

879309

41
2ej

UNIVERSIDAD LASALLISTA BENAVENTE

ESCUELA DE DERECHO
CON ESTUDIOS INCORPORADOS A LA
UNIVERSIDAD NACIONAL AUTONOMA DE MEXICO
CLAVE 879309

LA TUTELA JURIDICA DE LA LIBERTAD PERSONAL
(CUANDO ES AFECTADA EN LA AVERIGUACION PREVIA)

T E S I S
QUE PARA OBTENER EL TITULO
DE LICENCIADO EN DERECHO
P R E S E N T A:
DAVID ALBERTO NAVARRO LEDESMA

Celaya, Gto., 1992.

TESIS CON
FALLA DE ORIGEN



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 está protegido por la Ley Federal del Derecho de Autor (LFDA) de los Estados Unidos Mexicanos (México).

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

LA TUTELA JURIDICA DE LA LIBERTAD PERSONAL
(CUANDO ES AFECTADA EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA)

I N D I C E

INTRODUCCION	Pág. 1
--------------	-----------

CAPITULO PRIMERO
DE LA LIBERTAD PERSONAL

1.- La Libertad del Hombre.	6
2.- Fundamento filosófico de la libertad.	10
3.- La libertad como prerrogativa.	12
4.- Concepto de libertad personal.	21
5.- La libertad personal en la Constitución Mexicana de 1917.	23
6.- Formas de afectación de la libertad personal previstas en nuestra Ley Fundamental de 1917.	29

CAPITULO SEGUNDO
DE LA AVERIGUACION PREVIA

1.- El procedimiento penal como consecuencia del principio de prohibición que garantiza la armonía social.	34
2.- El procedimiento penal mexicano, según la Constitución Federal en vigor.	41

3. -	La función persecutoria de los delitos.	46
3.1. -	La Actividad investigadora.	48
3.2. -	El ejercicio de la acción penal.	49
4. -	De la averiguación previa.	54
4.1. -	Concepto de averiguación previa.	54
4.2. -	El órgano investigador en la averiguación previa.	55
4.2.1. -	El Ministerio Público.	59
4.2.1. -	La Policía Judicial.	61
4.2.3. -	La Policía Preventiva.	62
4.3. -	Actividades que se comprenden en la averiguación previa.	62

CAPITULO TERCERO

LA AFECTACION DE LA LIBERTAD PERSONAL EN LA AVERIGUACION PREVIA DE LOS DELITOS

1. -	De las Garantías Constitucionales que tutelan la libertad personal en la averiguación previa.	67
2. -	Los Artículos 14 y 16 Constitucionales en la averiguación previa.	71
3. -	La libertad provisional bajo caución en la averiguación previa.	78

- 4.- La averiguación previa con detenido.

84

CAPITULO CUARTO

LA DEFENSA CONTRA LOS ACTOS DEL MINISTERIO PUBLICO QUE RESTRINGEN LA LIBERTAD PERSONAL EN LA AVERIGUACION PREVIA.

1.- Consideraciones preliminares.	95
2.- Los medios de defensa contra los actos del Ministerio Público que privan ilegalmente de la libertad personal en la averiguación previa.	103
2.1.- En lo administrativo.	103
2.2.- En lo penal.	104
2.3.- En vía de queja ante la Comisión de Derechos Humanos.	105
2.4.- En vía de juicio de amparo.	107
2.4.1.- Consideraciones preliminares	107
2.4.2.- Trámite del juicio de amparo y de la suspensión, promovido contra actos del Ministerio Público que privan ilegalmente de la libertad personal, en términos de los artículos 38, 39 y 40 de la Ley de Amparo en Vigor.	114

3.- Crítica a los referidos medios de defensa que se pueden hacer valer contra los actos del Ministerio Público que privan ilegalmente de la libertad personal en la averiguación previa.	118
4.- Propuesta de adición a los artículos 39, 131, 147 y 200 de Ley de Amparo en Vigor.	122
4.1.- Exposición de motivos.	122
4.2.- Adiciones propuestas.	125
CONCLUSIONES.	129
BIBLIOGRAFIA.	132

INTRODUCTION

INTRODUCCION

No niego que este trabajo de tesis resultó, fundamentalmente, por la necesidad de cumplir con un requisito más para obtener mi título de Licenciado en Derecho.

Sin embargo, paralelamente a ese objetivo, desde el momento en que me propuse abordar el tema de 'La Tutela Jurídica de la Libertad Personal (cuando es afectada en la averiguación previa)', no sólo perseguí cumplir con aquel requisito, sino que decidí que mi trabajo tuviera alguna utilidad práctica. Por eso al desarrollarlo, dediqué mi mejor esfuerzo y apliqué la mejor de mis atenciones.

La razón por la que me propuse tocar el tema precitado, no sólo devino por lo interesante que en sí mismo resulta, sino porque en la práctica, es muy común que en la averiguación previa de los delitos, la libertad personal de los gobernados, sea constantemente violada en contravención a las garantías individuales que nuestra Ley Fundamental de 1917 consagra.

Afortunadamente, gracias a las reformas procedimentales que se dieron en el código procesal federal y en el local, la libertad personal goza de mejores garantías en la fase de la averiguación previa. Después de Diciembre de 1990 y de Agosto de 1991, fechas en que respectivamente se reformaron esos ordenamientos, todo gobernado recibe un mejor tratamiento en su libertad personal, cuando ésta le es afectada en esa fase del procedimiento penal.

Ahora bien, no obstante dichas reformas, en la práctica, el Agente del Ministerio Público que maneja una averiguación previa con detenido, haciendo a un lado la buena fe de la institución que representa, ignorando el valor inapreciable que para todo individuo tiene la libertad personal, sigue afectándola ilegalmente. Sin aceptar la responsabilidad que implica disponer de la libertad personal de los aprehendidos o de los detenidos, según lo establecen las nuevas reformas de los ordenamientos adjetivos citados, prefieren consignar para librarse de compromisos.

Pues bien, con este trabajo pretendemos que se obligue a dicho Agente del Ministerio Público, a que ajustándose a las leyes adjetivas que regulan la averiguación previa con aprehendido o con detenido, disponga de la libertad personal de los afectados en esa fase del procedimiento penal.

Empezamos primeramente a hablar en el capítulo primero, de lo que debe entenderse por libertad personal, de la manera como nuestra Ley Fundamental la protege, así como de las formas de afectación que constitucionalmente se permiten en nuestro Estado de Derecho.

En el capítulo segundo, antes de hablar de la averiguación previa, hablamos del procedimiento en general, así como de su naturaleza jurídica y filosófica. Tratamos del concepto de la averiguación previa, del órgano autoritario director de esa fase procedimental, así como de las actividades que se comprenden en ella.

En el capítulo tercero, tratamos sobre las garantías constitucionales que tienen más relevancia en la averiguación previa y sobre todo, analizando el procesal federal y el local, hablamos de la averiguación previa con aprehendido y con detenido.

Ya en el capítulo cuarto, nos abocamos al análisis y crítica de los medios de defensa que se permiten en nuestro Estado de Derecho para impugnar los actos del Ministerio Público que privan ilegalmente de su libertad personal a los gobernados, en la averiguación previa. Concluyendo con una propuesta de adición a los artículos 39, 131, 147 y 200 de la Ley de Amparo en vigor.

Con dicha propuesta, se pretende hacer una aportación más, para que los gobernados que sean privados ilegalmente de su libertad personal en la averiguación previa, por actos del Ministerio Público, puedan obtener el goce de ese bien lo más pronto posible y conforme a las leyes adjetivas que reglamentan la averiguación previa con aprehendido o con detenido.

No consideramos que este trabajo sea perfecto, sin embargo, tenemos la seguridad de que con él, estamos contribuyendo a que se respete la legalidad en aras de la libertad personal, cuando ésta sea privada en la averiguación previa por actos del Ministerio Público.

Esperamos pues, las sanas críticas que al resultado de nuestro esfuerzo y atención, nuestros sinodales tengan a bien hacer.

CAPITULO I

CAPITULO PRIMERO

DE LA LIBERTAD PERSONAL

'La libertad Sancho, es uno de los más preciosos dones que a los hombres dieron los cielos; con ella no pueden igualarse los tesoros que encierra la tierra ni el mar encubre; por la libertad, así como por la honra, se puede y debe aventurar la vida'.¹

I.- LA LIBERTAD DEL HOMBRE.

Hay tantas definiciones de la idea de libertad, como épocas y pensadores que se han ocupado de ella.

La libertad, como el tiempo y como la verdad, son temas tan apasionantes que es difícil, por no decir imposible,, encontrar una definición que pudiera acoplarse a todos los tiempos o a todas las necesidades.

No se pretende dar en este trabajo, una definición de lo que es la libertad en su sentido más amplio en sus sucesivas interpretaciones históricas. No. Procuraremos, hasta donde nuestra capacidad nos lo permita, dar una idea de libertad de la

¹ Citada por Sebastián Estrella Méndez. La filosofía del Juicio de Amparo. Editorial Porrúa. 1988. Página X del Prólogo a cargo de Héctor González Uribe.

cual partiremos para llegar a la idea de 'libertad personal', que es de la que nos ocuparemos esencialmente durante el desarrollo de esta tesis, concretamente, cuando es afectada o restringida con motivo de la averiguación previa de los delitos.

Pues bien, para que podamos captar la idea del concepto libertad, es preciso que antes tengamos una idea del hombre y de sus circunstancias. Esto, en virtud de que el ser del hombre modifica la idea de sí mismo y en consecuencia, su idea de lo que es la libertad.

Debemos saber entonces, que el hombre es una clase de ser, que no sólo tiene idea de las cosas y necesita de tales ideas para existir, sino que además, ejecuta en su existencia ese acto singular que consiste en comparecer ante sí mismo y formarse una idea de sí mismo.

El hombre equipara esa idea de sí mismo, para reconocer sin presentación a otro hombre.

Un hombre no necesita de ninguna ciencia de ni ningún otro conocimiento más que el de sí mismo, para distinguir entre el mundo que lo rodea a los que son como él.

Requerirá, sí, que le hagan distinguir probablemente entre un gato y un perro, entre una vaca y un borrego, pero jamás tendrá que recibir la enseñanza de que un hombre es espejo de sí mismo, aunque ese individuo no sea de su sexo, ni de su edad, ni de su raza.

Así pues, al reconocer al individuo como un otro yo que no es nuestro yo sino distinto, individualizado, estamos

aceptando implícitamente su ser como ser libre. Esta libertad de ser, es lo que nos puede permitir reconocer la libertad del otro de ser.

Por la libertad, el hombre viene a poseer un saber de si mismo como hombre y no sólo como individuo único.

Podemos decir entonces que la libertad es la conciencia de ser único, singular, irrepetible e intransferible.

En ese sentido y en esa medida, la libertad y el ser son intercambiables.

Y es que la libertad no existe en abstracto sino en cada ser humano que sabe que nadie puede nacer por él, ni nadie puede experimentar su muerte.

En tanto lo entendamos así, podremos comprender entonces que se puede someter a un hombre, se le puede subyugar, se le puede encarcelar, pero jamás se le podrá despojar de su idea de libertad mas que aniquilándole la conciencia o matándolo.

Un esclavo, por el mero hecho de su contacto con su amo libre, sabe siempre que se puede rebelar. Sabe que antropológicamente él y su amo tienen el mismo rango. Si no lo hace, es decir, si no se rebela, es porque también sabe que el intento le puede costar la vida. Se somete pues, pero nunca pierde la conciencia de que es libre para pensar.

Luego entonces, la libertad no es como una facultad con regularidad constante, lo mismo que las facultades orgánicas o psíquicas, cuya residencia es un órgano determinado. No. El

Órgano de la libertad es el ser entero.

Por eso, no podemos prescindir del individuo al abordar el tema de la libertad, ya que justamente es aquél quién la ejerce.

Ahora bien, para saber cómo se manifiesta la libertad, es importante que se tome como premisa principal, la aceptación de que todo individuo tiene una teleología que perseguir y que es inherente a su ser.

Dicha teleología estriba, genéricamente hablando, en la obtención de su felicidad o bienestar, lo que se traduce en una situación subjetiva de satisfacción permanente, con independencia del estado real en que el individuo se encuentre o de las circunstancias materiales que lo rodean.

Cada individuo, al pretender su propia felicidad, se forja fines u objetivos en que según cada criterio individual puede estribar su bienestar.

Esa forjación de fines vitales, no es sino la consecuencia de un sinnúmero de factores de diversa índole que están presentes en cada individualidad.

Al concebir sus fines vitales en cuya obtención hace radicar su especial y propia felicidad o bienestar, el individuo asimismo, crea o escoge los medios que estima idóneos para conseguir tal objetivo.

Tanto en la concepción teleológica como en la selección de medios, el individuo obra por sí mismo. Nadie más que él

órgano de la libertad es el ser entero.

Por eso, no podemos prescindir del individuo al abordar el tema de la libertad, ya que justamente es aquél quien la ejerce.

Ahora bien, para saber cómo se manifiesta la libertad, es importante que se tome como premisa principal, la aceptación de que todo individuo tiene una teleología que perseguir y que es inherente a su ser.

Dicha teleología estriba, genéricamente hablando, en la obtención de su felicidad o bienestar, lo que se traduce en una situación subjetiva de satisfacción permanente, con independencia del estado real en que el individuo se encuentre o de las circunstancias materiales que lo rodean.

Cada individuo, al pretender su propia felicidad, se forja fines u objetivos en que según cada criterio individual puede estibar su bienestar.

Esa forjación de fines vitales, no es sino la consecuencia de un sinnúmero de factores de diversa índole que están presentes en cada individualidad.

Al concebir sus fines vitales en cuya obtención hace radicar su especial y propia felicidad o bienestar, el individuo asimismo, crea o escoge los medios que estima idóneos para conseguir tal objetivo.

Tanto en la concepción teleológica como en la selección de medios, el individuo obra por sí mismo. Nadie más que él

conoce la indole de su propia felicidad; sólo él sabe cuáles son los conductos adecuados para realizar sus objetivos personales y por ende, para lograr su felicidad.

Pues bien, es en la elección de fines vitales y en la escogitación de los medios para su realización, como se ostenta la libertad.

Podemos decir entonces, que la libertad es una potencia del ser-hombre, cuya actualidad aparece en el acto; se manifiesta en la decisión pero no siempre de manera igualmente decisiva.

Esa potencia del ser-hombre que a la vez es potencia de hacer, cuando se activa resulta lo que llamamos libertad.

Podemos concluir diciendo entonces que genéricamente, la libertad es la cualidad inseparable del ser-hombre consistente en la potestad que tiene de concebir los fines y de escogitar los medios respectivos que más le acomoden, para el logro de su felicidad particular.

2.- FUNDAMENTO FILOSOFICO DE LA LIBERTAD.

A el ser-hombre se le considera 'persona', en cuanto que tiende a conseguir un valor (bondad, justicia, belleza, etc.), objetivándolo en actos y sucesos concretos e individuales.

Nadie puede negar que cada uno de los individuos (hombre o mujer), tiene un ideal que perseguir.

En la búsqueda de ese ideal es como se va definiendo nuestra personalidad, lo que desde luego, nos va haciendo diferentes a los demás individuos.

Ahora bien, esa personalidad que habremos de estructurar, no se desenvuelve sin que haya libertad: libertad en el pensar y libertad en el actuar.

No podríamos encaminar nuestros pasos hacia el logro de un valor, si no fuéramos libres para escogerlo y convertirlo en nuestra meta y para poner en práctica los medios que nos condujeran a él.

Por eso es que todo individuo debe disfrutar de una libertad tal, que le permita escoger su meta y los medios que lo conduzcan a ella.

Kant decía que todo ente autoteleológico, es decir, todo individuo, se considera 'persona', en virtud de que su voluntad se enfoca invariable y absolutamente hacia la obtención de su felicidad. Opinaba este filósofo que precisamente en función de su teleología, el hombre es naturalmente libre para concebir sus propios fines vitales y para seleccionar y poner en práctica los medios tendientes a su realización.²

Afirmaba también Kant, que el hombre debe ser fin de sí

² Citado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Manual del Juicio de Amparo. Editorial Themis 1989. Página 5.

mismo y no medio para fines ajenos; decía que si el hombre, si la persona humana, estuviera constreñida a realizar ciertos fines determinados de antemano, sin intervención de su libre albedrío, se destruiría entonces la personalidad, ya que en tal hipótesis, el sujeto sería empleado como un mero medio de verificación de los propósitos materiales de la aludida predeterminación, no constituyendo por ende, el fin en si mismo en que estriba su propia evolución.³

En este orden de ideas, podemos decir que la libertad de elección de fines vitales, viene a ser entonces una mera consecuencia, no sólo lógica y natural del concepto de la personalidad humana, sino un factor necesario e imprescindible de su desenvolvimiento.

Así que filosóficamente, podemos decir que la libertad es un atributo consubstancial de la naturaleza humana; es decir, que el hombre, en su íntima esencia, es libre por necesidad ineludible de su propia personalidad, o sea, de su autoteleología como elemento substancial de su ser.

3.- LA LIBERTAD COMO UNA PRERROGATIVA.

Dijimos que la libertad, genéricamente hablando, se revela como una potesta inseparable de la naturaleza humana, como un elemento esencial de la persona humana.

³ Citado por la misma obra anterior y en la misma página.

Sin embargo, esa libertad dentro de una organización social, no puede ser concebida como una ilimitada y absoluta actuación, ya que tal libertad sólo podría tener lugar en el hipotético 'estado de naturaleza' del que hablara Rousseau, en donde cada hombre, por el hecho de vivir aislado de sus congéneres, desempeña su conducta sin restricciones, de acuerdo con la capacidad de sus fuerzas naturales.

Ahora bien, como el hombre, animal gregario por naturaleza, tiende a vivir en comunidad, es por lo que esa libertad 'absoluta' de que antes gozaba, viene a limitarse en aras de la convivencia social armónica.

La libertad del individuo como miembro de la comunidad, no es pues absoluta, sino que está sujeta a restricciones o limitaciones que tienen su razón de ser en la vida social misma.

Y es que si vivimos en sociedad, no podemos disfrutar de una libertad irrestricta, de manera que hagamos todo lo que nos venga en gana, porque entonces podría ocurrir que en ese despilfarro de libertad, en ese abuso de libertad, invadieramos el campo de la libertad de otro.

Por eso es necesario que como miembros de una organización social, de una comunidad, no conduzcamos de un modo tal que nuestra libertad termine donde empieza la libertad de los demás.

Podríamos preguntarnos ¿Cómo fue posible concebir a la libertad social como una prerrogativa del individuo?. Es decir, como un derecho o privilegio que debía ser respetado por

cualquier autoridad del Estado en beneficio del gobernado.

Para dar respuesta a tales interrogantes, es preciso analizar el cuestionamiento desde dos puntos de vista:

- a).- Desde un punto de vista teórico y
- b).- Desde un punto de vista histórico.

Desde el primer punto de vista, se dice que el hombre, para conservar la armonía en la convivencia social del grupo a que pertenecía, conciente de la necesidad de limitar su libertad social natural, se vino a 'autolimitar' creando cauces a su conducta, esto es, dándose normas. Por la misma razón, se vino a 'autodeterminar' adoptando cierto sistema de vida, es decir, dándose un tipo de Estado que podría ser republicano, monárquico, etc.

Siguiendo con el mismo orden de ideas, se dice que para que la vida en común fuera posible y se pudiera llevar por un sendero de orden, para evitar el caos en la sociedad, se consideró indispensable que existiera una regulación jurídica que encauzara y dirigiera esa vida en común y que normara las relaciones humanas sociales.

Fue menester entonces, que existiera un derecho, concebido éste formalmente, como el conjunto de normas de vinculación bilateral, imperativas, obligatorias y coercitivas.

De igual manera, para evitar que en la relaciones sociales se produjeran fricciones, se necesitó de la creación de una organización social que, en términos generales, comprendiera o abarcara todas las relaciones de los particulares entre sí, los

procedimientos adecuados para resolver los conflictos de interés entre las personas, así como las prevenciones represivas de las transgresiones o abusos que se cometieran.

El contenido normativo del derecho debía, pues, estar garantizado en cuanto a su imperatividad, por un poder superior a la voluntad de cada individuo, de tal suerte, que la aplicación de lo jurídico no quedara supeditada al arbitrio de éste.

Ese poder superior recibe el nombre de Autoridad, entendida como la actuación suprema, que radica en la comunidad misma y que es ejercida por entidades creadas a posteriori a las que expresamente ha conferido esa facultad.

Así, la Autoridad del Estado (como forma de organización política y jurídica de una sociedad humana), viene a implicar un poder, es decir, viene a comprender un conjunto de facultades y actos, tendientes a garantizar el orden de derecho, mediante su idónea aplicación contra posibles contravenciones por parte de los individuos de la comunidad.

