerio Público, además el Ministerio Público es el que solicito la orden a través del pedimento que se hace en el ejercicio de la Acción Penal al hacer la consignación ante el Tribunal. Tampoco se dirigirá al propio imputado ya que nadie esta obligado a presentarse a si mismo, esto es tan absurdo ya que el presunto responsable jamás se presentaria para que lo procesarán y en caso de hacerlo se basarian conforme lo establecen las leyes para cada entidad federal; y en nuestro caso el artículo 130 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Veracruz, establece los siguiente: " Cuando el inculpaado fuere detenido o se presentare voluntariamente. . . , se procederá de inmediato de la siguiente forma:

I.- Se hará constar el día, hora y lugar de su detención, en su caso, así como nombre y cargo de quienes la practicaron;

II.- Se le hará saber la imputación que existe en su contra y en su caso, el nombre del denunciante, así como los siguientes derechos:

a) El de comunicarse inmediatamente con quien estime conveniente;

b) El de designar sin demora, persona de su confianza para que lo defienda, quien tendrá derecho a conocer la naturaleza y causa de la acusación;

c) El de no declarar en su contra y de no declarar si así lo desea; y

d) En su caso, el derecho de obtener la libertad bajo caución o el arraigo domiciliario en los términos del artículo 129 de éste Código.

Para los efectos de los incisos a) y b) se le permitirá utilizar el teléfono o cualquier otro medio de comunicación;

III.- Cuando el detenido fuere un indigena que no hable castellano, se le designará sin demora, un traductor quien le hará saber los derechos a que se refiere la fracción anterior. Si se tratare de un extranjero, la detención se comunicará de inmediato a la representación diplomática o consular que corresponda.

IV.- El Ministerio Público recibirá las pruebas que el detenido o su defensor aporten dentro de la averiguación previa y para los fines de ésta; y

V.- En todo caso, se mantendrán separados a los hombres y a las mujeres en los lugares de detención

Quando se determine la internación de alguna persona en un hospital u otro establecimiento similar, deberá indicarse el carácter con que sea su ingreso, lo que se comunicará a los encargados del establecimiento respectivo; si no lo hiciera esa indicación, se entenderá que solo ingresa para su curación".

El artículo 135 del mismo ordenamiento establece que "Tan luego como aparezca de la averiguación previa que se ha llenado los requisitos del artículo 16 Constitucional, para que pueda procederse a la detención de una persona, se ejercitará la acción penal señalando los delitos que la motiven ".

El artículo 132 distrital establece que el Ministerio Público debe solicitar la orden de aprehensión y que se reúnan los requisitos establecidos por el art. 16 Constitucional. Esa solicitud del Ministerio Público es el accionar inicial en virtud del cual se hace comparecer forzosamente al indiciado.

Como podemos apreciar estos dos artículos mencionados se refieren a lo mismo; una vez llenado los requisitos del artículo 16 Constitucional el Ministerio Público ejercita la Acción Penal y consigna ante los Tribunales, aquí se debe tomar en cuenta si se consigna con detenido o sin él, pero mayor importancia conforme a nuestro tema de tesis es el de sin detenido ya que por medio de la consignación ante los tribunales el Ministerio hace el pedimento de la orden de aprehensión, siempre y cuando el delito que se cometa se trate de delito grave o que merezca pena privativa de libertad.

Una vez que haya sido solicitado la orden de aprehensión por el Ministerio Público y autorizado por el Tribunal competente, este hará la radicación del proceso, y es aquí donde hace un estudio de todos los elementos del delito para determinar si encuadran dichos y la presunta responsabilidad, en todo caso si así fuera girará la orden de aprehensión reuniendo los elementos de fondo y forma que en este capítulo estudiamos, para que el Ministerio Público con apoyo de la Policía la haga efectiva.

La Ley Federal en su artículo 295 indica que, estando reunidos los requisitos del artículo 16 Constitucional, el tribunal librará orden de aprehensión contra el inculcado a pedimento del Ministerio Público, tal resolución contendrá una relación sucinta de los hechos, sus fundamentos legales al Ministerio Público para que ordene a la policía su ejecución. Es notable la diferencia de técnica entre el Código Federal y el Distrital en lo concerniente al inciso de la acción penal, puesto que el último hace referencia a la orden de aprehensión en una sección distinta del título segundo, mientras que en el Federal reúne todo lo concerniente a la privación de la libertad, lo que resulta más congruente.

El Código de Procedimientos Penales para el Estado de Veracruz, también adoptó la idea de hacer referencia de la orden de aprehensión en un apartado especial dentro de éste y es el Capítulo IV de Aseguramiento del Inculcado; y establece en el artículo 188 : " Cuando estén reunidos los requisitos del artículo 16 constitucional, el Tribunal librará orden de aprehensión contra el inculcado a pedimento del Ministerio Público. La resolución respectiva contendrá una relación sucinta de los hechos que la motiven, sus fundamentos legales y la clasificación provisional que se haga del hecho delictuoso, y transcribirá a la autoridad correspondiente, para que ésta proceda a su ejecución". Como mencionamos anteriormente en los elementos de forma que deben contener para girar orden de aprehensión a falta de uno de ellos se estaría violando el artículo 16 Constitucional; muchas de las veces las Autoridades no reúnen estos elementos de forma, por lo que considero que existe mucha violación a las Garantías Individuales,

por tanto es común solicitar por medio del juicio de Amparo, la protección Federal contra este tipo de ordenes.

Las ordenes de aprehensión que sean expedidas por los Tribunales serán ejecutadas por el Ministerio Público por conducto de la policia que esta bajo su mando. Todas aquellas autoridades o corporaciones a quienes se les solicite, estarán obligadas a auxiliar al Ministerio Público en la ejecución de la orden de aprehensión (art. 189 del mencionado ordenamiento). Lo que podemos mencionar respecto de este artículo es que en la practica muchas de las veces autoridades o corporaciones que no se mencionan en las mencionadas ordenes se toman atribuciones que no les corresponden, pero debemos afirmar que solamente las que esten mencionadas en dichas, se tomaran como actuaciones legales, las demás serán violaciones a las Garantías Individuales.

Tan luego como se logre la aprehensión, de inmediato (sin dilación alguna establece la Constitución) deberá la persona ser puesta a disposición del tribunal que la reclama. En caso de que el ejecutante no cumpla con esto, se hará acreedor de una sanción.

El artículo 189 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Veracruz en su párrafo segundo sigue diciendo: " la autoridad que ejecute una orden de aprehensión deberá poner al inculcado a disposición del Juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad. El aprehendido será internado en el centro de reclusión perteneciente a la jurisdicción del juez que la expidió, si no lo hubiera, se le internará en el centro de reclusión más cercano. Cuando medie razones de seguridad del detenido o exista la posibilidad de su evasión, se le pondrá a disposición del Juez en otro centro de reclusión próximo, a reserva de que dicha autoridad judicial dicte lo procedente con posterioridad.

El artículo 133 distrital agrega " que al ordenar la detención se entregará al Ministerio Público y el 134 concluye este capitulo diciendo que, al llevarse a cabo la detención ordenada judicialmente, el agente de la policia que realizare estara obligado a poner al detenido, sin demora, a disposición del juez, asentando la hora en que comenzó la detención lo aconsejable habria sido que esta noticia escrita fuera ratificada por el detenido.

Por su parte, el Código Federal, a partir del artículo 196, continua al 205, dando las reglas especiales sobre el cumplimiento de esta orden de aprehensión. En el Código de Procedimientos Penales para el Estado de Veracruz establece estas mismas reglas en los artículos 186 al 197.

Desde luego, si se trata de alguien cuyo paradero, se ignore, así se comunicara al Ministerio Público adscrito al Tribunal, para que lo transcriba a la Procuraduría General, a fin de que la policia o sus auxiliares aprehendan a la persona poniendola a disposición de la persona que libró la orden.

El aprehendido debe ser puesto a disposición del tribunal sin demora alguna informándole de la hora en que se efectuó, y si se trata de miembros de la policía o del ejército detenidos o sujetos a aprehensión preventiva, deberán sufrirla en prisiones especiales si existieren, pero no podrán considerarse como tales los cuarteles u oficinas.

No impedirá el dictado de la orden el que este pendiente una apelación contra resolución anterior que la hubiere negado, lo cual es comprensible, teniendo en cuenta que la nueva orden tendrá como base posiblemente distintos medios de confirmación.