Continuando en el primer punto de vista, se dice también que el poder social cuyo titular es el Estado, se caracteriza por ser Soberano y que la Soberanía, viene a ser un atributo del poder estatal, que puede concebirse como el poder o conjunto de facultades para definir y regular con absoluta libertad, todas las situaciones y actividades de los habitantes del territorio respectivo:

La Soberanía no se concibe desde luego, como una facultad ilimitada, sino que está sujeta a restricciones que obedecen a su propia naturaleza. A la Soberanía se le han dado

dos atributos, que implican la negación de la arbitrariedad al traducirse en la creación de un orden de derecho.

Objetivamente, desde el punto de vista teórico, se dice que la Soberanía, al igual que el individuo, se 'autolimita', es decir, que el pueblo en su ejercicio, despliega su actividad suprema dentro de ciertos cauces jurídicos, que él mismo se obliga a no transgredir; y se 'autodetermina', esto es, que el pueblo mismo como su titular, adopta la forma de gobierno que más le conviene, selecciona él mismo la manera de constituirse y el sistema de funcionamiento.

Pues bien, continuando con el primer punto de vista, se dice que la primera y más importante función de la Soberanía, es la institución de las normas fundamentales que deben presidir la organización del Estado en todos sus diversos aspectos.

Se dice que como a propósito de la organización y estructuración de la entidad denominada Estado, así como de la normación de las relaciones que dentro de ella se entablan, la persona es el elemento central que debe ser tomado en cuenta por el orden jurídico estatal, es por lo que para la debida satisfacción de los intereses sociales e individuales, la Soberanía debe declarar primero los derechos del hombre y después, debe limitar la actuación de los distintos órganos gubernativos, en el sentido de que sus relaciones y sus actividades respeten tales derechos, de manera que queden garantizados contra los errores o los abusos del poder.

Así, las garantías de los derechos del hombre, entre los que ocupa lugar preeminente la libertad social, desde el punto de vista teórico, se conciben como las distintas

prevenciones que la Soberanía ha impuesto en la ley constitutiva de un Estado (comunidad humana autónoma, políticamente organizada y asentada en un territorio definido); se conciben como las limitaciones y obligaciones a que sujetan su actuación los órganos gubernativos, para que los propios órganos respeten y permitan que las personas disfruten y ejerzan libre y eficientemente dentro del marco de las leyes, los derechos humanos declarados en la misma ley constitutiva.

Las garantías que se instituyen en el acta constitutiva de un Estado para beneficio de los gobernados, vienen a ser precisamente las que protegen los derechos humanos, entendidos éstos, como las facultades que los hombres tienen por razón de su propia naturaleza, de la naturaleza de las cosas y del ambiente en el que viven, para conservar, aprovechar y utilizar libre pero lícitamente sus propias aptitudes, su actividad y los elementos que honestamente pueden disponer, a fin de lograr su bienestar y su progreso personal, familiar y social.

Desde el punto de vista teórico, podemos opinar entonces que la libertad social como prerrogativa del individuo, fue concebida en cuanto el individuo empezó a discernir sobre conceptos como el Estado, la Soberanía, etc. Es decir, propiamente a partir del periodo de la historia denominado 'La Edad Media'.

Desde el punto de vista histórico, ¿En qué momento fue concebida la libertad social como una prerrogativa del individuo?

La historia nos demuestra, en primer lugar, que no siempre le fue reconocida al individuo la prerrogativa de la

libertad.

En efecto, a pesar que en toda comunidad antigua, de la Edad Media y aun de los tiempos modernos, siempre funcionó el derecho, independientemente de sus modalidades orgánicas o teleológicas, así como de su fuente y estimación axiológica, lo cierto es que no se reconoció hasta el Siglo XVIII, ni aún se respetó, la esfera mínima de actividad individual, que permitiera al sujeto el ejercicio de su potestad libertaria tendiente al logro de su felicidad.

Desde los tiempos más remotos, no se tiene noticia de que en algún país de la antigüedad, hubiese existido un régimen gubernativo que atendiera a la libertad como a un derecho del hombre. Por tal motivo, en ese periodo de la historia no era posible hablar de la existencia de los derechos del hombre, considerados éstos como el conjunto de prerrogativas del gobernado, de observancia jurídicamente obligatoria e imperativa para los gobernantes.

Aún en las naciones con gobiernos organizados que existieron en la antigüedad, se ignoró la dignidad personal de los individuos particulares y los respetos que debían prestárseles por su propia naturaleza.

Consecuentemente, en ese periodo de la historia no era posible hablar de potestades o facultades de hecho, de que pudiera gozar el individuo dentro de la comunidad a que pertenecía y que constituyen una esfera de acción o actividad propia frente al poder público:

Con las restricciones que se dieron a la libertad hasta la Edad Media, se eclipsó totalmente la personalidad humana como entidad autoteleológica, convirtiéndola así, en un simple medio al servicio del poder legal ejercitado por los órganos de autoridad, en quienes estaba depositada la facultad de elaborar las leyes.

Hasta el Siglo XVIII de la Era Cristiana, el Estado y sus Autoridades estaban en la posibilidad de respetar la esfera de acción del gobernado, pero no como consecuencia de una obligación jurídica, sino a título de mera tolerancia. En estas circunstancias, el gobernante según su arbitrio y discreción, podía o no respetar la libertad de un individuo, mas no estaba obligado a acatarla.

Como en aquellos tiempos, ni las leyes ni las costumbres contenían garantía de ninguna clase contra los errores o abusos de la autoridad; las autoridades ejercían el poder público en forma arbitraria y prepotente.

Cuando la actuación de la autoridad implicaba una afectación a la persona en sus múltiples derechos (como la vida, la propiedad, la libertad, etc.), jamás se sujetaba a ciertos principios previos ni llenaba requisito alguno. Es decir, no existían garantías jurídicas de ninguna especie.

El Estado entonces; sin tener barreras jurídicas que limitaran su actividad en beneficio del gobernado, se tornó cada vez más prepotente, invadiendo las órbitas de actuación del individuo, como sucedió principalmente en Francia, donde los monarcas eran dueños de las vidas y haciendas de sus súbditos.

Désde el punto de vista histórico, podemos decir que fueron los desmanes y las arbitrariedades cometidas por el poder público contra los gobernados, así como las concepciones filosóficas iusnaturalistas propaladas, los que determinaron que el individuo exigiera el respeto a sus prerrogativas como persona (como sucedió en Inglaterra en el año de 1215), entre las que se encuentra, desde luego, la libertad social a la que nos hemos referido.

Consecuentemente, se vino así a instituir la consagración jurídica de la libertad social como una prerrogativa del individuo.

En nuestra opinión, consideramos que los dos puntos de vista que explican y reconocen a la libertad social como una prerrogativa del individuo, son acertados. El teórico acepta y reconoce esa libertad social, como una limitación que el propio poder del Estado se impone en ejercicio de uno de los atributos de su Soberanía: la autodeterminación. El histórico, explica y reconoce la libertad social como prerrogativa del individuo, en tanto resultado de un derecho conquistado por el gobernado, que lo ponía a resguardo de los actos arbitrarios y prepotentes de los órganos del Estado.

Ambos criterios coinciden a fin de cuentas, en cuanto a que el poder del Estado, reconoce para beneficio de los gobernados, la libertad social de éstos como una prerrogativa de la cual son titulares.

Pues bien, al instituirse las garantías de los gobernados en la famosa Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, signado en Francia el 26 de Agosto de 1789, se

vino a proclamar la libertad universal del ser humano.

Se aceptó entonces, que todo hombre, por el hecho de ser tal, nace libre.

La libertad se hizo así extensiva a todo sujeto, con independencia de su condición particular de cualquier género y especie.

Podemos concluir diciendo, que independientemente de como se haya implantado jurídicamente las prerrogativas de la persona, lo cierto es que una vez implantadas, en el orden a la libertad del individuo, ésta no se considera ya como un simple atributo del sujeto en el proceder ante sus semejantes en la vida social, sino que es ya un derecho público subjetivo oponible y exigible al Estado.

4.- CONCEPTO DE LIBERTAD PERSONAL.

Dijimos que la libertad genérica se podía definir como cualidad inseparable del ser-hombre, consistente en la potestad que tiene de concebir los fines y de escogitar los medios respectivos que más le acomoden para el logro de su felicidad.

La libertad así traducida, presenta dos aspectos fundamentales establecidos en razón del ámbito donde se despliega.

La escogitación puede tener lugar inmanente, sólo en el intelecto de la persona humana y sin trascendencia objetiva, caso

en el que la potestad electiva, no implica sino una libertad subjetiva o psicológica ajena al campo del derecho.

Ahora bien, como el individuo no se conforma en concebir los fines y medios sino que procura darles objetividad extendiéndolos a la realidad, es como surge entonces esta libertad social a la que nos hemos referido, es decir, la potestad que tiene la persona de poner en práctica trascendente, tanto los conductos como las fines que se ha forjado.

La libertad social que trasciende a la realidad, puede ser traducida como la facultad que tiene la persona humana, de objetivar sus fines vitales mediante la práctica real de los medios idóneos para ese efecto. Esta libertad es la que precisamente interesa al campo del derecho, ya que la subjetiva o psicológica, como se contrae al fuero íntimo del intelecto o de la conciencia, es indiferente en sí misma a la regulación jurídica.

Esa libertad que importa al campo del derecho, esa potestad genérica de actuar real y trascendente de la persona humana, que implica la consecución objetiva de fines vitales y la realización práctica de los medios adecuados para su obtención, se puede desplegar de diferentes maneras y en diversos ámbitos o terrenos.

Cuando la actuación humana se ejerce en una determinada órbita y bajo una forma particular, se tiene una libertad específica; ésta, es una consecuencia o derivación de la libertad social genérica, que se ejercita bajo ciertas formas y en una esfera determinada (como la libertad de expresión, de trabajo, de comercio, de imprenta, etc.).

Dicho en otros términos, las libertades específicas constituyen aspectos de la libertad genérica del individuo, es decir, modos o maneras especiales de actuar.

Luego entonces, podemos afirmar que la libertad física del hombre, comúnmente denominada libertad personal o ambulatoria, es una libertad específica derivada de la libertad social, que puede traducirse como la situación negativa de no estar impedido heteróneamente para movilizarse o desplazarse según sus deseos, o sea, de no estar en cautiverio.

Como 'la libertad personal' es imprescindible para que la mayoría de los demás libertades puedan funcionar, es, por esta circunstancia, la condición ineludible y fundamental para el ejercicio de todos los derechos individuales sin excepción.

5.- LA LIBERTAD PERSONAL EN LA CONSTITUCION MEXICANA DE 1917.

En la República Mexicana, por virtud del régimen de derecho establecido por la Constitución del 17 en vigor, el gobernado no sólo goza de su libertad natural erigida en derecho sustantivo oponible al poder público, sino que además, vive en un ámbito en el que se le garantiza que ese derecho no le podrá ser arrebatado ni restringido mas que en las situaciones y mediante las exigencias previstas en los mandamientos constitucionales.

El Poder Constituyente de 1917, sabedor de que el reconocimiento de los derechos del hombre es la condición indispensable para el debido y correcto agrupamiento de los

humanos en sociedad, consideró que el Estado Mexicano, debía entonces garantizar el respeto a sus derechos, que son indispensables, no sólo para el progreso de los individuos en particular, sino para el progreso social en general.

Por eso el Constituyente de Querétaro, cuando dio origen a nuestra Constitución actual, creó y organizó a los poderes constituidos, dotándolos de facultades expresas y por ende limitadas. Instituyó además frente al poder de las autoridades, ciertos derechos de la persona que quedaron consagrados en los primeros 28 veintiocho artículos.

Por lo que respecta a libertad personal, física o ambulatoria el Poder Constituyente se preocupó porque nuestra Ley Fundamental la asegurará a través de diferentes disposiciones que consignan propiamente lo que se entiende como 'garantías de seguridad jurídica'.

Ignacio Burgoa opina que esas garantías de seguridad jurídica '...son las que protegen esencialmente la dignidad humana en las relaciones del hombre con la autoridad; implican el conjunto general de condiciones, requisitos, elementos o circunstancias previos a que debe sujetarse una cierta actividad autoritaria para generar una afectación válida de diferente índole en la esfera del gobernado, integrada por el *summum* de sus derechos subjetivos'.⁴

Los artículos 14, 15, 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22 y 23

⁴ Ignacio Burgoa. Las Garantías Individuales. Editorial Porrúa 1985. Página 498.

de nuestra Ley Fundamental en vigor, consignent distintas garantías de seguridad jurídica que tienden a evitar tanto la afectación arbitraria de la libertad personal, como su prolongada o indefinida restricción.

Nuestra Constitución Federal señala, como en seguida lo veremos, los casos en que la libertad personal puede afectarse, las autoridades que únicamente pueden realizar actos de afectación y los plazos en que el sujeto puede permanecer aprehendido o detenido en las diversas etapas en que se desarrolla el procedimiento originado por la causa o motivo que provoca la aprehensión o detención.

Del artículo 14 en su segundo párrafo, se desprende que nadie podrá ser privado de su libertad en la República Mexicana, sino mediante juicio que se siga ante tribunales previamente establecidos, en el que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al hecho.

El tercer párrafo de ese mismo precepto, garantiza a todo individuo que en la República Mexicana, en todo juicio del orden criminal, no se podrá imponer pena por analogía ni por mayoría de razón, si no está decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.

El artículo 15 dispone que en la República Mexicana, no se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común, si tuvieron en el país donde se cometió el delito, la condición de esclavos. Tampoco autoriza la celebración de conventos o tratados, en virtud de los cuales se alteren las

garantías y derechos establecidos por la propia Constitución, para el hombre y el ciudadano.

La primera parte del primer párrafo del artículo 16, nos protege contra cualquier acto de simple molestia que se infiera a nuestra persona, si no procede a virtud de un mandamiento escrito de autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento originado por el motivo que provoca la molestia.

La segunda parte del primer párrafo de ese mismo precepto, prevé los casos en que una persona puede ser aprehendida o detenida, siempre y cuando se cumplan con determinados requisitos que en el mismo dispositivo se señalan, requisitos que por su importancia, los transcribiremos en su parte conducente. Dispone la parte del precepto en comento que: 'No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención a no ser por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta, de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito, en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata. Sólomente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial'.

Los artículos 17 cuarto párrafo y 18 primera parte

primer párrafo, consignan garantías jurídicas que, si bien no prevén ninguna forma restrictiva de la libertad personal, sí la protegen evitando su afectación arbitraria por parte de los órganos del Estado, al disponer respectivamente que nadie puede ser aprisionado por deudas de carácter puramente civil, y que sólo por delito que merezca pena corporal, habrá lugar a prisión preventiva.

El primer párrafo del artículo 19, limita el tiempo que puede durar la prisión preventiva, es decir, la restricción de la libertad física que sufre una persona, contra la que se ha ejercitado la acción penal por su probable responsabilidad en la comisión de un delito que se sanciona con pena corporal. Dispone la parte de ese precepto que: 'Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión, en el que se expresará: el delito que se impute al acusado; los elementos que constituyen aquél; lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado. La infracción de esta disposición, hace responsable a la autoridad que ordene la detención o la consenta, y a los agentes, ministros, alcaides o carceleros que la ejecuten'.

El mismo precepto anteriormente citado, también establece en su tercer párrafo que: 'Todo maltratamiento en la aprehensión o en la prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles, son abusos que serán corregidos por las leyes y reprimidos por las autoridades'.

El artículo 20, aunque contiene garantías jurídicas

otorgadas a toda persona que sea acusado en un juicio criminal, no deja de ser importante debido a que su primera fracción, prevé los casos en que cumplidos determinados requisitos, el acusado puede obtener su inmediata libertad, que será provisional y bajo caución. Dispone la parte de ese precepto que: 'Inmediatamente que lo solicite (el acusado), será puesto en libertad provisional bajo caución... siempre que dicho delito... merezca ser sancionado con pena cuyo término medio aritmético no sea mayor de cinco años de prisión, sin más requisito que poner la suma de dinero respectiva...'

La tercera parte del primer párrafo del artículo 21, prevé los casos en que la libertad personal puede ser restringida como consecuencia de la sanción a que se puede hacer acreedor un individuo, al incurrir en una infracción a los reglamentos gubernativos y de policía. Dispone la parte de ese precepto que: 'Compete a la autoridad administrativa, la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas; 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'.

Los artículos 22 primero y último párrafo, y 23 segunda parte del primer párrafo, tampoco prevén formas restrictivas de la libertad personal, sino que respectivamente prevén la prohibición de algunas penas, los casos en que puede imponerse la pena de muerte y la garantía de que ninguna persona podrá ser juzgada dos veces por el mismo delito.

Ahora bien, aun cuando no están comprendidas en la

parte dogmática de nuestra Ley Fundamental, las disposiciones contenidas en el artículo 103 y 107 fracciones I, VII, X, XI, XII y XVII primero, segundo, tercero y cuarto párrafos; indudablemente que pueden ser consideradas como garantías de seguridad jurídica, en virtud de que tienden a evitar la prolongación indebida de la libertad de una persona detenida y, sobre todo, porque contienen las bases constitucionales para que toda persona pueda excitar la actividad del Poder Judicial Federal, encaminada a velar porque los actos de las autoridades se sujeten a las disposiciones de la Carta Magna.

Del análisis somero que finalmente hagamos del contenido de los preceptos constitucionales referidos, podemos afirmar entonces, que en la República Mexicana, de acuerdo al orden de derecho establecido por la Ley Fundamental en vigor, no sólo se consagró jurídicamente la libertad personal del gobierno como una prerrogativa, como un derecho subjetivo público, sino que además, se concibió un sistema de defensa para la protección de los derechos denominados 'Juicio de Amparo', al cual nos referiremos con más detalle en el capítulo cuarto de esta tesis.

6.- FORMAS DE AFECTACION DE LA LIBERTAD PERSONAL PREVISTAS EN NUESTRA LEY FUNDAMENTAL DE 1917.

De acuerdo con lo establecido por nuestra Constitución Federal en vigor y según el criterio sometido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación⁵, podemos decir que en la

⁵ Tesis de Jurisprudencia No. 119. Suprema Corte de Justicia de la Nación 1917-1988. Libro 3, 2da. Parte. Salas y Tesis Comunes. Volumen II D-a la O. Mayo- Ediciones. Página 1788.

República Mexicana, la libertad personal puede ser restringida por los siguientes modos:

A).- POR APREHENSION. La palabra *aprehensión* es bien definida por la lingüística, no tiene necesidad de interpretación. El diccionario de la lengua española nos dice que '*aprehensión*' es coger, asir o prender a una persona.

La interpretación literal de la expresión, viene a significar en el ámbito jurídico, cuál de los valores del hombre se va a afectar en forma exclusiva bajo la potestad de la autorización constitucional.

Aprender significa pues, privar provisionalmente de la libertad al autor de la conducta delictiva, en tanto se le pone a disposición de la autoridad inmediata competente.

Manuel Rivera Silva, por su parte, no dice que '*la aprehensión en términos generales, se refiere al acto material de apoderarse de una persona privándola de su libertad*'⁶

B).- POR DETENCION. La que se entiende como el estado de privación de la libertad en que se encuentra una persona, cuando ha sido depositada en una cárcel o prisión pública que preste la seguridad necesaria para que no se evada.

C).- POR PRISION PREVENTIVA. Que se refiere al estado de

⁶

Manuel Rivera Silva, El Procedimiento Penal, Editorial Porrúa 1990. Página 137.

privación de la libertad que guarda una persona, contra la que se ha ejercitado la acción penal; y finalmente

D).- POP LA PENA DE PRISION. Que no es otra cosa sino la privación de la libertad que sufre una persona, en cumplimiento de una sanción corporal.

Las cuatro formas restrictivas de la libertad a que nos hemos referido, están contempladas y reglamentadas por nuestra Ley Fundamental en vigor, sin embargo, en nuestra opinión, consideramos que se admiten otras formas restrictivas de la libertad personal como son: el arresto y el arraigo.

El arresto es la privación de la libertad personal que sufre un individuo, como consecuencia de un mandato de autoridad administrativa.

El artículo 21 constitucional, establece que compete a la autoridad administrativa, la aplicación de sanciones por las infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa o arresto hasta por treinta y seis horas.

También el Código de Procedimientos Penales Federal y Local para el Estado de Guanajuato, ordenamientos a los que nos referiremos en capítulos posteriores de esta tesis, contemplan el arresto, pero como una corrección que los tribunales pueden aplicar a las personas que en las diligencias que practiquen, alteren el orden no les guarden el respeto y consideración debidos. Contemplándose también como un medio de apremio, que el Ministerio Público puede emplear contra las personas para hacer cumplir sus determinaciones.

El arraigo, que aunque en opinión de algunos autores viene a ser una limitación a la libertad de tránsito tutelada por el artículo 11 constitucional, implica también, de algún modo, una limitación a la libertad personal. Esta regulado por el artículo 205 del Código Federal de Procedimientos Penales, así como por el artículo 193 del Código de Procedimientos Penales vigente en el Estado de Guanajuato. Ambos dispositivos, el federal y el local, establecen los casos en que procede, así como la autoridad que lo puede decretar.