Si ulteriormente resultare que ya no es procedente la orden no ejecutada, previa autorización del Procurador General, el Ministerio Público pedirá la revocación que se acordará de plano, sin perjuicio de que se continúe con la Averiguación y posteriormente vuelva a solicitarse la orden si procediere.

Al efectuar la aprehensión de persona que maneje fondos públicos se tomarán las providencias para que no se interrumpa el servicio y que se haga entrega de los valores, documentos y fondos en poder del inculcado, tomándose la medidas precautorias para evitar que se sustraiga de la actividad judicial.

Si el aprehendido es un empleado o funcionario público, se comunicará su detención, sin demora, al superior jerárquico. Disposición que carece de justificación por cuanto aparece discriminatoria frente al caso de los demás justificables; sin embargo, todavía se indica que si el aprehendido está trabajando en un servicio público, deberá el ejecutor procurar que no se interrumpa y evitará que el inculcado se fugue mientras llega su relevo.

En cuanto al funcionario federal; será aplicable la ley de responsabilidad oficiales, así como las Organicas reglamentarias respectivas. El artículo 196 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Veracruz establece: " Para la aprehensión de un funcionario público se procederá de acuerdo con lo que disponga la Constitución Política Local y las leyes orgánicas reglamentarias respectivas".

En fin, si el delito no merece pena corporal o la tiene alternativa y si existe la responsabilidad de que se dificulte la averiguación con la ausencia del inculcado, el tribunal podrá ordenarle que no abandone el lugar sin su permiso cuando así lo pida el ministro público, lo que significa una medida de arraigo que tiene su paralelo en el Procedimiento Civil.

En el caso de que el privado de la libertad sea un extranjero, se dará aviso de esto a la representación diplomática

o consular correspondiente (art. 128 frac. III del Código Federal de Procedimientos Penales).

El término de la simple detención, como acabamos de ver al principio de este tema tiene una duración momentánea y precaria, para este efecto el artículo 19 Constitucional establece: " Ninguna detención ante autoridad judicial podrá excederse del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con auto de formal prisión. . . . ".

Este término son fatales, es decir, que van de momento a momento, incluso con días feriados. Aquí el Juez puede tomar dos decisiones que son dictar auto de formal prisión o la libertad por falta de elementos para procesar.

Pasado este término de las setenta y dos horas de la simple detención, la prolongación de esta constituye responsables a la autoridad que la ordene o consienta y a los agentes, ministros de justicia, alcaides o carceleros que la ejecuten. Por esta razón los carceleros deberán llamar la atención del Juez, y si aún no dictará auto de formal prisión o de libertad, estos, o sea los carceleros lo pondrán en libertad dentro de las tres horas siguientes.

Con frecuencia sucede que un juez de uno de los Estados de la federación ordena por medio de un exhorto que se detenga y se remita a su disposición a determinada persona residente en otro de los Estados, el juez requerido, si el exhorto contiene los insertos y requisitos de estilo, provee su cumplimiento y se verifica la detención del presunto reo. Mientras se ordena y efectúa su segura remisión al juez requerente, éste no puede proveer el auto de formal prisión, que tampoco puede decretar el juez requerido por falta de jurisdicción competente. La Jurisprudencia de la Corte de la Justicia ha sido varia a este precepto, pero generalmente ha prevalecido la opinión de que los casos a que aludimos el mandato contenido en el exhorto debe reputarse como un verdadero auto motivado de prisión.

La legislación colombiana, al igual que otras, establece que lograda la captura, " se le solicitará al capturado indique la persona a quien se debe comunicar su aprehensión, lo que se hará de inmediato, salvo que la persona señalada esté implicada en el hecho que se investiga".

Desgraciadamente en nuestra ley no existe obligación a cargo del funcionario que ejecute la detención, de leerle al detenido tal mandamiento de detención, como ocurre en otros lugares. De cualquier manera sería deseable establecer esta obligación en los textos legales.

El derecho que si tiene el detenido, será que se le informe sobre la imputación en su contra, el nombre del denunciante. Tendrá además el derecho a comunicarse con quien crea

más conveniente, designar defensor, incluso hacer uso del servicio telefónico, estos derechos se encuentran establecidos en el artículo 20 Constitucional.