Para finalizar, sólo resta decir, que el arraigo en materia penal, es considerado como la obligación que se impone a una persona, para estar en determinado lugar, ordenada por la autoridad judicial.

CAPITULO III

CAPITULO SEGUNDO

DE LA AVERIGUACION PREVIA

I. EL PROCEDIMIENTO PENAL COMO CONSECUENCIA DEL PRINCIPIO DE PROHIBICION QUE GARANTIZA LA ARMONIA SOCIAL.

El Estado, en cuanto representante de la sociedad organizada, tiene entre sus objetivos primordiales, la obligación de velar por la vida de la misma sociedad, por lo que fiel a esa obligación, establece cuáles son las limitaciones necesarias que deben regir la efectividad de la vida gregaria.

Fija así, frente a la libertad absoluta, que es el principio que anima al hombre, la prohibición de ciertos actos, prohibición que es justamente el principio de la vida social.

Manuel Rivera Silva opina que el principio de prohibición, limitándolo exclusivamente al campo del derecho penal, consiste en el señalamiento de lo que el hombre debe hacer; dicho en otros términos, consiste en la fijación de los delitos o de los procederres que ha menester evitar, para que la vida social sea una auténtica realidad.¹

¹ Manuel Rivera Silva. El Procedimiento Penal. Editorial Porrúa 1990. Pág. 4.

Pero como la simple definición de los delitos por sí sola no logra el objetivo buscado: la armonía social, es por lo que el Estado, para evitar las conductas antisociales definidas, recurre a ciertos métodos que no son sino la advertencia de causar un dolor, una pena, a quien realice proceder delictuosos. Aparece así la sanción, es decir, la amenaza de un castigo para quien incurra en una prohibición prevista por la ley.

Ahora bien, como el Estado no puede, en forma caprichosa y arbitraria, determinar qué hechos pueden ser calificados como delito para, en su caso, aplicar la sanción correspondiente, fue por lo que se estableció entonces un procedimiento.

Con dicho procedimiento, constituido por cierta reglamentación que quiere impedir la anarquía en la actuación, se intenta comprobar la existencia de los datos que la ley fija como condicionantes de la sanción, para así dar vida en casos concretos, a las normas contenidas en el derecho penal material, y hacer efectivas las formas de conducta, que el propio derecho penal se*ala como idóneas para la buena vida gregaria, al través de las cuales se pugna por la feliz verificación de la personalidad humana.

Como consecuencia de la aplicación del principio de prohibición, el Estado no sólo forma el derecho penal, constituido éste por el conjunto de formas en las cuales a una conducta determinada se le prescribe cierta consecuencia: al 'ser' de una conducta (delito) se le fija el 'deber ser' de una consecuencia (sanción); sino que además, da lugar a la formación

del derecho de procedimientos penales, constituido éste por el conjunto de reglas que rigen la actividad que es necesario desarrollar, para la aplicación de las normas señaladas por el derecho penal material.

Ambos derechos, desde luego que están íntimamente ligados entre sí, pero tienen fines distintos.

El derecho penal material, tiene un fin genérico que estriba en garantizar la armonía social; y un fin específico, que consiste en la fijación de lo que no se debe hacer (delito) para lograr la realización del fin genérico.²

El derecho de procedimientos penales persigue también dos fines: uno que se encamina a la aplicación de la ley al caso concreto y otro que somete la aplicación de la ley a determinadas reglas.³

Juan José González Bustamante opina que el procedimiento penal: 'es el conjunto de actividades y formas regidas por el derecho procesal penal, que se inicia desde que la autoridad pública interviene al tener conocimiento de que se ha cometido un delito y lo investiga, y que se prolonga hasta el pronunciamiento de la sentencia donde se obtiene la cabal

² Manuel Rivera Silva. El Procedimiento Penal. Editorial Porrúa 1990. Pág. 25.

³ Manuel Rivera Silva. El Procedimiento Penal. Editorial Porrúa 1990. Pág. 25.

definición de las relaciones de derecho penal'.⁴

En este orden de ideas, el procedimiento penal, mediante una estructuración lógica, puede resumirse de la siguiente manera:

a).- Una vez que se tiene conocimiento de un hecho que puede ser delictuoso, lo primero que procede es que la autoridad investigadora averigüe y reúna los elementos que son necesarios para poder acudir al órgano jurisdiccional, en solicitud de aplicación de la ley al asunto en concreto.

b).- El órgano jurisdiccional a quien le han sido asignados los hechos, busca si en el caso de su atención puede haber elementos que justifiquen el proceso, es decir, si puede comprobarse la existencia de un delito y si hay datos que hagan probable la responsabilidad de un sujeto. Sin estos elementos, el órgano jurisdiccional no tiene porqué continuar ocupándose del asunto, ya que no hay base para que realice sus actividades, y sin dicha base, sería ocioso el desarrollo de sus funciones.

c).- Pero si el órgano jurisdiccional encuentra que hay base para el proceso, inicia éste; y después de que las partes aportan los medios probatorios que estimen pertinentes para la ilustración de aquél, y fijen su parecer tomando en consideración

⁴

Citado por Manuel Rivera Silva. El Procedimiento Penal. Editorial Porrúa 1990. Pág. 14.

dichas pruebas, es cuando se aplica el derecho.

En opinión de Manuel Rivera Silva⁵, los tres momentos en que doctrinalmente se ha dividido el procedimiento penal son los siguientes:

a).- PRIMERO.- En el que la autoridad investigadora reúne los elementos necesarios para acudir al órgano jurisdiccional.

b).- SEGUNDO.- En el que la autoridad judicial antes de abrir un proceso, busca la base del mismo mediante la comprobación del cuerpo del delito y la posible responsabilidad.

c).- TERCERO.- En el que habiendo base para un proceso, se abre éste y las partes aportan los medios probatorios, fijando sus posiciones tomando en consideración esos medios probatorios para que el Juez resuelva.

Para finalizar con este punto, expondremos con detalle la explicación que Manuel Rivera Silva da acerca de los tres periodos del procedimiento penal⁶; periodos que al igual que el procedimiento en general, tienen límites y contenido propio.

PRIMER PERIODO, denominado también 'de preparación de

⁵ Manuel Rivera Silva. El Procedimiento Penal. Editorial Porrúa 1990. Págs. 21 y 22.

⁶ Manuel Rivera Silva. El Procedimiento Penal. Editorial Porrúa 1990. Págs. 26, 27, 28 y 29.

la acción penal', inicia con la averiguación previa y termina con la consignación. Su finalidad reside en la reunión de todos los datos que son necesarios para que el órgano investigador, pueda excitar al órgano jurisdiccional a que cumpla con su función. Su contenido está comprendido, por un conjunto de actividades debidamente reglamentadas, que son realizadas por y ante un órgano especial que es el Ministerio Público, auxiliado por la Policía Judicial que está subordinada a su mando inmediato.

SEGUNDO PERIODO, denominado de 'preparación del proceso', inicia con el auto de radicación y termina con el auto de formal prisión o de sujeción a proceso o de libertad por falta de méritos con las reservas de ley. La finalidad que se persigue en este periodo, consiste en reunir los datos que van a servir de base al proceso, o sea, comprobar la comisión del delito y la posible responsabilidad de un delincuente. Su contenido está integrado por un conjunto de actividades legalmente reguladas y dirigidas por el órgano jurisdiccional.

TERCER PERIODO, denominado 'del proceso', el cual se divide, a su vez, en cuatro periodos.

1.º - Periodo de instrucción, que inicia con el auto base del proceso y termina con el auto que declara cerrada la instrucción. Su finalidad consiste en averiguar y probar la existencia del delito, las circunstancias en que se cometió y las peculiares del acusado.

En esta parte del proceso, es en donde se le aportan al Juez los medios para que pueda cumplir con su cometido: dictar la sentencia.

Es en la instrucción, en donde se le aportan al Juez todos los datos que necesita conocer para llevar a cabo el acto de voluntad mediante el cual decide. Por eso se dice que el contenido de la instrucción, está constituido por todas las actividades realizadas por y ante los tribunales, encaminadas a la aportación de las pruebas que servirán para la decisión.

Esta parte del proceso, se divide a su vez por un 'auto que declara agotada la averiguación'. Auto que es dictado por el Juez, cuando estima que ya no hay diligencias por desahogar. Con ese Auto, el Juez hace un llamado a las partes (acusadora y defensora), para que promuevan las pruebas que estimen pertinentes, fijando a su vez, un término dentro del cual deberán desahogarse.

Es evidente entonces, que con el auto que declara agotada la averiguación, no se cierra la instrucción, ya que todavía queda la etapa en la que las partes promueven pruebas y éstas se desahogan.

2).- Periodo preparatorio del juicio, que inicia con el auto que declara cerrada la instrucción y termina con la citación para audiencia. Su finalidad consiste en precisar la posición de las partes, basándose en los datos reunidos durante la instrucción. Es aquí donde el Ministerio Público precisa su acusación y el procesado su defensa. El contenido de este periodo del proceso, se forma con los escritos que contienen las conclusiones que cada una de las partes formula.

3).- Periodo de audiencia, cuya finalidad estriba, en que las

partes rindan las pruebas permitidas por la ley y se hagan oír por el órgano jurisdiccional, respecto de la situación que han sostenido en el período probatorio del juicio. Su contenido está comprendido, por un conjunto de actividades realizadas por las partes, ante y bajo la dirección del órgano jurisdiccional, pudiendo éste intervenir en la forma como la establece la ley.

- 4).- La última parte del proceso y del procedimiento penal concebido por la Doctrina, es la que se denomina 'fallo'. Abarca desde el momento en que se declara 'visto' el proceso, hasta que se pronuncia la sentencia. La finalidad de esta última parte del proceso, es la de que el órgano jurisdiccional declare el derecho en el caso concreto, valorando las pruebas existentes en el procedimiento. Su contenido lo constituye la sentencia misma, o sea, la creación de la norma individual.

2.- EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO, SEGUN LA CONSTITUCION FEDERAL EN VIGOR.

Por razón del referido principio de prohibición y en función del sistema federal adoptado por nuestra organización política, lo que produce un reparto de competencias entre dos órdenes legislativos: federal y común, la Constitución Federal, así como la de cada una de las Entidades Federativas que integran la República Mexicana, facultaron a sus respectivos poderes legislativos, para que dentro de sus esferas de competencia, definieran las conductas antisociales y fijaran la sanción correspondiente.

Tales ordenamientos constitutivos, facultaron también implícitamente a dicho poderes, para que establecieran en sus respectivos órdenes (federal y común), el procedimiento por virtud del cual, se determinaría cuándo determinados hechos podrían ser calificados como delictuosos para aplicar la sanción correspondiente.

En la República Mexicana, como principio general, todos los delitos son considerados de la competencia común, excepto los que el Congreso de la Unión, en uso de la facultad que se le confiere, creyó conveniente señalar como federales.

Así pues, por lo que respecta al orden federal, la fracción XXI del artículo 73 de la Ley Fundamental en vigor, es la que establece que el Congreso de la Unión tiene la facultad para definir los delitos y faltas contra la federación, así como para fijar los castigos que por dichas infracciones deban imponerse.

El artículo 51 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, es el que establece cuáles son los delitos que corresponden al orden federal, reservando todos los demás, conforme a lo dispuesto por el artículo 124 de la Carta Magna, para la competencia de los Estados miembros, los que por conducto de sus respectivos poderes legislativos, respetando siempre los postulados generales del pacto federal, serán definidos y sancionados por las leyes que se expidan para tal efecto en cada uno de sus territorios.

En el Estado de Guanajuato, el artículo 63 fracción III de su Constitución Política en vigor, concatenado con lo que disponen los artículos 116 y 124 de la Carta Magna, es el que

faculta al Congreso Local para que haga la codificación de las leyes que van a regir en su territorio. De lo que se deduce que tal dispositivo, lo faculta también para que defina los delitos (del orden común) y para que fije las sanciones correspondientes.

El Constituyente de 1917, era conciente de que el poder estatal, no podía de manera caprichosa y arbitraria, determinar cuando un hecho podría ser considerado como delictuoso para imponer la sanción correspondiente, de ahí que en la República Mexicana, por razón del reparto de competencias entre los dos órdenes legislativos, se establecieron dos tipos de procedimientos penales: el relativo a los delitos del orden federal y el relativo a los delitos del orden común definidos por cada uno de los Estados miembros.

Además, el Poder Constituyente de 1917, estableció en la Ley Fundamental, concretamente en los artículos 1, 13, 14, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 23 y 102, una serie de garantías que los órganos estatales, tanto del fuero federal como del fuero común, debían respetar en favor de todas aquellas personas a las que se les imputara la comisión de hechos considerados como delictuosos.

Sin embargo, en los artículos 14 y 21 de la Ley Fundamental, fue donde se establecieron las bases generales del procedimiento penal mexicano.

Del contenido de estos últimos preceptos constitucionales, se deduce que el Constituyente de 1917, se preocupó porque en la República Mexicana, se precisara no sólo a los órganos gubernativos encargados de la persecución de los delitos y de la imposición de las penas, sino el que la imposición de estas últimas, se realizara previo juicio en el que

se cumplieran ciertas formalidades.

Esas formalidades, referidas exclusivamente al campo del derecho penal, no son otras sino las que contienen en los correspondientes Códigos de Procedimiento Penales, ya será federal si se trata de los delitos de ese orden, ya será local si se trata de delitos del orden común.

Al disponer la fracción XXX del artículo 73 de la Ley Fundamental, que es facultad del Congreso de la Unión expedir todas las leyes que sean necesarias para hacer efectivas las facultades que el mismo precepto le otorga, entre las que se encuentra la de definir y sancionar las conductas delictuosas, implícitamente lo está facultando también para que expida el Código de Procedimientos Penales, que determinará, en el orden federal, cuando una conducta es delictuosa para aplicar la sanción correspondiente.

Por lo que respecta al orden común, al facultarse a las Entidades Federativas para que legislen en todo aquello que a la Federación expresamente no se le faculta, consideramos que implícitamente también se les está facultando a sus respectivos poderes legislativos, para que expidan el Código de Procedimientos Penales que determinará en cada uno de sus territorios, cuando una conducta es delictuosa, para imponer la pena que corresponda.

La fracción III del artículo 63 de la Constitución Política para el Estado de Guanajuato, es la que faculta al Congreso Local para que haga la codificación de las leyes que van a regir en nuestro territorio. Pero concatenando esa disposición, con las que se contienen en los artículos 116 y 124

de la Ley Fundamental, podemos concluir entonces que en forma implícita, se le está facultando al Congreso Local para que expida también el correspondiente Código de Procedimientos Penales.

En este orden de ideas, podemos ya afirmar que en la República Mexicana, como consecuencia de la aplicación del principio de prohibición y en razón del sistema federal adoptado por nuestra organización, pasaron a formarse dos tipos de Códigos Penales: el expedido por el Congreso de la Unión y que tipifica los delitos del orden federal; y el expedido por el Congreso de cada uno de los Estados miembros, que contienen los delitos del orden común definidos para cada uno de sus territorios.

Por las mismas razones pasaron a formarse dos tipos de Códigos de Procesamientos Penales: el relativo a los delitos del orden federal y el relativo a los delitos del orden común. No esta por demás hacer mención, que contrariamente a lo que se ha expuesto en el punto anterior de este capítulo, los ordenamientos adjetivos en vigor, tanto el federal como el local para el Estado de Guanajuato, incluyen indebidamente dentro del procedimiento penal, la ejecución y extinción de las sanciones impuestas.

Dichos ordenamientos contradicen lo sostenido por la Doctrina, en cuanto a que por la finalidad del procedimiento penal, éste sólo debe comprender desde el inicio de la averiguación previa hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva.

Olvidaron los legisladores que uno de los fines del procedimiento penal, es la aplicación de la ley al caso concreto, lo que se logra con la sentencia definitiva. Pasaron por alto

que el procedimiento penal está regulado por normas de derecho procesal penal, en tanto que la ejecución y extinción de las penas impuestas en la sentencia, se regula por normas que se incluyen en el derecho penitenciario.

Olvidaron, en fin, que cuando los tribunales pronuncian la sentencia y se concluye con la instancia, termina también la función judicial, poniéndose a los sentenciados a disposición del poder ejecutivo (federal o local), quién en una fase totalmente diferente a lo que debe ser el procedimiento penal y aplicando normas de derecho penitenciario, se encarga de la ejecución de la pena impuesta en la sentencia definitiva.

Luego entonces, los referidos ordenamientos adjetivos, contradicen la concepción que la Doctrina tiene sobre el procedimiento penal, al considerar como una parte más de éste, la ejecución de las sentencias definitivas.

Lo cierto es que el periodo de ejecución de sentencia, pertenece a una fase que es diferente al procedimiento penal, no sólo por cuanto a la finalidad que uno y otro persiguen, sino por lo que respecta a los órganos que intervienen y por las disposiciones normativas que se aplican⁷.

3.- LA FUNCION PERSECUTORIA DE LOS DELITOS.

Dentro del procedimiento penal concebido por la

7

José Gpe. Tofoya Hernández. La Suspensión en los Amparos Directos del Orden Penal. Trabajo de Tesis 1985. Pág. 73.

Doctrina, podemos distinguir dos tipos de funciones que realiza el Estado por conducto de diferentes órganos, encaminadas ambas, a la determinación de un hecho delictuoso para aplicar la sanción correspondiente: la persecutoria y la judicial.

La función persecutoria consiste en perseguir los delitos, o lo que es lo mismo, en buscar y reunir los elementos necesarios y hacer gestiones pertinentes, para procurar que a los autores de ellos se les apliquen las consecuencias establecidas en la Ley⁸.

El contenido de la función persecutoria, consiste en la realización de todas las actividades necesarias para que el autor de un delito no evada la acción de la justicia. Su finalidad consiste en que se aplique a los delincuentes las consecuencias fijadas en la ley (sanciones).⁹

La función judicial se define como la actividad de declarar el derecho en los casos concretos, teniendo esta declaración, efectos ejecutivos por haberla hecho un órgano especial (la autoridad jurisdiccional), a quién el Estado ha revestido del poder necesario para ello.¹

⁸ Manuel Rivera Silva. El Procedimiento Penal. Editorial Porrúa 1990., Pág. 41.

⁹ Manuel Rivera Silva. El Procedimiento Penal. Editorial Porrúa 1990. Pág. 41.

¹ Manuel Rivera Silva. El Procedimiento Penal. Editorial Porrúa 1990. Pág. 69.

La actividad jurisdiccional tiene en términos generales, la finalidad de decidir jurídicamente sobre una situación de hecho, extrayendo de una norma general una norma individual (la sentencia) aplicable a una situación de hecho concreta.¹¹

3.1.- LA ACTIVIDAD INVESTIGADORA.

Esta actividad es una de las dos que se realizan al desplegarse la función persecutoria. Entraña una labor de auténtica averiguación, de búsqueda constante de las pruebas que acrediten la existencia de los delitos y la responsabilidad de quienes en ellos participan.

El órgano estatal que realiza esta actividad, procura proveerse de las pruebas que sean necesarias para comprobar la existencia del delito y la presunta responsabilidad, para así estar en aptitud de comparecer ante los tribunales y pedir la aplicación de la ley al caso concreto.

El desarrollo de esta actividad se sujeta a los siguientes principios:

a).- De 'los requisitos de iniciación', lo que significa que al órgano investigador no se le concede la iniciativa de la investigación, sino más que en los casos en que

11

Manuel Rivera Silva. El Procedimiento Penal. Editorial Porrúa 1990. Pág. 72.

se encuentren reunidos ciertos requisitos fijados por la Ley, como por ejemplo: denuncia, querrela, etc.; requisitos éstos que junto a otros, constituyen lo que se ha denominado como requisitos de procedibilidad, necesarios para poder dar inicio al procedimiento penal.¹²

b).- de 'oficiosidad', lo que significa que iniciada la averiguación, el órgano investigador oficiosamente y sin solicitud de parte, lleva a cabo la búsqueda de las pruebas que son necesarias para comprobar la existencia del delito y la presunta responsabilidad del acusado, esto aún en los delitos que son perseguidos por querrela necesaria, si ésta ha sido previamente presentada.¹³

c).- De 'legalidad', lo que significa que si bien es cierto que el órgano investigador practica de oficio la averiguación, también lo es que no queda a su arbitrio la forma de llevarla a cabo, sino que debe respetar las disposiciones legales que la reglamentan.¹⁴

3.2.- EL EJERCICIO DE LA ACCION PENAL.

Es la segunda de las dos actividades que se realizan al

12	Manuel Rivera Silva.	El Procedimiento Penal.	Editorial Porrúa 1990. Pág. 42.
13	Manuel Rivera Silva.	El Procedimiento Penal.	Editorial Porrúa 1990. Pág. 49.
14	Manuel Rivera Silva.	El Procedimiento Penal.	Editorial Porrúa 1990. Pág. 49.

desplegarse la función persecutoria de los delitos.

Antes de exponer lo relativo a esta actividad, es preciso que tratemos brevemente la noción de la acción penal, pues sólo así podremos comprender lo que constituye su ejercicio.

En el punto 1 de este capítulo, expresamos que el Estado, en cuanto representante de la sociedad organizada, vela por la armonía social, de donde resulta lógico que sea el mismo Estado, a quien se le conceda la autoridad necesaria para reprimir todo lo que conculque o altere la buena vida gregaria.

Así pues, al amparo de esa autoridad, cuando se comete el hecho delictuoso, surge el derecho-obligación del Estado para perseguirlo. Derecho en cuanto a la facultad que tiene, y obligación, en cuanto a que no queda a su arbitrio ejercitarlo sino que debe hacerlo forzosamente.¹⁵

Cuando en el mundo histórico aparece la comisión de un delito, el derecho abstracto del Estado se concreta, surgiendo la obligación de actuar, o lo que es lo mismo, aparece la acción penal, constituida por el derecho concreto de acudir al órgano jurisdiccional para que aplique la ley.¹⁶

Sin embargo, para pedir la aplicación de la ley, es indispensable que el órgano facultado para ello prepare

¹⁵ Manuel Rivera Silva. El Procedimiento Penal. Editorial Porrúa 1990. Pág. 43.

¹⁶ Manuel Rivera Silva. El Procedimiento Penal. Editorial Porrúa 1990. Pág. 44.

idóneamente su petición, de ahí que como presupuesto necesario, debe cerciorarse de la existencia del delito y de los autores del mismo. Es precisamente en este momento, cuando se inicia la preparación del ejercicio de la acción penal.¹⁷

Se puede decir entonces que la acción penal nace con el delito, su ejercicio se inicia cuando principian las actividades ante el órgano jurisdiccional, con la finalidad de que declare el derecho en el caso concreto, extinguiéndose cuando cesan esas actividades.¹⁸

En este orden de ideas, el periodo del procedimiento penal al que se ha denominado 'el ejercicio de la acción penal', se puede definir como el conjunto de actividades realizadas por el Ministerio Público ante un órgano judicial, con la finalidad de que éste, a la postre, pueda declarar el derecho en un acto que el propio Ministerio Público estima delictuoso.¹⁹

Ahora bien, el ejercicio de la acción penal tiene a su vez, presupuestos lógicos, los que pueden ser mediatos e inmediatos. Los primeros desde un punto de vista racional son

17	Manuel Porrúa	Rivera 1990. Pág.	Silva. 45.	El	Procedimiento	Penal.	Editorial
18	Manuel Porrúa	Rivera 1990. Pág.	Silva. 49.	El	Procedimiento	Penal.	Editorial
19	Manuel Porrúa	Rivera 1990. Pág.	Silva. 49.	El	Procedimiento	Penal.	Editorial

tres:²

a).- La comisión de un hecho delictuoso, con lo que surge el derecho persecutorio en concreto (la acción penal);

b).- Que un acto (delictuoso) sea dado a conocer por denuncia o por querrela y;

c).- Que la autoridad investigadora averigüe las características del acto y la imputación que del mismo se pueda hacer a una persona, así como la culpabilidad de ésta.

El presupuesto lógico inmediato, es el suceso que directamente motiva el ejercicio de la acción penal; es la estimación que el Ministerio Público hace sobre la existencia de un delito real, es decir, de un acto que dado en la realidad histórica, encaja con exactitud en una de las formas de conducta previstas en la ley (delito legal). Estimación que hecha por el Juezador en la sentencia, dará lugar al delito jurídico, único que produce la aplicación de las consecuencias que la ley fija.²¹

Al igual que la actividad investigadora, el ejercicio de la acción penal está sujeto a los siguientes principios:

² Manuel Rivera Silva. El Procedimiento Penal. Editorial Porrúa. Pág. 52.

²¹ Manuel Rivera Silva. El Procedimiento Penal. Editorial Porrúa 1990. Págs. 52 y 53.

a).- De 'oficiosidad', lo que quiere decir que el Ministerio Público, en cuanto representante de la sociedad, no debe esperar para el ejercicio de la acción penal, la iniciativa privada;²² y

b).- de 'legalidad', el cual establece que teniendo el Estado en sus manos el ejercicio de la acción penal, no quiere decir que se deje a su capricho el propio ejercicio, sino que por mandato legal, siempre debe llevarse a cabo, dándose sus presupuestos lógicos.²³

Para concluir, sólo resta decir, que en la República Mexicana, el fundamento jurídico de la función persecutoria, tanto en materia federal como en la común para el Estado de Guanajuato, lo encontramos respectivamente en los artículos 21 de la Ley Fundamental y 8 de la Constitución Local. Dispositivos que aunque no en iguales términos, coinciden al establecer que la persecución de los delitos, incumbe al Ministerio Público y a la Policía Judicial, la cual deberá estar bajo autoridad y mando inmediato de aquél.

22 Manuel Rivera Silva. El Procedimiento Penal. Editorial Porrúa 1990. Pág. 55.

23 Manuel Rivera Silva. El Procedimiento Penal. Editorial Porrúa 1990. Pág. 56.

4.- DE LA AVERIGUACION PREVIA.

4.1.- CONCEPTO DE LA AVERIGUACION PREVIA.

La averiguación previa es un periodo del procedimiento penal, que inicia desde que el órgano investigador tiene conocimiento de la existencia de un hecho delictuoso y termina con el acto de la consignación del hecho ante el órgano jurisdiccional.

Doctrinalmente, se le define como la etapa procedimental durante la cual el órgano investigador, realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso, el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, para optar por el ejercicio o abstención de la acción penal.²⁴

En tanto que expediente, la averiguación previa puede definirse como el documento que contiene todas la diligencias realizadas por el órgano investigador, tendientes a comprobar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad para decidir sobre el ejercicio o abstención de la acción penal.²⁵

La averiguación previa tiene una finalidad y lleva un contenido.

24 César Augusto Osorio y Nieto. La Averiguación Previa. Editorial Porrúa 1985. Pág. 2.

25 César Augusto Osorio y Nieto. La Averiguación Previa. Editorial Porrúa 1985. Pág. 2.

La finalidad que se persigue es, como ya se expuso, la reunión de todos los datos que son necesarios para que el Ministerio Público pueda excitar al órgano jurisdiccional para que cumpla con su función: aplicar la ley al caso concreto.

Su contenido está constituido por un conjunto de actividades reglamentadas, que son realizadas por y ante un órgano especial: el Ministerio Público, quién es auxiliado por la Policía Judicial a la que tiene bajo su autoridad y mando inmediato.

4.2.- EL ORGANISMO INVESTIGADOR EN LA AVERIGUACION PREVIA.

La Constitución Federal de 1917 en vigor, hizo del Ministerio Público una institución federal, a la que encomendó la facultad exclusiva de la persecución de los delitos y el mando de la policía judicial, como un cuerpo especial a su servicio.

Estando encomendada la persecución de los delitos al Ministerio Público, según lo dispuesto por los artículos 21 y 102 apartado A de la Ley Fundamental, considerando además que una de las actividades que comprende la función persecutoria, es precisamente la investigadora, es por lo que podemos afirmar entonces, que el único organismo investigador es dicha institución.

Analicemos ahora lo que al respecto disponen los ordenamientos adjetivos federal y local para el Estado de Guanajuato.

Los artículos 2 y 3 del Código Federal de Procedimientos Penales en vigor, textualmente expresan:

'Art. 2.- Dentro del periodo de averiguación previa, la policia judicial federal deberá, en ejercicio de sus facultades:

I.- Recibir las denuncias de los particulares o de cualquier otra autoridad, sobre hechos que puedan constituir delitos del orden federal, sólo cuando por las circunstancias del caso aquéllas NO PUEDEN SER FORMULADAS DIRECTAMENTE ANTE EL MINISTERIO PUBLICO, al que la policia judicial informará de inmediato acerca de las mismas y de las diligencias practicadas. Las diversas policias, cuando actúen en auxilio de la policia judicial, inmediatamente darán aviso al Ministerio Público, dejando de actuar cuando éste lo determine.

II.- Practicar la averiguación previa, y

III.- Buscar las pruebas de la existencia de los delitos del orden federal y de la responsabilidad de quienes en ellas hubieren participado'

'Artículo 3.- Dentro del mismo periodo, el Ministerio Público Federal deberá:

I.- Ejercitar por si mismo, en caso necesario, las funciones expresadas en el artículo anterior, teniendo bajo su dirección y mando a todas las autoridades y policias, cuando conforme a la Ley, ejerzan de policia judicial;

II.- Ejercitar la acción Penal.'

A su vez, los articulos 3 y 4 del Código Local para el Estado de Guanajuato, textualmente expresan:

'Art. 3.- Dentro del periodo de averiguación previa el

Ministerio Público y la Policía Judicial o en su defecto la Preventiva deberán, en ejercicio de sus facultades:

I.- Recibir las denuncias y querrelas de los particulares o de cualquier autoridad, sobre hechos que puedan constituir delitos. En estos casos, las citadas policías inmediatamente darán aviso al Ministerio Público, dejando de actuar cuando éste así lo determine;

II.- Practicar la averiguación previa, y

III.- Buscar las pruebas de la existencia de los delitos y de la responsabilidad de quienes en ellos hubieren participado'.

Art. 4.- Dentro del mismo periodo, el Ministerio Público deberá:

I.- Ejercitar por sí mismo, en caso necesario, las funciones expresadas en el artículo anterior, teniendo bajo su dirección y mando a la policía judicial y preventiva, y

II.- Ejercitar la acción penal.'

De los preceptos anteriormente transcritos, podemos afirmar que efectivamente, tanto en el orden federal como en el común para el Estado de Guanajuato, el Ministerio Público es el único órgano estatal que tiene a su cargo la función persecutoria de los delitos, ya que sólo él puede ejercitar la acción penal.

El propio Ministerio Público, es también el único que tiene a su cargo las funciones de policía judicial, esto es, la facultad de realizar todos aquellos actos por medio de los cuales va a reunir los elementos necesarios para el ejercicio de la acción penal. Es, por lo mismo, el único que tiene a su cargo la averiguación previa de los delitos.

Las diversas policcias a que se refieren los preceptos transcritos, es cierto que están facultadas para recibir denuncias, así como querelas, como sucede en Guanajuato; es cierto también que están facultadas para practicar la averiguación previa y para buscar las pruebas de la existencia del delito y de la responsabilidad. Pero no es menos cierto, que en materia federal, las denuncias sólo podrá recibirlas la policcia judicial federal, cuando por las circunstancias del caso no pueden ser formuladas directamente al Ministerio Público Federal; y que en materia común, no se da esa limitación ni para la policcia judicial ni para la policcia preventiva. Sin embargo, en uno y otro fuero, a ambas corporaciones policiacas, se les impone la obligación de informar de inmediato al Ministerio Público, acerca de las denuncias y querellas que reciban, así como de las investigaciones que practiquen con motivo de aquéllas. Esta obligación impuesta a las mencionadas corporaciones policiacas, no es por ninguna otra razón, sino porque actúan en todo momento bajo la autoridad y mando inmediato del Ministerio Público, único órgano que dirige la averiguación previa.

Es claro entonces que el Ministerio Público (federal o local), es el verdadero órgano investigador, es el único director de la averiguación previa de los delitos, es el único al que se le ha encomendado la función persecutoria y por tanto, es el único que puede proceder al ejercicio de la acción penal correspondiente.

Las diversas policcias, actúan como meras auxiliares del Ministerio Público, en una de las dos actividades que comprende la función persecutoria: la averiguación. Pero jamás esas corporaciones policiacas podrán realizar la otra actividad: el

ejercicio de la acción penal.

No está por demás que hagamos mención que en el orden jurídico mexicano, el término policía, lleva un sentido que corresponde a la de los cuerpos de seguridad pública, encargados éstos, de la prevención e investigación de los delitos y faltas, en auxilio del Ministerio Público y de los tribunales judiciales.

Nuestra legislación nacional, tanto federal como local, concibe numerosos organismos policiacos, unos de carácter general y otros especializados. Entre estos últimos tenemos a la Policía Federal de Caminos, Policía Federal Forestal, Policía Marítima y Territorial, etc.; entre los de carácter general están la policía preventiva y la policía judicial. La primera vigila el orden de las poblaciones y ciudades, en tanto que la segunda, es auxiliar del Ministerio Público y de los órganos jurisdiccionales en la investigación de los delitos.

4.2.1. • EL MINISTERIO PÚBLICO.

Teóricamente, es una institución de buena fe que tiene el interés de que no se vaya a cometer la injusticia de castigar a quien no merece la pena. De ahí pues, que en cada caso concreto, debe analizar si no ha operado la prescripción, si el inculcado no tuvo participación o bien, si la conducta no resultó típica.

Como la sociedad está tan interesada en que se castigue al responsable, así como en que no se aplique sanción alguna a quien no la merece, es por lo que el Ministerio Público, en tanto

representante social, recogiendo el interés de aquélla, debe, en los casos en que proceda, abstenerse de ejercitar la acción penal.

Sólo resta decir, que el Ministerio Público (federal y local), es un órgano estatal que con raigambres en instituciones extranjeras, actualmente aparece en nuestro país con características propias que ha ido tomando en el decurso de los tiempos:²⁶

- a).- Constituye un cuerpo orgánico.
- b).- Actúa bajo una dirección.
- c).- Depende del Ejecutivo, ya que éste designa al Procurador de Justicia que es el que lo encabeza.
- d).- Es el representante social y el encargado de defender los intereses sociales ante los tribunales.
- e).- Posee indivisibilidad en sus funciones en cuanto a que todas emanan de una sola parte: la sociedad.
- f).- Es parte en los procesos.
- g).- Tiene a sus órdenes a la policía judicial. A partir de 1917, el Ministerio Público dejó de ser miembro de la policía judicial, para constituirse en la institución a cuyas órdenes se encuentra la propia policía judicial.
- h).- Tiene el monopolio de la acción penal.
- i).- Es una institución federal que por estar prevista en la Ley Fundamental, los Estados miembros están

²⁶

obligados a establecerla en sus respectivos territorios.

4.2.2. LA POLICIA JUDICIAL.

Como cuerpo de investigación, la policía judicial fue creada por el artículo 21 de la Constitución Federal en vigor.

Antes del pacto federal de 1917, la función de la policía judicial estaba conferida a los cuerpos preventivos, al Ministerio Público y a los jueces penales, además de a otros funcionarios administrativos.

Sin embargo, como una reacción a esa situación que daba lugar a que se cometieran muchas injusticias, fue por lo que se creó un cuerpo especial de policía judicial; tanto a nivel federal como local, pero sujetándolo a la autoridad y mando inmediato del Ministerio Público.

Así, la policía judicial vino a ser entonces la corporación de apoyo del Ministerio Público, que por disposición constitucional, lo auxilia en la investigación de los delitos actuando bajo su autoridad y mando inmediato.

Su necesidad deriva de la razón de que el Ministerio Público, requiere de conocimiento especializado de policía, los que no siempre posee, de ahí que requiera a la policía judicial, que como cuerpo especializado y como unidad de apoyo, investigue

Los hechos.²⁷

4.2.3. - LA POLICIA PREVENTIVA.

De acuerdo a lo dispuesto por la fracción III del artículo 115 constitucional, la policía preventiva es un cuerpo policiaco de carácter general, al que se le ha encomendado como función principal, la seguridad pública, así como la vigilancia del orden en las poblaciones y ciudades.

La policía preventiva, también actúa como auxiliar del Ministerio Público y de los tribunales judiciales (del fuero federal y del común), al obedecer y ejecutar sus mandamientos de aprehensión, de investigación de delitos, etc.: sin embargo, este cuerpo de vigilancia y prevención, sólo realiza actividades de investigación, cuando auxilia en los casos en que la ley se lo permite, al Ministerio Público y a los tribunales judiciales.

4.3. - ACTIVIDADES QUE SE COMPRENEN EN LA AVERIGUACION PREVIA.

En la averiguación previa se realizan dos clases de actividades que son totalmente distintas: una puramente material y otra de índole jurídico-legal.

La actividad puramente material no tiene nada que ver

²⁷

César Augusto Osorio y Nieto. La Averiguación Previa. Editorial Porrúa 1985. Pág. 54.

con el derecho. Se dedica fundamentalmente a realizar todas las indagaciones, todas las investigaciones, que se hagan necesarias para poder llegar a conocer el hecho en su aspecto objetivo. De ahí que estas actividades sean sólo de requisa o policíacas.

La actividad de índole jurídico-legal, se desarrolla de la siguiente manera:

Una vez que el Ministerio Público llega a conocer la dinámica del hecho, es decir, la manera como sucedieron los hechos, cambia entonces por completo su actividad, así, de ser policía se convierte en jurista para darle al hecho el tratamiento legal que corresponda. Esto último implica, que el Ministerio Público debe estudiar toda la información que posee, con el propósito de tomar una resolución del asunto que ya ha investigado.

En la segunda de dichas actividades, en la que sólo el Ministerio Público toma parte, se resuelve si el asunto que se investigó está en condiciones de pasar a manos del juez con éxito. Esa decisión, se conoce técnicamente con el nombre de determinación.

La determinación que el órgano investigador hace en la averiguación, puede ser de tres sentidos:

- a). - Determinación de archivo.
- b). - Determinación de reserva
- c). - Determinación del ejercicio de la acción penal.

La determinación de archivo procede en dos casos:

- a). - Cuando hay la plena certeza de que lo investigado no es un delito; y
- b). - Cuando de lo investigado se desprende la certeza de que no hay delincuente a quien acusar, como por ejemplo, cuando muere el presunto responsable.

La determinación de reserva, procede cuando del análisis de todas las constancias que obran en la averiguación previa, el Ministerio Público llega a la conclusión de que todavía no tiene las pruebas suficientes para proceder a ejercitar la acción penal correspondiente.

La determinación del ejercicio de la acción penal, es la única que sigue adelante con el procedimiento penal. Las otras dos lo paralizan.

Procede la determinación del ejercicio de la acción penal, cuando al analizarse las pruebas recabadas en la averiguación previa, el Ministerio Público llega a la conclusión de que tiene perfectamente estructurado un delito, concluyendo además, que tiene identificado (no detenido necesariamente), al o a los presuntos responsables del hecho delictuoso materia de su investigación.

Podemos afirmar entonces, que la actividad de índole jurídico-legal, sólo la realiza el Ministerio Público. En tanto que la actividad puramente material, la puede realizar también directamente el Ministerio Público, auxiliado por las diversas policías, o bien, puede encomendársela a sus auxiliares como la policía judicial y la policía preventiva.

Las diversas corporaciones policíacas, incluidas la policía judicial y la policía preventiva, desarrollan sólo la actividad material, esto es, realizan sólo las investigaciones que sean necesaria para que se conozca objetivamente el hecho probablemente delictuoso.

Consecuentemente, pueden recibir, como ya lo dijimos, las denuncias o querellas que les presenten los particulares u otras autoridades, pueden incluso proceder a la búsqueda de las pruebas necesarias, tanto para acreditar la existencia de los hechos delictuosos como la presunta responsabilidad de quienes en ellos participan, pero siempre deberán informar de inmediato al Ministerio Público, dándole cuenta de las diligencias que se hubieren practicado, entregándole desde luego, las actas levantadas.

CAPI TULO III

CAPITULO TERCERO

LA AFECTACION DE LA LIBERTAD PERSONAL EN LA AVERIGUACION PREVIA DE LOS DELITOS.

I. DE LAS GARANTIAS CONSTITUCIONALES QUE TUTELAN LA LIBERTAD PERSONAL EN LA AVERIGUACION PREVIA.

El Poder Constituyente de 1917, convencido de que la libertad personal es uno de los valores más preciados del hombre, así como de la importancia que para toda organización social tiene la libertad personal de cada uno de sus miembros, fue por lo que en la Ley Fundamental, vino a asegurarla de los actos arbitrarios de los órganos autoritarios, a través de las 'garantías de seguridad jurídica', contenidas en los artículos del 14 al 23, disposiciones éstas, que ya analizamos someramente en el punto 5 del capítulo primero de este trabajo de tesis.

Del contenido de esas disposiciones, podemos percatarnos, como ya lo expusimos, de los casos en los que la libertad personal puede ser legalmente afectada, de las autoridades que únicamente pueden realizar los actos de afectación, así como de los plazos en que el sujeto puede permanecer afectado en las diversas etapas en que se desarrolla el procedimiento.

Se reglamentó, así, en la República Mexicana, las formas restrictivas de la libertad personal, que se pueden dar

legalmente dentro del procedimiento penal en general y dentro de la averiguación previa en particular.

Y es que en el procedimiento penal, como implica una serie de actos que pueden afectar gravemente bienes constitucionalmente protegidos, se hace necesario que dicho procedimiento, se encuentre rodeado de una serie de garantías, que invariablemente deben observarse a efecto de que se preserven los derechos de las personas que se vean involucradas en él.