Por último podemos decir que el maltrato en la ejecución de la orden de aprehensión es muy común y se violan los derechos humanos y Garantías Individuales contenidas en la Constitución, además también puede existir muchas violaciones a las garantías ya que es muy frecuente que se aprehendan a personas que no son las que se señalan en la orden, por que solo se requiere la mención del apodo o sobrenombre o datos que señalen que efectivamente son las personas, donde tienen la obligación la policía de asegurarse si efectivamente se trata de la misma, pero sabemos de muchas ocasiones no se aseguran de esta situación y se cometen graves e irreparables daños contra la persona en cuanto a su libertad personal, para tal efecto sólo procede el juicio de amparo como lo mencionamos en el capítulo tercero de este trabajo de tesis.

CONCLUSIONES

La Orden de Aprehensión Proviene del vocablo aprehendo,prehendere, prehendi, que significa tomar, asir, coger. Consiste en asir a una persona aun encontra de su voluntad, y llevarla ante el tribunal que la reclama.

La orden de aprehensión es una resolución judicial en la que, con base al pedimento del Ministerio Público y satisfechos los requisitos del artículo 16 Constitucional se ordena la captura de un sujeto determinado, para que sea puesto, a disposición de la autoridad.

Los elementos de fondo de la orden de aprehensión son: 1.-Que se encuentren satisfechos los requisitos de procesabilidad, tales como denuncia o querrela., 2.- Que se haya promovido previamente la Acción Penal., 3.- Que exista petición del Ministerio Público., 4.- Que exista radicación del negocio procesal ante el tribunal., 5.- Que se declare acreditada la existencia del tipo penal y la probable responsabilidad., 6.- Que el delito se califique con pena privativa de libertad o con pena corporal., 7.- Que solo el tribunal puede ordenarla.

Los elementos de forma de la orden de aprehensión son: 1.- Por manadamiento escrito., 2.- Por autoridad competente., 3.- que se funde y motive la causa legal del procedimiento.

A falta de cualquiera de los elementos, tanto de fondo como de forma, causan agravios al individuo en su libertad personal individual. Pudiendo hacerlos valer mediante Juicio de Amparo bi-instancia o indirecto, en el cual se debe solicitar la suspensión del acto reclamado.

En la orden de aprehensión, una vez solicitada por pedimento del Ministerio Público ante la autoridad judicial, esta se entrega solamente al Ministerio Público o cualquier otras autoridades que así se señalen para la ejecución de ésta.

El artículo 188 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Veracruz establece : " Cuando esten reunidos los requisitos del artículo 16 Constitucional, el Tribunal librára orden de aprehensión contra el inculpaado a pedimento del Ministerio Público. La resolución respectiva contendrá una relación sucinta de los hechos que la motiven, sus fundamentos legales y la clasificación provisional que se haga del hecho delictuoso, y

transcribirá a la autoridad correspondiente, para que ésta proceda a su ejecución".

El aprehendido debe ser puesto a disposición del tribunal sin demora alguna informándole de la hora en que se efectuó, y si se trata de miembros de la policía o del ejército detenidos o sujetos a aprehensión preventiva, deberán sufrirla en prisiones especiales si existieren, pero no podrán considerarse como tales los cuarteles u oficinas.

Al efectuar la aprehensión de persona que maneje fondos públicos se tomarán las providencias para que no se interrumpa el servicio y que se haga entrega de los valores, documentos y fondos en poder del inculcado, tomándose la medidas precautorias para evitar que se sustraiga de la actividad judicial.

Si el aprehendido es un empleado o funcionario público, se comunicará su detención, sin demora, al superior jerárquico. Disposición que carece de justificación por cuanto aparece discriminatoria frente al caso de los demás justificables; sin embargo, todavía se indica que si el aprehendido está trabajando en un servicio público, deberá el ejecutor procurar que no se interrumpa y evitará que el inculcado se fugue mientras llega su relevo.

En cuanto al funcionario federal; será aplicable la Ley de Responsabilidad Oficiales, así como las Orgánicas reglamentarias respectivas. El artículo 196 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Veracruz establece: "Para la aprehensión de un funcionario público se procederá de acuerdo con lo que disponga la Constitución Política Local y las leyes orgánicas reglamentarias respectivas".