Como la averiguación previa es una etapa del procedimiento penal, en donde los órganos autoritarios que conforme a la ley intervienen en ella, llegan a realizar actos que pueden afectar bienes constitucionalmente protegidos, como es el caso de la libertad personal, es por lo que también resulta necesario, que en el desarrollo de aquélla, se observen las referidas 'garantías de seguridad jurídica', que protegen a la libertad personal de los actos arbitrarios de esas autoridades.

Ahora bien, el Ministerio Público, al igual que sus auxiliares (policía judicial y policía preventiva), al investigar los delitos, lo hacen en representación del Estado, de donde resulta entonces que en la fase de averiguación previa, actúan como autoridades conforme a las facultades que la ley les ha otorgado, por tal motivo, es decir, por actuar como autoridades en esa etapa del procedimiento penal, es por lo que deben respetar íntegramente las garantías constitucionales que tutelan la libertad personal, procurando, desde luego, que su actuación se efectúe con absoluto apego a derecho y no vulnere la seguridad y la tranquilidad de los individuos.

Entre las obligaciones más relevantes, que en el orden

a la libertad personal, se les imponen a los órganos autoritarios que intervienen en la averiguación previa de los delitos, están las siguientes:

a). - Deben cumplir con las formalidades esenciales del procedimiento establecido para la averiguación previa, cuando haya privación de libertad personal (Art. 14).

b). - Sólo pueden detener a una persona cuando el delito que se investiga se sanciona con pena corporal (Art. 15 y 18).

c). - Sólo pueden detener en casos de flagrancia y en los casos de 'urgencia' (Art. 16).

d). - Sólo pueden molestar a los particulares por virtud de mandamiento escrito (Art. 16).

e). - Deben poner a los detenidos inmediatamente a disposición de la autoridad judicial (Art. 16).

f). - Deben abstenerse de privar de su libertad a una persona, si existe únicamente imputación sin pruebas que apoyen la acusación (Art. 16).

g). - Deben reunir los elementos que comprueben el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad, para estar en aptitud de consignar (Art. 16 y 19).

h). - No pueden privar a las personas de su libertad personal por deudas de carácter, puramente civil (Art. 17).

i). - Deben recluir a los presuntos responsables en

lugar distinto al que ocupen los procesados y sentenciados (Art. 18).

j). - Deben abstenerse de maltratar y deben impedir todo maltrato a los inculcados (Art. 19).

k). - Deben reprimir toda molestia inmotivada o gravamen impuesto a las personas detenidas (Art. 19).

l). - Deben hacer saber al indicado la acusación que pesa en su contra, los elementos que constituyen el delito que se le atribuye, así como lugar, tiempo y circunstancias de ejecución (Art. 19).

m). - Deben poner en libertad caucional al inculcado (Art. 20, fracc. 1).

n). - No pueden obligar al inculcado a declarar (Art. 20, fracc. 11).

*). - No pueden tener incomunicado al inculcado (Art. 20 fracc. 11).

o). - Deben recibir pruebas al inculcado que se encuentre detenido en la averiguación previa (Art. 20, fracc. V).

p). - Deben permitir la intervención de abogado o persona de confianza que defienda al inculcado desde el momento de su detención (Art. 20, fracc. IX).

q). - Sólo el Ministerio Público, auxiliado por la policía judicial y por la policía preventiva, como sucede en

Guanajuato, pueden perseguir los delitos (Art. 21).

La función de las garantías constitucionales que acabamos de enumerar, y que deben ser respetadas por el Ministerio Público, así como por las diversas corporaciones policiacas que ejercen actividades de policía judicial, conforme a las facultades que a unas y otras otorgan las leyes adjetivas, es la de establecer el mínimo de derechos que debe disfrutar todo individuo que se vea involucrado en una averiguación previa. Esas garantías, vienen a ser el instrumento jurídico que limita a esos órganos autoritarios que intervienen en la averiguación previa, asegurando así los principios de convivencia social y la constitucionalidad de sus actos.

2.- LOS ARTICULOS 14 Y 16 CONSTITUCIONALES EN LA AVERIGUACION PREVIA.

Los artículos 14 y 16 de la Ley Fundamental en vigor, son de gran relevancia en la averiguación previa de los delitos, en virtud de que en ellos se contienen, como lo veremos más adelante, diversas garantías de seguridad jurídica que sientan las condiciones bajo las cuales a un individuo se le puede legalmente privar de su libertad personal en esa etapa del procedimiento penal.

Dispone el segundo párrafo del artículo 14, que nadie podrá ser privado de su libertad; sino mediante juicio en el que se cumplan las formalidades esenciales que deben respetarse en todo procedimiento. Lo anterior significa, que en la etapa de la averiguación previa, los órganos que la practican,

cada vez que vayan a privar de su libertad personal a determinado individuo, deberán respetar las formalidades que las leyes adjetivas correspondientes establecieron para el desarrollo de aquélla.

Especial atención merece el artículo 16, toda vez que en él se contienen diversas garantías de legalidad, que los órganos autoritarios que practican la averiguación previa, deben observar cuando se trate de afectar de su libertad personal a los gobernados.

Ese dispositivo constitucional, por su extensión y efectividad, es el que pone a las personas a salvo de todo acto de mera molestia en su esfera jurídica. Su alcance es tan amplio, que protege al gobernado de toda afectación, no sólo contra actos arbitrarios que no se basen en alguna norma constitucional, sino aún cuando sean contrarios a algún precepto de cualquier naturaleza o jerarquía.

La primera parte del primer párrafo del mencionado artículo 16, dispone que nadie puede ser molestado en su persona, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.

Analizando esa disposición constitucional, podemos concluir que en ella se contienen diversas garantías que los órganos que interviene en la averiguación previa deben observar, y que a saber son las siguientes:

a).- Los actos de molestia que en la averiguación previa se den sobre las personas involucradas en la comisión de algún delito, deben de provenir de autoridad competente, es

decir, que los órganos autoritarios que los realicen, deben tener facultades para ello, en virtud de que la propia ley se las otorga.

b).- La garantía de legalidad que se contiene en la fórmula "fundamentación y motivación de la causa legal del procedimiento", es la que mayor protección otorga. Implica que todos los actos de autoridad que produzcan al gobernado una molestia en su persona, deben estar fundados y motivados por una ley general y abstracta.

Esta garantía significa, que todo individuo involucrado en la investigación de los delitos, tiene la garantía de que todos los actos que en la averiguación previa, realizados por los órganos autoritarios que intervienen en ella, que impliquen una molestia en su persona, deben estar fundados y motivados. Entendiéndose por lo primero, que deben estar apoyados en una ley, y por lo segundo, que haya adecuación entre la norma legal en que se funda y el acto que se realiza.

El principio de legalidad consagrado en esa parte de la disposición constitucional en comento, viene a imponer a los órganos autoritarios que intervienen en la averiguación previa de los delitos, la obligación de proceder como lo marca la ley, es decir, respetando las reglas establecidas correspondientes, cuando se trata de afectar la libertad personal.

c).- la tercera de las garantías que se contienen en la primera parte del primer párrafo del artículo 16 constitucional, es la que obliga a la autoridad a que emita su acto por escrito. Lo anterior es con el objeto de que el gobernado pueda estar en

posibilidad de enterarse de la fundamentación y motivación legal, así como de la autoridad o autoridades de que provenga el acto de molestia.

La segunda parte del primer párrafo del artículo 16 constitucional, es también de gran importancia en la averiguación previa, toda vez que precisa los casos en los que procede la aprehensión y detención de los individuos que se ven involucrados en la comisión de hechos delictuosos.

La aprehensión, como ya lo dijimos, no es sino el acto material de apoderarse de una persona, privándola de su libertad provisionalmente, en tanto se le pone a disposición de la autoridad inmediata (competente o no), autora de una conducta delictiva. La detención, en cambio, es el estado de privación de la libertad personal en que se encuentra una persona, presuntamente responsable en la comisión de un delito, cuando ha sido depositada en una cárcel o prisión pública, que preste la seguridad necesaria para que no se evada.

Literalmente, dispone la parte de esa disposición constitucional en comentario, que: "No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, a no ser por la autoridad judicial, sin que proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración bajo protesta de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante delito, en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora, a la disposición de la autoridad inmediata. Sólomente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos

que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial."

En la disposición constitucional que se acaba de transcribir, es en donde se establece la regla general, de que sólo la autoridad judicial podrá librar una orden de aprehensión y detención, en los casos y con los requisitos que el mismo precepto señala.

De esa misma disposición constitucional, se desprende con meridiana claridad, que en la averiguación previa de los delitos, sólo podrá afectarse la libertad personal de un individuo, en los casos que enseguida analizaremos:

PRIMERO. - Cuando se trate de flagrante delito, caso en el que la ley fundamental, permite que cualquier persona aprehenda al delincuente y a sus cómplices, con la única obligación de que los ponga sin demora a disposición de la autoridad inmediata, competente o no.

Se permite también que en los casos de flagrancia, cualquier autoridad con competencia o sin ella para investigar los delitos, realice la aprehensión, con la obligación de que ponga al aprehendido, estando en el segundo supuesto, a disposición de la autoridad encargada de la persecución de los delitos, para que ésta a su vez, integre la averiguación previa correspondiente, decrete la detención del aprehendido, y en ejercicio de la acción penal, lo ponga a disposición de la autoridad judicial encargada de imponer la sanción respectiva.

Por flagrante delito, atento a lo dispuesto por los artículos 194 del procesal federal y 193 del local para el Estado de Guanajuato, ambos ordenamientos en vigor, debe entenderse no sólo cuando el delincuente es aprehendido en el momento de estarlo cometiendo, sino aún cuando después de ejecutado el hecho delictuoso, el inculpado es perseguido materialmente o cuando en el momento de haberlo cometido, alguien lo señala como responsable del mismo y se encuentra en su poder el objeto del mismo, el instrumento con que aparezca cometido o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su culpabilidad.

SEGUNDO.- Cuando sean de los llamados "casos urgentes", en los que no habiendo ninguna autoridad judicial y se trate de los delitos que se persiguen de oficio, la autoridad administrativa, que sólo será el Ministerio Público, podrá, bajo su más estricta responsabilidad, decretar la detención del acusado.

Ignacio Burgoa opina, con lo que estamos de acuerdo, que en los llamados "casos urgentes", la autoridad administrativa que puede decretar la detención, es el Ministerio Público y ninguna otra. La policía judicial y la policía preventiva, aunque tengan facultades de investigación y para aprehender en flagrancia, no pueden en los "casos de urgencia" decretar ninguna detención.

Como los "casos urgentes" presuponen la existencia de una denuncia que es ya del conocimiento del Ministerio Público, es por lo que estamos de acuerdo con Burgoa, en cuanto a que la autoridad administrativa es aquél, único facultado para decretar la detención de una persona dentro de la fase de averiguación previa. Nuestra posición se encuentra robustecida con el

contenido de los artículos 123 del procesal federal y 115 de local para Guanajuato, toda vez que ambos preceptos establecen que sólo el Ministerio Público puede decretar la detención de una persona en los casos urgentes previstos por la Ley Fundamental.

Habría "caso urgente", de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 193 primer párrafo fracción segunda del Procesal Federal y 182 primer párrafo fracción segunda del local para Guanajuato, cuando se trate de delito que se persiga de oficio y no haya en el lugar ninguna autoridad judicial que pueda obsequiar la orden de aprehensión, existiendo además, temor fundado de que el inculcado trate de ocultarse o de eludir la acción de la justicia.

Burgoa opina que en esos preceptos que acabamos de mencionar, no se precisa cuando se está en un verdadero caso de urgencia, sino que indebidamente se deja al arbitrio del órgano investigador, el Ministerio Público, estimar cuando se está en tal supuesto. Sugiere este tratadista y con justa razón, que se precisen en tales ordenamientos esos casos de urgencia, para que no se deje esa estimación al subjetivismo del Ministerio Público.¹

Para concluir con este punto, sólo resta decir que el artículo 16 constitucional, demarca en las partes a que nos hemos referido, la situación constitucional de la libertad personal, frente a su posible afectación por parte del poder público, tanto dentro del procedimiento penal en general, como dentro de la

¹ Ignacio Burgoa. Las Garantías Individuales. Editorial Porrúa 1985. Pág. 615.

averiguación previa en particular. De ahí se desprenden precisamente los siguientes principios:²

a).- Sólo la autoridad judicial puede ordenar la aprehensión y detención de un sujeto; lo que implica que ningún órgano del Estado distinto a aquélla, podrá aprehender o detener a persona alguna, mas que en los casos de excepción.

b).- Únicamente el Ministerio Público y la policía judicial (en Guanajuato también la policía preventiva), que de aquél dependa, podrán investigar los delitos, es decir, realizar la actividad investigadora de éstos y de sus autores, tendiendo en todo caso a determinar tanto la existencia del delito como la probable responsabilidad del inculcado, datos éstos en los que necesariamente deberá basarse la orden judicial de aprehensión y detención.

c).- El acto consignativo ante los tribunales en el que se ejercita la acción penal contra determinada persona, sólo incumbe al Ministerio Público, sin que éste ni sus auxiliares puedan, mas que en los casos de excepción, aprehender ni detener

3.- LA LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCION EN LA AVERIGUACION PREVIA.

La presunción de inocencia es un principio de capital

² Ignacio Burgoa. Las Garantías Individuales. Editorial Porrúa 1985. Pág. 619.

importancia para el derecho penal liberal. La idea de que se presume que una persona es inocente hasta que no se demuestre lo contrario, se sigue sosteniendo en virtud de que se considera una injusticia, el que a un individuo cuya responsabilidad delictuosa no se ha comprobado, sea privado de su libertad personal.

Es cierto que el referido principio, se encuentra contemplado en normas de derecho internacional a las que México se ha adherido, por lo que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 133 de nuestra Ley Fundamental, pasa a formar parte del derecho supremo de la unión.³

Sin embargo, dentro de nuestra organización social y conforme al Estado de Derecho previsto por la Constitución Federal de 1917, no se puede prescindir de la prisión preventiva como medio represivo de los delitos, ya que lo impide no sólo la buena marcha del procedimiento penal y la satisfacción de los derechos e intereses del ofendido, sino además, la defensa social misma. Aunque, desde luego, en determinados casos y cumplidos ciertos requisitos, la libertad personal que se vea restringida por la prisión preventiva, de acuerdo con nuestro orden jurídico, le puede ser restituida al afectado.

De explorado derecho es que la libertad personal, es un bien que le es propio al hombre, le viene de su propia naturaleza, por lo que se admite entonces, que la ley no se la concede, sino que sólo se la reconoce. Pero si por los motivos

³ Sergio García Ramírez. Proceso Penal y Derechos Humanos. Editorial Porrúa y UNAM 1992. Pág. 103.

previstos por la propia ley, el gobernado es privado de esa libertad, nace el derecho a estar libre mediante ciertos requisitos.

Precisamente la idea esencial que animó al Poder Constituyente de 1917 a redactar la fracción I del artículo 20 de la Ley Fundamental, fue la de garantizar la libertad personal de los individuos sujetos a proceso penal. Pero jamás se propuso, al señalar los casos y condiciones para conceder la libertad provisional bajo caución a los afectados por la prisión preventiva, coartar la facultades de las Legislaturas de los Estados miembros, para fijar condiciones más liberales en el otorgamiento de esa garantía.

La fracción I del artículo 20 constitucional, dió pues nacimiento a la libertad provisional bajo caución, estableciéndola como una garantía procesal que beneficiaría a todos los individuos que habitando en el territorio nacional, se encontraran sujetos a proceso represivo.

Ahora bien, por todos es sabido, que las garantías que se consagran en la Ley Fundamental, son derecho mínimos, no derechos máximos, por lo que en esa virtud, se ha aceptado que en la República Mexicana, las leyes secundarias pueden ampliar el ámbito de dichas garantías, extendiendo con ello el campo de los derechos públicos subjetivos.

La tendencia a que se amplien esos derechos subjetivos públicos, en vez de reducirlos, es propia de un Estado de Derecho celoso de la dignidad humana, como lo es el nuestro. Por eso con las reformas de diciembre de 1990 al Procesal Federal, y de agosto de 1991 al Local para Guanajuato, la libertad provisional

puede ya otorgarse por el Ministerio Público en la etapa de la averiguación previa, de conformidad con los artículos 125 y 126, respectivamente, de ambos ordenamientos.

Se amplió así la garantía que tutela la fracción I del artículo 20 constitucional, anticipando el beneficio de la libertad provisional bajo caución a una etapa anterior a la prevista por el texto del pacto federal.

En este orden de ideas, si los referidos ordenamientos adjetivos establecen requisitos más benignos para alcanzar en la averiguación previa los beneficios de la libertad provisional bajo caución, sus dictados deberán ser aplicados, toda vez que no constituirán ninguna violación a la garantía constitucional en comento.

La libertad caucional así concedida, en nada innova las constancias de la causa ni de la averiguación previa. Su otorgamiento no afecta de ningún modo el interés social, toda vez que con ello no se disminuye la facultad de reprimir los delitos que se cometan en el seno de la sociedad.

Sergio García Ramírez define a la libertad provisional, como la institución con la que se procura armonizar en forma equitativa los intereses de la sociedad, los derechos del procesado o inculpado, los intereses patrimoniales del ofendido, así como la buena marcha del procedimiento penal.⁴

⁴ Sergio García Ramírez. *Proceso Penal y Derechos Humanos*. Editorial Porrúa y UNAM 1992. Pág. 110.

Es importante hacer mención que de conformidad con lo dispuesto por el segundo párrafo del artículo 135 en relación con el 399 y 400 del procesal federal y por el segundo párrafo del artículo 126, en relación con el 387 y 388 del procesal local para el Estado de Guanajuato, todo inculcado que dentro de la averiguación previa, el ministerio Público le haya decretado la detención en términos del tercer párrafo del artículo 123 del procesal federal, y del tercer párrafo del artículo 115 del procesal local, según que el delito sea del fuero federal o del fuero común, tendrá derecho a ser puesto en libertad provisional bajo caución, sin más requisito, como lo establece la fracción I del artículo 20 constitucional, que poner la suma de dinero respectiva que le fije el fiscal, a disposición de éste, pero siempre y cuando el delito que se le imputa, merezca ser sancionado con pena, cuyo término medio aritmético no sea mayor de 5 años de prisión. Y en caso de que haya acumulación de delitos, se atenderá al delito cuya pena sea mayor.

Ahora bien, es cierto que ambos ordenamientos adjetivos, autorizan que el Ministerio Público conceda libertad caucional aún cuando el delito que se imputa al detenido esté sancionado con pena cuyo término medio aritmético exceda de 5 años, pero también lo es que se autoriza sólo para determinados delitos y siempre que se cumplan los siguientes requisitos:

- a).- Que se garantice la reparación del daño;
- b).- Que la concesión de la libertad no constituya un grave peligro social;
- c).- Que no exista riesgo fundado de que el inculcado pueda sustraerse de la acción de la justicia; y
- d).- Que no se trate de personas que por ser reincidentes o por haber mostrado habitualidad, como lo dice el

procesal federal, o que por su peligrosidad, como lo dice el procesal local, la concesión de la libertad haga presumir fundadamente que evadirían la acción de la justicia.

En este orden de ideas, podemos afirmar que no habrá ninguna dificultad para que un detenido en la averiguación previa, obtenga inmediatamente que lo solicite, su libertad caucional. Pero sólo que el delito que se le impute esté sancionado con pena cuyo término medio aritmético no exceda de 5 años y ponga a disposición del fiscal la suma de dinero respectiva.

Sin embargo, cuando al detenido se le impute un delito que esté sancionado con pena cuyo término medio aritmético exceda de 5 años, aún cuando las leyes adjetivas en comento autoricen al fiscal para conceder la libertad provisional bajo caución, difícilmente podrán gozar de este beneficio, no sólo por lo complicado que resulta reunir los requisitos para que proceda, sino además, porque el Ministerio Público dispone de 24 Hrs. para consignar una averiguación previa con detenido, tiempo ése en el que es casi imposible en ambos fueros, satisfacer los tres últimos requisitos, más que nada por la subjetividad de su apreciación.

Y es que el Ministerio Público, no puede esperar para hacer esa apreciación por más de 24 horas, desde que el detenido fue puesto a su disposición, para hacer la consignación correspondiente, toda vez que de conformidad con lo dispuesto por el tercer párrafo del artículo 134 de procesal federal y por lo previsto en el cuarto párrafo del artículo 125 del procesal local, existirá la presunción legal de que el detenido estuvo incomunicado y las declaraciones que haya emitido no tendrán

validez, lo que desde luego, va en detrimento de las funciones que constitucionalmente le han sido encomendadas.

4.- LA AVERIGUACION PREVIA CON DETENIDO.

De acuerdo con lo dispuesto por la fracción I del artículo 10. del procesal federal y por la fracción I del artículo 20. del procesal local para Guanajuato, la averiguación previa, comprende las diligencias legalmente necesarias, para que el Ministerio Público pueda resolver el ejercicio o la abstención de la acción penal.

De lo anterior, se desprende que el contenido de la averiguación previa, está constituido por todas aquellas actividades reglamentadas por las leyes adjetivas penales, que se realizan por y ante un órgano especial como lo es el Ministerio Público, quién es auxiliado por la corporación de policía judicial, a la que tiene bajo su autoridad y mando inmediato.

Tomando en consideración que la Ley Fundamental de 1917, encomendó al Ministerio Público la facultad exclusiva de la persecución de los delitos, así como el mando de la corporación de policía judicial como un cuerpo especial a su servicio, y que además, la Doctrina ha establecido que la averiguación previa, es un período del procedimiento penal, que inicia desde que el órgano investigador tiene conocimiento de la existencia de un hecho delictuoso y termina con el acto de la consignación del hecho ante el órgano jurisdiccional, es por lo que podemos afirmar que el órgano investigador en la averiguación previa es el Ministerio Público.

Por esa razón, el Ministerio Público es el único que

tiene a su cargo las funciones de policia judicial, entendidas éstas, como la facultad de realizar todos aquéllos actos por medio de los cuales, va a reunir los elementos necesarios para el ejercicio de la acción penal. Es, por lo mismo, el único que puede formalmente dar inicio a la averiguación previa, ya que él es el único titular de esa fase del procedimiento penal.

Es cierto que las fracciones I, II y III del artículo 2o. del procesal federal y las fracciones I, II y III del artículo 3o. del procesal local para Guanajuato, facultan a la policia judicial y a diversas corporaciones policiacas, para que reciban denuncias y querellas, así como para que practiquen la averiguación previa, pero no es menos cierto, que esa facultad sólo les está permitida, cuando por las circunstancias del caso, aquéllas no pueden formularse directamente al Ministerio Público, al que en todo caso, deberán dar aviso inmediato, dejando de actuar cuando éste así lo determine.

La averiguación previa no puede pues iniciarse formalmente por la policia judicial ni por las diversas corporaciones policiacas, ya que las actuaciones de éstas y de aquélla, son sólo actuaciones de policia judicial mas no la averiguación previa en si. Esas actuaciones, constituyen sólo una de las dos actividades que se realizan formalmente en la averiguación previa, a saber, la material o meramente policiaca.

Por eso, la policia judicial y las demás corporaciones policiacas, cuando actúan en auxilio del Ministerio Público en la investigación de los delitos, conforme a lo dispuesto por los artículos 2o. Fracc. 1, 113 y 117 del procesal federal y por los artículos 3o. fracc. 1 y 109 del procesal local, tienen la obligación de comunicar de inmediato al Ministerio Público,

acerca de las diligencias practicadas, para que éste dé inicio formalmente a la averiguación previa.

Hechas las aclaraciones anteriores, pasaremos ahora a hablar de los casos de averiguación previa con detenido.

El artículo 16 constitucional, concatenado con lo dispuesto en los artículos 123 última parte del primer párrafo y 193 fracciones I y II del procesal federal y con lo previsto en los artículos 115 última parte del primer párrafo y 182 fracciones I y II del procesal local para Guanajuato, establecen que en la averiguación previa, sólo puede aprehenderse a un individuo en flagrante delito y en caso de urgencia.

Afectándose la libertad personal en esos dos casos de excepción que ya analizamos, la privación de ese bien en la fase de averiguación previa, es constitucionalmente válida.

Ahora bien, el artículo 16 constitucional en su primer párrafo, permite que la aprehensión en flagrante delito, se realice por un particular, por la policía judicial, por cualquier corporación policiaca e incluso, aunque es raro que suceda, por el propio Ministerio Público.

Pero en cualquiera de esos casos, no habiendo realizado la aprehensión el Ministerio Público, atento a lo dispuesto por los artículos 113, 116 y 117 del procesal federal y por lo previsto en los artículos 105 último párrafo, 108 y 109 del procesal local, el particular, el agente de policía judicial o de cualquier corporación policiaca que haya realizado la aprehensión, deberá dar cuenta inmediata al Ministerio Público, remitiéndole los datos que se hayan recabado, así como a los

individuos aprehendidos. los que se le pondrán a su disposición.

Si un particular realizó la aprehensión, de acuerdo con el primer párrafo del artículo 16 constitucional, no se le obliga a que necesariamente ponga sin demora al aprehendido a disposición del Ministerio Público; sin que bastará con que se le ponga a disposición de cualquier autoridad inmediata, la que si tendrá obligación de proceder en la forma señalada en el párrafo que antecede.

Por lo que respecta a las órdenes de aprehensión en caso de urgencia, según lo expuesto en el punto 2 de este capítulo, sólo el Ministerio Público puede ordenarla, acatando lo previsto en la fracción II del artículo 193 del procesal federal y en la fracción II del artículo 182 del procesal local. Disposiciones éstas que la permiten, porque exista temor fundado de que el inculcado trate de ocultarse o de eludir la acción de la justicia, y siempre que no haya autoridad judicial en el lugar, que pueda obsequiar la orden, lo cual es muy raro, ya que actualmente, en casi todos los lugares de la República Mexicana, a menos que sea en la Sierra, existen esas autoridades.

En los dos supuestos que acabamos de analizar en supralineas, la aprehensión en flagrante delito y en caso de urgencia, estaremos pues en presencia de una averiguación previa con detenido.

Cuando los aprehendidos están a disposición del Ministerio Público, ya porque hayan sido por flagrancia o por caso urgente, conforme a lo previsto por los artículos 124 bis del procesal federal y 116 bis del procesal local, si no hablan o no entienden el castellano, el Ministerio Público les designará

un traductor o un interprete desde el primer dia de su aprehensión, quién deberá asistirlos en todos los actos procedimentales sucesivos.

El Ministerio Público le hará saber al aprehendido, que de acuerdo con lo previsto por los artículos 127 bis del procesal federal y 117 bis del procesal local, tiene derecho de que al declarar ante esa institución, lo haga asistido por un abogado nombrado por él mismo. Y además, le hará saber que el abogado que designe, podrá impugnar las preguntas que la fiscalía le haga al tomarle de su declaración, si dichas preguntas son inconducentes o contra derecho. Pero sin que se le permita al abogado, que produzca ni que induzca las respuestas del aprehendido.

También el Ministerio Público, cuando tiene a su disposición al aprehendido, ya que haya sido por flagrancia o por caso urgente, atente a lo dispuesto por los artículos 128 del procesal federal y 119 bis del procesal local, procederá de inmediato de la siguiente manera:

a).- Hará constar el día, hora y lugar en que se le aprehendió y, en su caso, el nombre y cargo de quienes practicaron la aprehensión.

b).- Le hará saber al aprehendido, la imputación que existe en su contra y, en su caso, el nombre del denunciante, así como los siguientes derechos: de comunicarse inmediatamente con quién estime conveniente; de designar sin demora persona de su confianza para que lo defienda o auxilie, quien tendrá derecho, a su vez, de conocer la naturaleza y causa de la acusación y de no declarar en su contra o de no declarar si así lo desea. Le

permitirá incluso, el uso del teléfono o cualquier otro medio de comunicación.

c).- Si el aprehendido es indigena que no habla castellano; le designará traductor para que le haga saber los derechos referidos en el inciso anterior.

d).- Si el aprehendido es un extranjero, independientemente de que le designará un traductor en términos de los artículos 124 bis del procesal federal y 116 bis del procesal local, el Ministerio Público deberá de comunicar de inmediato sobre la aprehensión, a la representación diplomática o consultar que corresponda, según la nacionalidad de aquél.

Además, el Ministerio Público, según lo dispuesto por las fracciones IV y V del artículo 129 del procesal federal y por lo previsto en las fracciones IV y V del artículo 119 bis del procesal local, tendrá obligación de recibir las pruebas que el aprehendido o su defensor le aporten dentro de la averiguación previa, las que se tomarán en cuenta como legalmente corresponda, en el acto de la consignación o de la libertad, en su caso. Sin embargo, en caso de que por el tiempo de que dispone el Ministerio Público para hacer la consignación de una averiguación previa con detenido, no sea posible el desahogo de las pruebas ofrecidas por el aprehendido o su defensor, será el juez que conozca del asunto, quén en todo caso, resolverá sobre la admisión y práctica de dichas probanzas. Pero el Ministerio Público procurará siempre, que se mantengan separados a los hombres y a las mujeres que sean aprehendidos, en los lugares correspondientes.

Es importante, que las personas que sean aprehendidas

en la averiguación previa, una vez que les han hecho saber todos los derechos que pueden hacer valer, al declarar ante el Ministerio Público, si es que deciden hacerlo, lo que incluso es recomendable, narren todo lo acontecido desde el momento en que fueron aprehendidos, hasta el momento en que los esté declarando el Fiscal. Y en caso de que hayan sufrido por parte de quienes practicaron la aprehensión, algún maltrato en su persona que les haya dejado huellas en su físico, es conveniente que soliciten al Fiscal que los declara, que dé fe de las lesiones que presenten y que en su caso, se les mande con el médico legista para que expida un certificado de las mismas, para efecto de fincar la responsabilidad que proceda contra los responsables.

Habiendo pues declarado, la persona que fue aprehendida, ante el Ministerio Público, éste, apoyado en lo dispuesto por los artículos 125 última parte primer párrafo del procesal federal y 126 última parte primer párrafo del procesal local; y tomando en consideración la prohibición establecida en la primera parte del tercer párrafo del artículo 123 del procesal federal y en la primera parte del tercer párrafo del artículo 115 del procesal local, si considera que la aprehensión es injustificada, ya porque no haya habido flagrancia, ya porque el hecho que se le imputa al aprehendido no constituye delito o ya porque de las constancias que integran la indagatoria no haya pruebas suficientes para acreditar el cuerpo del delito ni la responsabilidad del aprehendido en su comisión, ordenará la inmediata libertad del aprehendido.

Pero si el Ministerio Público, atendiendo a las constancias que se haya recabado, considerase que la aprehensión es justificada, conforme a lo dispuesto por el párrafo tercero del artículo 123 del procesal federal y a lo previsto por el

tercer párrafo del artículo 115 del procesal local, decretará la detención de los aprehendidos y, así, en lo sucesivo, ya no tendrán la calidad de aprehendidos, sino la de detenidos.

Una vez que el Ministerio Público ha decretado la detención en la forma señalada en el párrafo que antecede, el detenido podrá, atento a lo dispuesto por la fracción I del artículo 20 constitucional, concatenada con lo previsto por los artículos 135 segundo párrafo del procesal federal y 126 segundo párrafo del procesal local, solicitar dentro de la averiguación previa, que se le decrete su libertad caucional. Sin embargo, para su concesión, deberá estarse a lo que ya expusimos en la parte final del punto 3 de este capítulo.

Es importante hacer la aclaración, de que si al detenido se le imputa un delito que está sancionado con pena alternativa o no corporal, de acuerdo con lo previsto por los artículos 135 y 205 del procesal federal y 148 y 193 del procesal local, concatenados con lo dispuesto por el artículo 18 Constitucional, el Ministerio Público dispondrá de su libertad, sin necesidad de caución y sin perjuicio de que al consignar pida al juez que conozca del asunto el arraigo correspondiente.

Independientemente de que el Ministerio Público haya dispuesto de la libertad de los detenidos en la forma señalada en los dos párrafos que anteceden, de acuerdo con lo previsto por el primer párrafo del artículo 134 del procesal federal y por el primer párrafo del artículo 125 del procesal local, una vez que esté comprobado el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad de las personas contra las que decretó la detención, ejercerá la acción penal correspondiente ante el órgano jurisdiccional, solicitando, en caso de que consigne sin

detenido por haber dispuesto de la libertad de éste en la averiguación previa, el arraigo correspondiente y que se libre orden de comparecencia para que se le tome la declaración preparatoria. Pero si no dispuso de la libertad del detenido, al ejercitar la acción penal, pedirá al órgano jurisdiccional que dentro del término legal le tome al detenido su declaración preparatoria.

Con lo que se ha expuesto en este punto, procuramos explicar el desarrollo de una averiguación previa con aprehendido y detenido, observando, sin pretender hacer un estudio comparativo, las disposiciones adjetivas que la reglamentan, del procesal federal para toda la República en materia federal y del procesal local para el Estado de Guanajuato en materia común.

Para finalizar este punto, así como el capítulo tercero de este trabajo de tesis, queremos hacer mención, que según lo dispuesto por el párrafo tercero del artículo 123 del procesal federal y por el párrafo tercer del artículo 115 del procesal local, sólo el Ministerio Público, con sujeción a esos preceptos, puede determinar qué personas que han sido aprehendidas en la averiguación previa, quedan en calidad de detenidas. En esos mismos preceptos, se establece que cuando el Ministerio Público decreta una detención sin sujetarse a lo allí previsto, cualquier afectado podrá fincarle responsabilidad penal.

Desgraciadamente, ninguno de los ordenamientos adjetivos citados, establece una responsabilidad de esa naturaleza, para los casos en que reunidos los requisitos necesarios, el Ministerio Público no conceda la libertad caucional en la averiguación previa. Esto da lugar, como lo vemos diariamente en la práctica, a que el Ministerio Público no

la conceda, no obstante que el detenido reúne todos los requisitos para que se la otorgue, circunstancia que hace nugatorio el goce de la libertad caucional en la averiguación previa. Prefieren, indebidamente los titulares del Ministerio Público, antes que asumir la responsabilidad que las leyes adjetivas les imponen sobre ese beneficio, consignar a los detenidos dentro del término de las 24 horas.

CAPITULO IV

CAPITULO CUARTO

LA DEFENSA CONTRA LOS ACTOS DEL MINISTERIO PUBLICO QUE RESTRINGEN LA LIBERTAD PERSONAL EN LA AVERIGUACION PREVIA

I. - CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

En la República Mexicana, gracias al Estado de Derecho establecido por la Constitución Federal de 1917, la libertad personal de los gobernados, teóricamente, quedó protegida de los actos autoritarios arbitrarios, a través de las ya comentadas "garantías de seguridad jurídica".

Decimos que teóricamente, porque en la práctica, a pesar de que la Ley Fundamental había dejado en claro que el Ministerio Público era el único órgano del Estado al que le incumbía la persecución de los delitos, auxiliado de la corporación de policía judicial, las demás autoridades que antes de la Constitución de 1917 realizaban funciones de policía judicial (Comisarios de Policía, Presidentes Municipales, Jueces y Magistrados Penales), resistiéndose a aceptar el nuevo orden constitucional, con el pretexto de la investigación de los delitos, continuaron privando indebidamente de su libertad personal a los gobernados.

Surgió, así, un antagonismo entre esas autoridades, que con el transcurso del tiempo, prevaleció sólo entre la corporación de policía judicial y la institución del Ministerio Público.

Todavía a fines de la década de los 80's., ese antagonismo era bien evidente, pues los agentes de la corporación de policía judicial, sin comprender aún el cabal significado de la segunda parte del primer párrafo del artículo 21 constitucional, se negaban a asimilar la idea de su subordinación al Ministerio Público, único órgano autoritario encargado de la persecución de los delitos.

Por ese motivo, fundamentalmente, durante un largo periodo, los agentes de la corporación de policía judicial, con el pretexto de la investigación de los delitos y por iniciativa propia, incurrieron sistemáticamente en la violación de la libertad personal de los gobernados, sin respetar el mandato constitucional ni ordenamiento legal alguno. Sin rendir jamás cuenta de sus actos al Ministerio Público, al que estaban subordinadas constitucionalmente, privaban ilegalmente de su libertad personal a los gobernados, sometiéndolos a una serie de aberrantes vejaciones, llegando en no pocas ocasiones hasta el homicidio.

Esta situación que se dio en todo el territorio nacional, aunque tardamente, alarmó y preocupó a nuestra sociedad, por lo que armándose de un gran valor cívico, durante la campaña para la presidencia de la República y al inicio del periodo sexenal del gobierno del Lic. Carlos Salinas de Gortari,

le manifestó airadas y públicas protestas, dándole a conocer todas las arbitrariedades que impunemente cometían los agentes de la corporación de policía judicial.

Se le hizo saber al Presidente de la República, que dichos agentes no sólo tenían por costumbre privar ilegalmente de su libertad personal a los gobernados, basándose en infundadas y quimeras investigaciones, sino que además, incurrían en la extorsión, el chantaje y hasta en el homicidio.

Afortunadamente el Presidente de la República, atendiendo los reclamos que le hicieron los gobernados, procurando dar remedio a esas arbitrariedades, dio a conocer un planteamiento que vino a ser precursor de una serie de reformas procedimentales; el objeto de estas reformas no fue otro sino el de que se preservara en todo el procedimiento penal y en consecuencia en la averiguación previa, el Estado de Derecho establecido por la Constitución Federal de 1917, así como el respeto íntegro de los derechos humanos, entre los que destaca por su importancia la libertad personal.

En el planteamiento presidencial se señaló, que era preciso: "...reafirmar nuestro Estado de Derecho a través de la estricta vigilancia de la constitucionalidad y legalidad de los actos de los órganos y cuerpos competentes"¹. Se hizo incapié en que se llevaría adelante: "...la lucha contra el narcotráfico sin afectar los derechos humanos y las garantías individuales, ya que

¹ Citado por Sergio García Rmez. Proceso Penal y Derechos Humanos. Editorial Porrúa y UNAM 1992, Pág. 19.

no se protege el derecho, violando el derecho."²

Las reformas procedimentales que resultaron del planteamiento presidencial, empezaron a tener vigencia a partir de febrero de 1991, en materia federal para toda la República, y a partir de agosto del mismo año en materia común para el Estado de Guanajuato.

Esas reformas vinieron a disolver aquel tradicional antagonismo, que aún se percibía entre la corporación de policía judicial y el Ministerio Público.

Por fin quedó en claro, que sólo al Ministerio Público le incumbía la persecución de los delitos, auxiliado por la corporación de policía judicial, la que estaba bajo su dirección y mando inmediato. Se precisó entonces, que en tratándose de aprehensiones, si bien los agentes de la corporación de policía judicial podían realizarlas, sólo podrían hacerlo por propia iniciativa en los casos de flagrante delito, teniendo la obligación de avisar de inmediato al Ministerio Público, al que le debían de poner a disposición y sin demora a los aprehendidos.

Las reformas vinieron pues a establecer, que sólo el Ministerio Público podría determinar qué personas quedarían en calidad de detenidas en una averiguación previa. Se estableció también la prohibición para que los agentes de la corporación de policía judicial tomaran declaraciones a los aprehendidos, y en caso de que las tomaran, carecerían de validez.

²

Citado por Sergio García RmeZ. Proceso Penal y Derechos Humanos. Editorial Porrúa y UNAM 1992. Pág. 19.

Las tan mencionadas reformas dieron lugar, en fin, a una serie de garantías que debían observarse en el desarrollo de la averiguación previa de los delitos, garantías ésas que antes sólo se observaban dentro del procedimiento judicial penal. Destacando por su importancia, entre otras, el otorgamiento de la libertad caucional por parte del Ministerio Público, en los términos y con las condiciones que la autoridad judicial la otorga.

Con la actual reglamentación de la averiguación previa, establecida por los ordenamientos adjetivos citados, los agentes de la policía judicial y los de cualquier otra corporación policíaca, tienen terminantemente prohibido, bajo el pretexto de investigación de los delitos, aprehender a cualquier gobernado si no es en flagrancia; realizando la aprehensión en este caso de excepción, tendrán la obligación de poner sin demora a los aprehendidos a disposición del Ministerio Público. Y en caso de que no procedan en los términos aquí expuestos, cualquier gobernado podrá poner tales hechos en conocimiento del Ministerio Público correspondiente, para que éste, si considera que son sustituidos de algún delito, haga la consignación de los mismos al órgano jurisdiccional que impondrá la sanción penal que proceda.

De la misma manera, cuando teniendo a su disposición al aprehendido, el Ministerio Público decreta su detención en contravención a lo dispuesto por los artículos 123 del procesal federal y 115 del procesal local, cualquier gobernado podrá denunciar los hechos a cualquier otro Ministerio Público, para que inicie la averiguación previa y en su caso, consigne los

hechos al órgano jurisdiccional para que se imponga la sanción penal correspondiente.

Así pues, es evidente que con la actual reglamentación de la averiguación previa, la libertad personal de los gobernados se encuentra mejor protegida en esa fase del procedimiento penal. Lo que hace pensar que la tendencia actual que impera en nuestro Estado de Derecho, es la de proteger de manera eficaz en la averiguación previa, la garantía de la libertad personal de los gobernados.

Precisamente el interés por salvaguardar los derechos humanos, dio lugar también a que por decreto presidencial del 5 de Junio de 1990, se creara la Comisión Nacional de Derechos Humanos; teniendo por objeto entre muchos otros, el de recibir e investigar las reclamaciones de los afectados por actos u omisiones de las autoridades administrativas, que dentro de la averiguación previa, conllevarán la restricción ilegal de la libertad personal de los gobernados.