El término de la simple detención, tiene una duración momentánea y precaria, para este efecto el artículo 19 Constitucional establece: "Ninguna detención ante autoridad judicial podrá excederse del término de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con auto de formal prisión.".

Pasado este término de las setenta y dos horas de la simple detención, la prolongación de ésta constituye responsables a la autoridad que la ordene o consienta y a los agentes, ministros de justicia, alcaides o carceleros que la ejecuten. Por esta razón los carceleros deberán llamar la atención del Juez, y si aún no dictará auto de formal prisión o de libertad, estos, o sea los carceleros lo pondrán en libertad dentro de las tres horas siguientes.

El derecho que tiene el detenido, será que se le informe sobre la imputación en su contra, el nombre del denunciante. Tendrá además el derecho a comunicarse con quien crea más conveniente, designar defensor, incluso hacer uso del servicio telefónico, estos derechos se encuentran establecidos en el artículo 20 Constitucional.

Por último podemos decir que el maltratamiento en la ejecución de la orden de aprehensión es muy común y se violan los derechos humanos y garantías individuales contenidas en la Constitución, además también puede existir muchas violaciones a las garantías ya que es muy frecuente que se aprehendan a personas que no son las que se señalan en la orden, por que solo se requiere la mención del apodo o sobrenombre o datos que señalen que efectivamente son las personas, donde tienen la obligación la policía de asegurarse si efectivamente se trata de la misma, pero sabemos de muchas ocasiones no se aseguran de esta situación y se cometen graves e irreparables daños contra la persona en cuanto a su libertad personal, para tal efecto sólo procede el Juicio de Amparo.

A manera de propuesta, me gustaria que se estableciera en el Código de Procedimientos Penales, que el presunto responsable a la hora de que se haga efectiva su detención por parte de la policía bajo el mando del Ministerio Público, se le otorgue el derecho de realizar no sólo una llamada, sino dos; ya que creo conveniente que éste tenga el derecho de comunicarse con su familia y con su abogado, de esta forma le daría más oportunidad de ser efectivos los derechos señalados por nuestra Constitución en su artículo 20, en lo referente a no estar incomunicado y estar asistido por un Abogado o persona de confianza al momento de rendir su declaración, ya sea Ministerial o Preparatoria.

BIBLIOGRAFIA

- BURGOA, IGNACIO. GRANTIAS INDIVIDUALES
EDITORIAL PURROA S.A. JUICIO DE AMPARO,
EDITORIAL PORRUA.
- BRISEÑO SIERRA, HUMBERTO. DERECHO PROC.
EDIT. PORRUA.
- CARRANCA Y TRUJILLO, RAUL. DERECHO PENAL
MEXICANO, EDIT. PORRUA.
- CODIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL
ESTADO DE VERACRUZ.
- COLIN SANCHEZ, GUILLERMO. DERECHO MEX.
DE PROC. PENALES, EDIT. PORRUA.
- CONSTITUCION POLITICA DE LOS ESTADOS
UNIDOS MEXICANOS, COLECCION LEYES Y CODIGOS
EDITORIAL ANAYA S.A.
- DIAZ DE LEON, MARCO ANTONIO., TEORIA DE
LA ACCION PENAL, EDIT. TEXTOS UNIVERSITARIOS
S.A.
- DE PINA ,RAFAEL; DE PINA VARA, RAFAEL.
DICCIONARIO DE DERECHO, EDITORIAL PORRUA, S.A.
- ESQUIVEL OBREGON, TORIBIO. APUNTES PARA LA
HIST. DEL DER. EN MEXICO. EDIT. POLIS.
- FLORIS MARGADANT, GUILLERMO. PANORAMA
DE LA HIST. UNIVERSAL.
- GONZALEZ BUSTAMANTE, JUAN JOSE. DERECHO

PROCESAL PENAL MEX., EDIT. PORRUA.

GOMEZ LARA, CIPRIANO. TEORIA DE DERECH
EDIT. PORRUA.

HERRERA ORTIZ, MARGARITA. MANUAL DE DER.
HUMANOS, EDIT. PORRUA.

SILVA SILVA, JORGE ALBERTO, DERECHO PROCESAL,
EDITORIAL HARLA.