Ahora bien, de explorado derecho es que en los actos restrictivos de la libertad personal que se pueden realizar en la averiguación previa, se distinguen dos situaciones distintas:

- a).- La privación de la libertad en vías de ejecución; y
- b).- La privación de la libertad propiamente dicha.

Por lo que procurando delimitar el tema que en este capítulo desarrollaremos, es preciso que se*alemos que de esas dos situaciones, sólo nos ocuparemos de la segunda, es decir, de cuando se den los actos de privación de libertad propiamente

dichas. Y esto no porque carezca de importancia la otra situación, sino porque los medios de defensa que analizaremos, protegen en ese caso, eficazmente la libertad personal.

Además, es preciso también que aclaremos que al desarrollar este capítulo, sólo nos ocuparemos de los casos en que la privación de la libertad personal en la averiguación previa resulta ilegal. Y que esa privación ilegal, por las razones que expusimos en el punto 4 del capítulo tercero, sólo podrá provenir de actos del Ministerio Público, único órgano del Estado director de la averiguación previa.

Hechas las aclaraciones anteriores y para efecto de pasar al análisis de los medios de defensa, de que dispone todo gobernado para protegerse de los actos ilegales que dentro de la averiguación previa le restrinjan su libertad personal, procuraremos enseguida dejar en claro, cuándo, a nuestro juicio, la privación de la libertad personal dentro de la averiguación previa, se torna ilegal.

En el punto 4 del capítulo tercero, señalamos que cuando los aprehendidos están a disposición del Ministerio Público, éste, de acuerdo con lo previsto por los artículos 123 primera parte, tercer párrafo y 135 última parte, primer párrafo del procesal federal y según lo previsto por los artículos 115 primera parte tercer párrafo y 126 última parte primer párrafo del procesal local, si considera que la aprehensión fue injustificada, ordenará que se les ponga en inmediata libertad.

En caso de que el Ministerio Público considere que la aprehensión fue justificada, de acuerdo a lo dispuesto por los

artículos 123 tercer párrafo y 135 primera parte primer párrafo del procesal federal, y según lo previsto en los artículos 115 tercer párrafo y 126 primera parte, primer párrafo del procesal local, les decretará a los detenidos la detención.

Decretada la legal detención, conforme a lo dispuesto por los artículos 135 y 205 del procesal federal y según lo previsto por los artículos 148 y 193 del procesal local, concatenados con la primera parte primer párrafo del artículo 18 constitucional, si el delito que se imputa a los detenidos es de los que se sancionan con pena alternativa o no privativa de libertad, el Ministerio Público dispondrá de la libertad de aquéllos sin necesidad de que se le otorgue caución.

Pero si el delito que se imputa a los detenidos es de aquéllos que se sancionan con pena corporal, y si de acuerdo con lo previsto en la fracción I del artículo 20 constitucional, relacionado con lo dispuesto por el artículo 135 segundo párrafo del procesal federal y por lo previsto por el artículo 126 segundo párrafo del procesal local, tienen derecho a gozar de libertad provisional bajo caución, el Ministerio Público, ajustándose a esos preceptos dispondrá de la libertad de los detenidos.

Luego entonces, cuando el Ministerio Público indebidamente no disponga de la libertad de los aprehendidos o de los detenidos, en la forma como se ha señalado en los párrafos que anteceden, indiscutiblemente que estaremos ante una privación ilegal de la libertad personal en la averiguación previa; y contra esa privación de libertad, cualquier gobernado puede valerse de los medios de defensa que en puntos siguientes analizaremos.

2.- LOS MEDIOS DE DEFENSA CONTRA LOS ACTOS DEL MINISTERIO PUBLICO QUE PRIVAN ILEGALMENTE D LA LIBERTAD PERSONAL EN LA AVERIGUACION PREVIA.

2.1.- EN LO ADMINISTRATIVO.

Cuando un gobernado esté a disposición del Ministerio Público, por motivo de la investigación de algún delito, y no se disponga de su libertad en la forma como lo indicamos al final del punto 1 de este capítulo, cualquier persona podrá acudir ante el superior jerárquico de dicho agente (Jefe de Zona, SubProcurador o con el mismo Procurador), para que éste, conociendo los antecedentes de la privación de libertad, el nombre del detenido y la identificación del Ministerio Público que tiene a su disposición aquél, pedirá la información necesaria al respecto, así como el motivo por el cual no ha procedido como la ley establece.

En vista de la información que recabe el superior jerárquico, dará a su subordinado las indicaciones necesarias para que conforme a la ley, disponga de la libertad del aprehendido o del detenido, o bien, proceda a la consignación.

Además, podrá el superior jerárquico, si observa dolo o mala fe en el proceder de su subordinado, imponerle una sanción de tipo administrativa e incluso, consignarlo si su conducta configurara algún delito.

2.2. - EN LO PENAL.

Se hace la aclaración de que este medio de defensa, difícilmente puede prosperar cuando el Ministerio Público no disponga de la libertad del detenido con o sin caución, en los términos de las leyes adjetivas invocadas. Esto, en virtud de que tal negativa difícilmente puede ser configurativa de algún delito.

Sin embargo, en caso de que tal negativa llegase a configurar por ejemplo el delito de abuso de autoridad, cualquier gobernado podrá poner en conocimiento de esos hechos a cualquier otro agente del Ministerio Público competente, para que dé inicio a la averiguación previa correspondiente.

Por otro lado, cuando a un gobernado que está a disposición del Ministerio Público por motivo de la investigación de algún delito, se le decreta la detención en contravención a lo dispuesto por los artículos 123 tercer párrafo del procesal federal y 115 tercer párrafo del procesal local, independientemente de que con posterioridad sea puesto en libertad conforme a las leyes adjetivas aplicables, cualquier persona podrá denunciar al Ministerio Público infractor ante cualquier otro Ministerio Público competente, para que en su caso, integre la averiguación previa correspondiente.

Es importante que hagamos la observación de que este medio, por razones obvias de compadecimiento, difícilmente puede prosperar, a menos de que el superior jerárquico ejerza presión para que se integre la averiguación.

2.3.- EN VIA DE QUEJA ANTE LA COMISION DE DERECHOS HUMANOS.

No pretendemos en este punto, realizar un estudio profundo sobre esa institución, aunque no está por demás hacer mención, que el artículo 2 del decreto presidencial que la creó, dispuso que: "La comisión será el órgano responsable de proponer y vigilar el cumplimiento de la política nacional en materia de respeto y defensa de los derechos humanos"³

La comisión de derechos humanos, no vino para invadir la competencia de ningún otro órgano del sistema jurídico mexicano, ni tampoco para sustituir a los poderes judiciales, ni al Ministerio Público ni a las corporaciones policiacas.

La función de la comisión, se puede resumir esencialmente de la siguiente manera: recibe la queja que se le presente, contra actos de autoridades que violen los derechos humanos. Investiga la materia de la queja, para lo cual requiere informes a las autoridades involucradas. Finalmente, concluye su labor emitiendo una recomendación.

Ahora bien, las recomendaciones que emite la comisión, de acuerdo con el modelo del Ombudsman de origen escandinavo, antecedente de aquella, no tienen carácter imperativo, ni tampoco anulan, modifican o dejan sin efecto las resoluciones o actos

³ Citado por Sergio García Ramírez. Proceso Penal y Derechos Humanos. Editorial Porrúa y UNAM 1992. Pág. 35.

contra los cuales se hayan presentado las quejas. Sin embargo, el carácter no obligatorio de esas recomendaciones, no las priva de su eficacia, ya que la fuerza de las mismas se apoya en la publicidad de sus actos, así como en la opinión pública.

Las recomendaciones no tienen carácter vinculante. Toda vez que si así fuera, se convertirían en verdaderas decisiones jurisdiccionales que requerirían de las formalidades de un proceso en sentido estricto.

Las autoridades y servidores públicos a los que se comunican las recomendaciones, tienen la obligación de informar dentro de los 15 días hábiles siguientes si las aceptan, caso en el que entonces, dentro de los siguientes 30 días hábiles, deben entregar a la comisión que les hizo la recomendación, las pruebas correspondientes al cumplimiento respectivo, a fin de evitar el retraso o la evasión de la ejecución de aquéllos.

Cuando las autoridades o servidores públicos requeridos, adopten actitudes evasivas o de entorpecimiento, en los casos en que intervengan o colaboren en las investigaciones que realice la comisión, no obstante los requerimientos hechos, se les podrá amonestar en forma pública o privada. Pero independientemente de la amonestación, la comisión deberá y podrá denunciar ante los órganos competentes, los delitos y las faltas en que hubiesen incurrido las propias autoridades y servidores, pudiendo solicitar además a las autoridades disciplinarias correspondientes, la aplicación de las sanciones respectivas.

Actualmente, tenemos una Comisión Nacional de Derechos Humanos, elevada a rango constitucional, según el apartado B del

artículo 102 de la Ley Fundamental en vigor. Y en tanto no se instituya legalmente en el Estado de Guanajuato la Comisión Local, todo gobernado podrá presentar sus quejas ante aquélla.

Así que tratándose de los casos en que ilegalmente el Ministerio Público prive a de su libertad personal a un gobernado en la fase de la averiguación previa, es claro que tal proceder constituye una violación a los derechos humanos, por lo que desde luego, se podrá hacer uso de este medio para impugnar esos actos privativos.

2.4. • EN VIA DE JUICIO DE AMPARO.

2.4.1. • CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Es importante asentar, que estando ante una privación de la libertad personal en la averiguación previa, por actos ilegales del Ministerio Público, según lo expuesto en los párrafos finales del punto 1 de este capítulo, habrá una violación al principio de legalidad, así como a las garantías de seguridad jurídica, consagradas respectivamente por los artículos 14, 16, 18 y 20 fracción 1 de la Constitución Federal de 1917.

La violación de las garantías consagradas en los preceptos constitucionales referidos, se dará, cuando el Ministerio Público no disponga de la libertad personal del aprehendido o del detenido, conforme a lo dispuesto por las leyes adjetivas que reglamentan la averiguación previa con detenido, tema éste que ya tratamos en el punto 4 del capítulo tercero de

este trabajo de tesis.

Así que estando, en presencia de actos de autoridad, que conlleven una violación de las garantías individuales consagradas por la Constitución Federal en vigor, cualquier gobernado que sufra el agravio, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 103 fracción I de la Ley Fundamental y según el artículo 10. fracción I de la Ley de Amparo en vigor, podrá valerse del juicio de amparo.

Y es que la Ley Fundamental, además de haber señalado los casos en los que el Ministerio Público puede legalmente privar de su libertad personal a los gobernados en la averiguación previa, instituyó en los artículos 103 y 107 el juicio de amparo, como medio de defensa cuando esa privación contraviniera directamente las garantías individuales, o bien, alguna ley secundaria, que a su vez, conllevara la violación al principio de legalidad previsto por los artículos 14 y 16 citados.

Ignacio Burgoa opina que: "el juicio de amparo, es un juicio o proceso que se inicia por la acción que ejercita cualquier gobernado ante los órganos jurisdiccionales federales, contra todo acto de autoridad (lato sensu) que le causa agravio en su esfera jurídica y que considere contrario a la Constitución, teniendo por objeto invalidar dicho acto o despojarlo de su eficacia por su inconstitucionalidad o

ilegalidad en el caso concreto que lo origine."⁴

J. Guadalupe Tafuya, procurando ser más preciso, opina que: "el juicio de amparo, lo podemos concebir como una institución jurídica, por medio de la cual el gobernado, después de agotar todos los medios ordinarios de impugnación, puede acudir ante los tribunales judiciales federales o sus auxiliares, a solicitar protección contra cualquier acto de autoridad o ley, que el quejoso considere que contravienen las garantías individuales, o que impliquen una invasión en la soberanía de la Federación por los Estados miembros o viceversa, causando agravio, para que dicho acto o ley, sea invalidado o inaplicable según proceda."⁵

Se ha dicho, que la esencia teleológica del juicio de amparo, radica en tutelar la Constitución de las posibles violaciones que cometan las autoridades del Estado, en las diversas hipótesis establecidas por el artículo 103 constitucional. Sin embargo, esa teleología se ensanchó por virtud del principio de legalidad consagrado por los artículos 14 y 16 constitucionales.

Al consagrar esos dispositivos, la garantía de

⁴ Citado por José Gpe. Tafuya Hernández. La Suspensión en los Amparos Directos del Orden Penal. Trabajo de Tesis 1985. Pág. 32.

⁵ José Gpe. Tafolla Hernández. La Suspensión en los Amparos Directos del Orden Penal. Trabajo de Tesis 1985. Pág. 32

legalidad en los juicios penales, así como la garantía de fundamentación y motivación que debe observarse en todos los actos de autoridad para que sean constitucionalmente válidos, el juicio de amparo no sólo vino a tutelar el régimen constitucional en los casos previstos por el artículo 103 de la Ley Fundamental, sino que además, su objeto preservador se extendió incluso a los ordenamientos secundarios, los que al violarse, como opina Carlos Arellano, simultáneamente violan la garantía de legalidad que preconizan los mencionados artículos 14 y 16.⁶

Con el juicio de amparo, el Estado reconoció, pues, a los gobernados, la facultad para reclamar el servicio público jurisdiccional, para obtener protección contra los actos autoritarios que violan garantías, en términos de los artículos 103 y 107 Constitucionales y de la Ley Reglamentaria de esos dispositivos.

En este orden de ideas, podemos ya afirmar, que el gobernado que sea privado ilegalmente de su libertad personal en la averiguación previa, por actos del Ministerio Público, podrá, en términos de los preceptos constitucionales referidos y de la Ley Reglamentaria, demandar el amparo y protección de la justicia federal.

Del mismo modo, la Ley Fundamental y la Ley de Amparo en vigor, otorgaron a los gobernados, un medio más de protección, es decir, la suspensión del acto reclamado.

⁶ Citado por José Gpe. Tafuya Hernández. La Suspensión en los Amparos Directos del Orden Penal. Trabajo de Tesis 1985. Pág. 33.

La suspensión del acto reclamado en el juicio de amparo, tiene como objeto primordial, mantener viva la materia del amparo, impidiendo que el acto que lo motiva, al consumarse irreparablemente, haga ilusoria para el gobernado la protección de la justicia federal.

La suspensión del acto reclamado, viene a ser, en muchos casos, una necesidad del juicio de amparo, ya que al desarrollarse éste mediante procedimientos que aunque sumarísimos son dilatados, la sentencia que se pronunciara en el juicio no llenaría su objeto si no fuera por la suspensión; esto, en virtud de que al pronunciarse el fallo que resolviera en definitiva el juicio de amparo, el acto reclamado podría ya haber sido ejecutado y entonces, las cosas no podrían volver al estado que tenían antes de la violación.

Se patentiza la necesidad de la suspensión del acto reclamado, cuando se trata de la privación ilegal de la libertad personal en la averiguación previa, por actos del Ministerio Público, en virtud de que si no se concediera, como el Ministerio Público dispone de 24 horas para consignar la averiguación con detenido, cuando se promoviera el amparo por la privación ilegal de la libertad personal, dicho amparo no daría ninguna utilidad al afectado, toda vez que se sobreesería por el cambio de situación jurídica al hacerse la consignación, o bien, si el Ministerio Público se ajusta a derecho y lo pone en libertad, se sobreesería por la cesación de los efectos del acto reclamado.

Tan importante es la suspensión del acto reclamado cuando se trata de ataques a la libertad personal fuera de

procedimiento judicial; caso en el que cae la privación ilegal de la libertad personal en la averiguación previa, que de acuerdo con el último párrafo del artículo 130 de la Ley de Amparo en vigor, siempre se concederá provisionalmente.

El segundo párrafo del artículo 130 de la Ley de Amparo, dispone, a su vez, que cuando se trate de la libertad personal, los efectos de la suspensión provisional, serán para que el quejoso quede a disposición de la autoridad que la haya concedido y bajo la responsabilidad de la autoridad ejecutora, sin perjuicio de que pueda ser puesto en libertad caucional si procediere.

El artículo 136 primera parte del segundo párrafo de la referida Ley de Amparo, establece que cuando el acto reclamado consista en la detención del quejoso efectuada por autoridades administrativas, como es el caso de la privación ilegal de la libertad personal por actos del Ministerio Público en la averiguación previa; la suspensión se concederá si procediere sin perjuicio de que se haga la consignación que corresponda.

Dispone el tercer párrafo del artículo 136 en comento, que cuando el acto reclamado consista en la detención del quejoso por orden de autoridades administrativas, podrá ser puesto en libertad provisional mediante las medidas de aseguramiento y para los efectos que expresa el párrafo anterior.

El sexto párrafo de ese artículo 136, establece que el Juez (seguramente que el que conozca del amparo), dictará las medidas adecuadas para garantizar la seguridad del quejoso, así como para evitar que se sustraiga a la acción de la justicia; y

en todo caso deberá dar cumplimiento a lo dispuesto por la Fracción I del artículo 20 constitucional.

Es inconcuso entonces, que cuando se trate de la afectación de la libertad personal fuera de procedimiento judicial, caso en el que cae la privación ilegal de la libertad personal por actos del Ministerio Público en la averiguación previa, la suspensión del acto reclamado tiene un trámite especial, atento a los dispositivos citados de la Ley de Amparo en vigor.

Es tan especial ese trámite, que según lo previsto por los artículos 38, 39 y 40 de ese ordenamiento, cuando se reclame la privación ilegal de la libertad personal por actos del Ministerio Público en la averiguación previa, la demanda de amparo y protección de la justicia federal se podrá presentar al Juez de Partido o en defecto de éste al Juez Menor, que ejerza jurisdicción en el lugar donde reside la autoridad responsable de esa privación, siempre que no haya Juez de Distrito en ese lugar.

Pues bien, como no en todos los lugares donde un Ministerio Público realiza actos ilegales de privación de la libertad personal en la averiguación previa, se cuenta con un Juez de Distrito y como el tiempo es apremiante, en virtud de que el Ministerio Público cuenta con 24 horas para consignar con detenido, tiempo ése en el que puede no disponer de la libertad personal del aprehendido o del detenido conforme a las leyes adjetivas aplicables, como sucede en la práctica, es por lo que en el desarrollo del punto siguiente, nos referiremos a ese trámite especial al que nos referimos en el párrafo que antecede.

2.4.2.- TRAMITE DEL JUICIO DE AMPARO Y DE LA SUSPENSION, PROMOVIDO CONTRA ACTOS DEL MINISTERIO PUBLICO QUE PRIVAN ILEGALMENTE LA LIBERTAD PERSONAL, EN TERMINOS DE LOS ARTICULOS 38, 39 Y 40 DE LA LEY DE AMPARO EN VIGOR.

Dispone el articulo segundo de la Ley de Amparo en vigor, que el juicio de amparo y desde luego, la suspensión del acto reclamado, se substanciarán y decidirán con arreglo a las formas y procedimientos que se determinan en el Libro Primero.

Ahora bien, es cierto que tanto en la tramitación del juicio de amparo y de la suspensión, deben observarse las formalidades que se contemplan por la Ley de Amparo en vigor, sin embargo, cuando se trate de los ataques a la libertad personal fuera de procedimiento judicial, caso en el que se cae cuando se trate de actos del Ministerio Público que privan ilegalmente de la libertad personal en la averiguación previa, habrá excepciones a dichas formalidades.

En efecto, conforme a lo dispuesto por las fracciones VII y XI última parte del artículo 107 constitucional, concatenadas por los artículos 36 y 114 fracción II de la Ley de Amparo en vigor, el juicio de amparo así como la suspensión, promovidos contra actos de autoridad administrativa, carácter ése que tiene el Ministerio Público, debe de interponerse ante el Juez de Distrito que tenga jurisdicción en el lugar donde deba tener ejecución, trata de ejecutarse, se ejecute o se haya ejecutado el acto reclamado.

Sin embargo, excepcionalmente, en los lugares donde no resida Juez de Distrito y tratándose de los actos del Ministerio Público, que ilegalmente privan de la libertad personal en la averiguación previa, atento a lo dispuesto por los artículos 38, 39 y 40 de la Ley de Amparo en vigor, la demanda podrá interponerse y la suspensión podrá solicitarse, ante el Juez de Primera Instancia dentro de cuya jurisdicción radique la autoridad que ejecuta el acto de privación, y en caso de que no resida en el lugar Juez de Primera Instancia o no pudiese ser habido, se podrá ocurrir ante cualquier autoridad judicial, que ejerza jurisdicción en el mismo lugar en que reside la autoridad ejecutora.

La primera parte del artículo 30. y el artículo 116 de la Ley de Amparo en vigor, disponen respectivamente, que en el juicio de amparo, así como en la suspensión, todas las promociones deben hacerse por escrito, debiendo señalarse en la demanda, una serie de requisitos; pero de conformidad con el artículo 117 de la misma Ley, cuando se trate de los actos del Ministerio Público, que privan ilegalmente a los gobernados de su libertad personal en la averiguación previa, tanto las promociones como la demanda misma podrán hacerse por comparencias; y en caso de que se optara por presentar la demanda por escrito, bastará con que se exprese el acto reclamado, la autoridad que la hubiese ordenado, el lugar en que se encuentre el agraviado y la autoridad o agente que haya ejecutado el acto de privación.

El artículo 40. de la Ley de Amparo en vigor, dispone que el juicio de amparo y por extensión la suspensión, sólo podrá promoverlas el agraviado, sin embargo, el artículo 17 de la misma

Ley, permite que cuando se trate de los actos a los que nos estamos refiriendo, estando el agraviado imposibilitado naturalmente para presentar su demanda y la solicitud de la suspensión, cualquier persona podrá hacerlo en su nombre, aunque sea dicha persona un menor de edad. En este caso, el propio artículo 17, dispone que el Juez que conozca del amparo, dictara las medidas que sean necesarias para lograr la comparecencia del agraviado para que ratifique la demanda, lo que no será obstáculo para que decrete la suspensión del acto reclamado, según el artículo 18 en relación con el último párrafo del artículo 130 de la Ley en comento.

Si hubiera temor fundado de que la autoridad señalada como responsable, tratara de burlar las órdenes de libertad del quejoso o de ocultarlo, trasladándolo a otro lugar, de acuerdo con el artículo 187 concatenado con el 2o. de la Ley de Amparo en vigor, el Juez que conozca del amparo y de la suspensión, podrá hacer comparecer al agraviado ante su presencia para hacer cumplir dichas órdenes.

Por lo que respecta al término para la interposición de la demanda de amparo, el artículo 21 de la referida Ley establece 15 días, aunque la fracción II del artículo 22 excepcionalmente, si se trata de ataques a la libertad personal, permite que se interponga en cualquier tiempo. Sin embargo, precisamente como el tiempo es apremiante, cuando se trate de los actos del Ministerio Público que privan ilegalmente la libertad personal en la averiguación previa, es por lo que normalmente, si se quiere obtener utilidad en el trámite materia de este punto, cualquier interesado se preocupará por presentar su demanda inmediatamente a la realización de esos actos privativos de libertad.

En este orden de ideas; es inconcuso pues que la propia Ley de Amparo en vigor, hace excepciones a las formalidades que deben observarse en la tramitación del juicio de amparo y la suspensión, cuando se trate de actos del Ministerio Público que priven ilegalmente de su libertad personal a los gobernados en la fase de la averiguación previa.

Pues bien, ajustándose en ese caso a las excepciones referidas de acuerdo con los artículos 38, 39 y 40 de la Ley de Amparo en Vigor, el Juez de Primera Instancia o cualquier autoridad judicial, en defecto de aquél, al presentársele la demanda de amparo, tendrá facultad para recibir la demanda, pudiendo ordenar que se mantengan las cosas en el estado en el que se encuentren, por el término de 72 horas; término que deberá ampliarse en lo que sea necesario, atenta la distancia que haya a la residencia del Juez de Distrito.

El Juez de Primera Instancia, o en su defecto, la autoridad judicial que reciba la demanda de amparo, siempre que se trate del caso al que nos estamos refiriendo, ordenará además, que las autoridades responsables rindan al Juez de Distrito, los informes respectivos, debiendo proceder conforme al artículo 144 de la Ley de Amparo en Vigor, dispositivo éste, que a su vez establece, que deberá formar por separado un expediente en el que consigne un extracto de la demanda de amparo y la resolución que mande suspender provisionamente el acto reclamado, debiendo consignar también en ese expediente, copia de los oficios o mensajes que haya girado para tal efecto, así como las constancias de entrega y las determinaciones que dicte para hacer cumplir su resolución, cuya eficacia debe vigilar, hasta en tanto

el Juez de Distrito le acusa recibo de la demanda y de los documentos remitidos.

Ese es el trámite que se establece por los artículos 38, 39 y 40 de la Ley de Amparo en Vigor, para los casos en que ante un Juez de Partido, o en su defecto, ante cualquier autoridad judicial que resida en el lugar donde se da la privación ilegal de libertad por actos del Ministerio Público en la averiguación previa, se promueve el juicio de amparo y se solicita la suspensión del acto de privación. Trámite que evidentemente, ninguna utilidad le brinda al gobernado privado de su libertad, según lo confirmaremos en el punto siguiente.

3.- CRITICA A LOS REFERIDOS MEDIOS DE DEFENSA, QUE SE PUEDEN HACER VALER CONTRA LOS ACTOS DEL MINISTERIO PUBLICO, QUE PRIVAN ILEGALMENTE DE LA LIBERTAD PERSONAL EN LA AVERIGUACIÓN PREVIA.

Es muy importante que dejemos asentado, que cuando el Ministerio Público se ajuste a la legalidad establecida cuando maneje una averiguación previa con detenido, según lo expuesto en el capítulo tercero punto 4, no habrá necesidad obviamente, de hacer uso de los medios referidos en el punto 2 de este capítulo.

Ahora bien, si el Ministerio Público no acata esa legalidad, cualquier interesado podrá valerse de todos esos medios de defensa, sin que la opción de uno excluya la opción de

los otros; sin embargo, es triste reconocerlo, pero la realidad es que ninguno de dichos medios, dará la certeza, de que se podrá recuperar la libertad de que se privó al aprehendido o al detenido.

Para demostrar lo anterior, pasaremos a criticar a cada uno de esos medios.

A).- EN LO ADMINISTRATIVO.- Gracias a la política actual de respeto a los derechos humanos, este medio puede ser efectivo, si el superior jerárquico, procurando el respeto a la Ley, atiende con justicia las quejas que se le presenten contra los agentes del Ministerio Público subordinados, que privan ilegalmente de su libertad personal a los gobernados en la averiguación previa. Pero no será eficaz, si el superior jerárquico tolera las arbitrariedades de sus subordinados.

B).- EN LO PENAL.- Este medio, que como ya lo dijimos, sólo podrá promoverse cuando en la averiguación previa, el Ministerio Público decreta la detención de un aprehendido, contraviniendo los artículos 123 último párrafo del procesal federal y 115 último párrafo del procesal local, difícilmente podrá prosperar. Y menos aún podrá hacer que el afectado pueda obtener su libertad de la que ilegalmente se le privó. Lo anterior, en virtud de que es casi imposible, a menos que haya presión del superior jerárquico, que un agente del Ministerio Público integre una averiguación previa en contra de otro agente del Ministerio Público.

C).- EN VIA DE QUEJA ANTE LA COMISION DE DERECHOS HUMANOS.- Este medio, si bien garantiza que el Ministerio

Público infractor, que en la averiguación previa decretó una detención ilegal o que no dispuso de la libertad de un detenido, recibirá una amonestación o que incluso se le consigne, de ningún modo, por la naturaleza de las resoluciones que pronuncia, garantiza que se podrá recuperar una libertad perdida ilegalmente en la averiguación previa.

D).- EN VIA DE JUICIO DE AMPARO.- Este medio, que debiera ser la mejor garantía de que una persona, privada ilegalmente de su libertad personal por actos del Ministerio Público en la averiguación previa, recobrará su libertad, por la manera en que se tramita, en términos de los artículos 38, 39 y 40 de la Ley de Amparo en Vigor, resulta una verdadera burla para el pueblo mexicano.

Se afirma lo anterior, en virtud de que, pudiendo remediar la situación del afectado la suspensión provisional, ésta sólo viene a empeorarla, ya que los efectos son para mantener los casos en el estado en el que se encuentran, lo que quiere decir, a menos que estemos en un error, que el afectado deberá permanecer en esta situación, esto es, privado de su libertad, lo cual, desde luego, es un absurdo y un verdadero atropello a la dignidad humana.

Así las cosas, más le valdrá a una persona que ha sido privada ilegalmente de su libertad personal en la averiguación previa, no hacer uso de ese medio al que nos referimos en los puntos 2.4.1. y 2.4.2. de este capítulo.

Se pone en entredicho entonces, que el juicio de amparo, reglamentado por los artículos 38, 39 y 40 de la Ley de

Amparo en vigor, sea un medio eficaz para proteger, ayudar y defender, a un gobernado al que se le han violado garantías por actos del Ministerio Público en la averiguación previa. Se pierde en consecuencia, el sentido y el valor que debe tener el juicio constitucional.

Resulta inconcebible que tratándose de los actos a que se refiere el artículo 39 de la Ley en comento, entre los que encuadra el caso que nos ocupa, el Legislador haya olvidado reglamentar debidamente ese trámite, pues ni siquiera creó una disposición que establezca como procederá el Juez de Distrito cuando reciba las constancias a que se refiere la última parte del artículo 38 y el artículo 144 de la Ley de Amparo en vigor. No estableció la continuación del juicio en lo principal ni de la suspensión.

No justifica esa omisión, el hecho de que al menos, tratándose de los actos del Ministerio Público que priven ilegalmente de la libertad personal en la averiguación previa, en la mayoría de los casos se sobreesería el juicio por la cesación de los efectos del acto reclamado, si se pusiera en libertad al aprehendido o detenido, o por el cambio de la situación jurídica si se hubiere procedido a la consignación.

Por eso es necesario que el trámite al que nos referimos en el punto 2.4.2 de este capítulo, sea reglamentado de una manera tal, que brinde mejor garantía en la defensa de la libertad personal, cuando éste bien es afectado ilegalmente en la averiguación previa.

4.- PROPOSITA DE ADICION A LOS ARTICULOS 39, 131, 147 Y 200 DE LA LEY DE AMPARO EN VIGOR.

4.1.- EXPOSICION DE MOTIVOS.

Siendo la libertad personal uno de los bienes más preciados del hombre, es por lo que se deben establecer los mecanismos que sean necesarios, para lograr que reciba una más eficaz protección cuando se restrinja por actos ilegales del Ministerio Público en la averiguación previa.

No se puede negar que hay disposición por parte del Jefe del Ejecutivo Federal, en procurar que en el Estado Mexicano, impere el respeto a los derechos humanos de los gobernados, tan así es, que precisamente a raíz del planteamiento presidencial al que nos referimos en el punto 1 de este capítulo, resultaron una serie de reformas a las leyes adjetivas que reglamentan la averiguación previa con detenido.

Sin embargo, debemos reconocer honestamente, que por todo lo expuesto en este capítulo, aún no es suficiente lo realizado por el Presidente de nuestra Republica. Esto, en virtud de que los agentes del Ministerio Público, no han asimilado esas reformas, resistiéndose en consecuencia, a disponer de la libertad de los gobernados, en los términos de las leyes adjetivas, cuando tienen una averiguación previa con aprehendido o con detenido.

Los medios de defensa analizados, ya vimos también, que no garantizan de ningún modo, que el gobernador sea restituido de su libertad personal, cuando ésta le ha sido indebidamente restringida por actos del Ministerio Público en la averiguación previa.

El juicio de amparo, promovido en términos de los artículos 38, 39 y 40 de la Ley de Amparo en vigor, cuyo trámite ya analizamos, debiendo ser el mejor medio de protección para que el gobernado recupere su libertad cuando le ha sido privada ilegalmente por actos del Ministerio Público en la averiguación previa, es, como ya quedó demostrado, totalmente ilusorio.

Por tal motivo, con el único afán de que dicho trámite sea realmente eficaz y esté mejor reglamentado, cuando se trate de los actos del Ministerio Público que privan ilegalmente de su libertad personal a los gobernados, en la averiguación previa, es por lo que proponemos la adición de un segundo párrafo del artículo 39, la adición de un cuarto párrafo al artículo 131, la adición de un cuarto párrafo al artículo 147 y la adición de un segundo párrafo al artículo 200, todos de la Ley de Amparo en vigor.

Con la propuesta que se hace, pretendemos, hasta donde nuestra capacidad nos lo permite, que el trámite del juicio de amparo y de la suspensión al que nos referimos en el punto 2.4.2. de este capítulo, realmente sea un medio de defensa, que pueda brindar utilidad a todo gobernado, que ha sido privado ilegalmente de su libertad personal por actos del Ministerio Público en la averiguación previa.

La nueva reglamentación que se propone, permitirá que en esos casos, cualquier gobernado pueda presentar su demanda ante el Juez de Primera Instancia, o en su defecto, ante cualquier autoridad judicial, que resida en el lugar donde se realiza el acto de privación, independientemente de que resida en el lugar Juez de Distrito. Esto permitirá, no sólo descargar de trabajo a los Jueces de Distrito, sino que los jueces de Primera Instancia, o en defecto de éstos, cualquier autoridad judicial con jurisdicción en el lugar donde se realiza el acto de privación, se tornen en vigilantes de la constitucionalidad y de la legalidad.

Con la nueva reglamentación que se propone, los efectos de la suspensión provisional, permitirán que el gobernado obtenga, a la brevedad posible, la libertad ilegalmente perdida, ya sea por parte de la propia autoridad responsable, o bien, por parte de la autoridad judicial que conoce de amparo y de la suspensión en términos de los artículos 38, 39 y 40 de la Ley de Amparo en vigor.

Con la adición que se propone a los artículos 131 y 147 de la Ley en comento, pretendemos que se establezca lo que el Juez de Distrito, al recibir las constancias a que se refiere el artículo 144, debe proveer en cuanto a la continuidad del incidente de suspensión y del juicio principal. Esto, independientemente de que, en la mayoría de los casos, habrá que sobreeser el juicio de garantías por la cesación de los efectos del acto reclamado o por el cambio de la situación jurídica.

Con la adición que se propone al artículo 200 de la tan comentada Ley, pretendemos que se establezca una sanción para

aquellas autoridades a quienes se les presente la demanda de amparo en términos de los artículos 38, 39 y 40, y que por negligencia o por motivos inmorales, no concedan la suspensión provisional, tal como lo establece el último párrafo del artículo 130.

4.2.- ADICIONES PROPUESTAS.

ARTICULO 39. -

.....

En los casos de privación de la libertad personal por actos del Ministerio Público en la averiguación previa de los delitos, aún cuando resida Juez de Distrito en el lugar donde se realice el acto de privación, el Juez de Primera Instancia o, en su defecto, la autoridad judicial que ejerza jurisdicción en el lugar, tendrá facultad para recibir la demanda de amparo, así como para suspender provisionalmente el acto reclamado, en términos del artículo 130 último párrafo. Esta suspensión provisional, surtirá los efectos de que el quejoso quede a disposición de la autoridad ejecutora, la que deberá disponer de la libertad en los términos establecidos por las leyes adjetivas penales aplicables, para los casos de la averiguación previa con detenido. La autoridad que conozca del amparo en los términos de este párrafo, deberá recibir la demanda y resolver sobre la suspensión dentro del término de tres horas, contadas a partir de la de su presentación; ordenará además, que inmediatamente a la recepción de la demanda, se notifique a la responsable, la resolución respectiva, la que deberá, a su vez, dentro del término de tres horas contadas a la de su notificación, resolver sobre la libertad personal del quejoso, en los términos de la ley

adjetiva penal aplicable, hecho lo cual, deberá enviar a la autoridad que conozca del amparo, los informes previo y justificado respectivos. Recibidos los informes y en vista de su contenido, en caso de que la autoridad que conoce del amparo, considerase que la responsable indebidamente no dispuso de la libertad del quejoso, podrá, sujetándose a las leyes adjetivas penales aplicables y mediante las medidas de aseguramiento que considere pertinentes, disponer de la libertad de aquél, sin perjuicio de que se haga la consignación que corresponda. Hecho lo anterior, la autoridad que conozca del amparo procederá en los términos de los artículos 38 última parte y 144 de esta ley.

ARTICULO 131. -

El Juez de Distrito que reciba las constancias a que se refieren los artículos 38 última parte y 144, deberá enviar acuse de recibo a la autoridad que se las remita, a la brevedad posible. Y en vista del informe previo y de las constancias recibidas, si no aparece alguna causa de sobreesimiento, ordenará se celebre la audiencia incidental dentro del término de setenta y dos horas, procediendo en lo que sea conducente conforme a lo dispuesto en los párrafos que anteceden.

ARTICULO 147. -

El Juez de distrito que reciba las constancias a que se refieren los artículos 38 última parte y 144, deberá enviar acuse

de recibo a la autoridad que se las remita, a la brevedad posible. Y en vista del informe justificado y de las constancias recibidas, si no aparece alguna causa de sobreseimiento, admitirá la demanda y se*alará día y hora para la celebración de la audiencia constitucional, no pudiendo exceder del término de diez días, contados desde el siguiente al de la admisión de la demanda, procediendo en lo que sea conducente, conforme a lo previsto por los artículos 150, 151 y 155 de esta Ley.

ARTICULO 200. -

.....

Cuando la autoridad judicial que conozca del amparo y de la suspensión en términos del segundo párrafo del artículo 39 de esta Ley, por negligencia o por motivos inmorales, no conceda la suspensión provisional, siendo notoria su procedencia, se le impondrá la misma sanción se*alada en el párrafo que antecede.

CONCLUSIONS

CONCLUSIONES

- 1.- El Estado Mexicano, para mantener la armonía social, creó un orden jurídico que reglamenta el ejercicio del poder público, imponiéndole el respeto irrestricto a los valores más importantes para la realización del individuo, uno de los cuales es la libertad personal.
- 2.- La libertad personal, siendo imprescindible para que la mayoría de las demás libertades puedan funcionar, fue por lo que la Constitución Federal de 1917, la protegió debidamente a través de las comentadas 'garantías de seguridad jurídica'.
- 3.- El procedimiento penal mexicano y en consecuencia, la averiguación previa, garantizan el respeto a la libertad personal, sin embargo, son los órganos de autoridad, concretamente el Ministerio Público en la averiguación previa, los que llegan a afectarla en contravención a las disposiciones adjetivas que la reglamentan.
- 4.- Los medios de defensa que podemos hacer valer contra los actos del Ministerio Público que ilegalmente privan de la libertad personal a los gobernados, en la averiguación previa, no garantizan la restitución de ese bien aún en los casos en que las leyes adjetivas lo permiten.

CONCLUSIONES.

- 5.- El juicio de amparo promovido en términos de los artículos 38, 39 y 40 de la Ley de Amparo en Vigor, que debiera ser el medio de defensa que garantiza esa restitución de la libertad, por la manera como se tramita pierde su valor y su sentido.
- 6.- Siendo evidente que la autoridad política tiene actualmente una disposición para el respeto de los derechos humanos y, en consecuencia, de la libertad personal, es por lo que es momento para proponer mejoras, a los medios de defensa encaminados a proteger a los gobernados cuando sean privados ilegalmente de su libertad personal por actos del Ministerio Público en la averiguación previa de los delitos.
- 7.- Con la propuesta de adición que se hace en este trabajo de tesis, procuramos remediar esos actos privativos, mejorando el trámite del juicio de amparo reglamentado por los artículos 38, 39 y 40 de la Ley de Amparo en Vigor.

BIBLIOGRAFIA

BIBLIOGRAFIA

1. - Burgoa Ignacio.
Las Garantías Individuales.
Editorial Porrúa 1985.
2. - Burgoa Ignacio.
El Juicio de Amparo.
Editorial Porrúa 1988.
3. - Castro Juventino V.
El Ministerio Público en México.
Editorial Porrúa 1990.
4. - Couto Ricardo.
Tratado Teórico-Práctico de la Suspensión en el Amparo.
Editorial Porrúa 1983.
5. - Estrella Mendez Sebastian.
La Filosofía del Juicio de Amparo.
Editorial Porrúa 1988.
6. - García Ramírez Sergio.
Proceso Penal y Derechos Humanos.
Editorial Porrúa y UNAM 1992.
7. - Mancilla Ovando Jorge Alberto.
Las Garantías Individuales y su Aplicación en el Proceso Penal.
Editorial Porrúa 1989.
8. - Nicol Eduardo.
La Idea del Hombre.
Fondo de Cultura Económica 1977.
9. - Osorio y Nieto César Augusto.
La Averiguación Previa.
Editorial Porrúa 1985.

BIBLIOGRAFIA

- 10.- Oronoz Santana Carlos M.
Manual de Derecho Procesal Penal.
Cárdenas Editor y Distribuidor 1983.
- 11.- Rivera Silva Manuel.
El Procedimiento Penal.
Editorial Porrúa 1990.
- 12.- Suprema Corte de Justicia de la Nación.
Manual del Juicio de Amparo.
Editorial Themis 1989.
- 13.- Tafuya Hernandez José Guadalupe.
La Suspensión en los Amparos Directos del Orden Penal.
Trabajo de Tesis 1985.

LEGISLACION

Constitucion Politica de los Estados Unidos Mexicanos.
Editorial Porrúa 1991.

Ley de Amparo.
Editorial Porrúa 1992.

Codigo Federal de Procedimientos Penales.
Ediciones Delma 1991.

Código Penal y de Procedimientos Penales para el Estado de Guanajuato.