

**UNIVERSIDAD AUTONOMA DE BAJA CALIFORNIA
FACULTAD DE DERECHO CAMPUS MEXICALI**

ESPECIALIDAD EN DERECHO PENAL



MATERIA.

SEMINARIO DE SEGUIMIENTO DE TRABAJO TERMINAL

MAESTRO

MTRA. NERY SANCHEZ TERAN

ALUMNO

AMADOR LLAUSAS BETANCOURT

TEMA

**“LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES EN EL PERIODO DE
AVERIGUACIÓN PREVIA”**

MEXICALI, BAJA CALIFORNIA JUNIO DE 2009

AGRADECIMIENTOS

A MI ESPOSA E HIJOS POR SU AMOR, COMPRENSION Y APOYO EN ESTE TIEMPO, SABEN QUE TODO LO HAGO POR USTEDES.

A MI PADRE AMADOR LLAUSAS SALAS (Q.E.P.D), DESDE TU PARTIDA EN EL AÑO 2008, SIGUES GUIANDOME, CUIDANDO Y TRATANDO HACER DE MI UN MEJOR HOMBRE DIA A DIA.

A MI MADRE Y HERMANOS POR SU APOYO EN TODOS MIS PROYECTOS.

A MI TUTOR MTRO. ARNOLDO CASTILLA GARCIA POR SU INCONDICIONAL APOYO EN LA REALIZACION DE ESTE TRABAJO

INDICE

| | |
|-------------------|------|
| Introducción..... | I-VI |
|-------------------|------|

Capítulo I. Desarrollo Doctrinal y Marco Jurídico

| | |
|--|-------|
| I. Definición de los Derechos del Hombre..... | 1-2 |
| II. Definición de Garantías Individuales..... | 2-3 |
| III. Algunas definiciones de averiguación previa..... | 3-6 |
| IV. El Ministerio Público (atribuciones)..... | 6-7 |
| V. Estudio de la fracción I del artículo 20 Constitucional..... | 7-8 |
| VI. Estudio de la fracción II del artículo 20 Constitucional..... | 8-9 |
| VII. Estudio de la fracción V del artículo 20 Constitucional..... | 10-11 |
| VIII. Estudio de la fracción VII del artículo 20 Constitucional..... | 11-12 |
| IX. Estudio de la fracción IX del artículo 20 Constitucional..... | 12-13 |
| a. Personas facultadas para ejercer la defensa..... | 13-14 |
| b. Defensa por sí..... | 14 |
| c. Defensor público | 14-15 |
| d. Defensor particular..... | 15 |
| e. Personas de confianza..... | 15-16 |

Capítulo II. Limitaciones y Requisitos para la aplicación de Garantías Individuales

| | |
|---|-------|
| I. Antecedentes..... | 16-17 |
| II. Análisis de la fracción X, cuarto párrafo, del artículo 20 Constitucional, ap. A | |
| a. Poder revisor (ámbito de competencia)..... | 17 |
| b. Algunas modalidades en la aplicación de garantías Individuales..... | 18-20 |

Capítulo III

Garantías Individuales del Indiciado contenidas en los artículos 16 y 21 Constitucional

| | |
|--|-------|
| I. Planteamiento general..... | 20 |
| II. Acreditación del cuerpo del delito y probable responsabilidad..... | 21-23 |

| | |
|---|-------|
| III. El requisito de flagrancia para integrar averiguaciones previas con detenido..... | 23-26 |
| IV. Casos de urgencia..... | 26-27 |
| V. Cuarenta y Ocho horas para la integración de una averiguación previa con detenido..... | 27-28 |
| VI. Inviolabilidad del domicilio a excepción de la orden de cateo..... | 28-29 |
| VII. La inviolabilidad de las comunicaciones privadas..... | 29-30 |
| VIII. Garantía individual del indiciado contenida en el artículo 21 Constitucional | 33-34 |

Capítulo IV. Garantías Individuales del ofendido o víctima del delito

| | |
|---|-------|
| I. Antecedentes..... | 34-35 |
| II. Ampliación de derechos del ofendido en las legislaciones locales | 35-36 |
| III. Proceso legislativo de la garantía individual del ofendido contenida en el artículo 21 Constitucional..... | 37 |
| a) Contexto jurídico antes de la reforma..... | 37-38 |
| b) Análisis del proceso legislativo de la reforma de 1994..... | 38 |

| | |
|--------------------------|-----------|
| Conclusiones..... | 39 |
|--------------------------|-----------|

| | |
|--------------------------|-----------|
| Bibliografía..... | 40 |
|--------------------------|-----------|

INTRODUCCION

Hasta antes de las civilizaciones de Grecia y Roma, los gobiernos organizados tenían, por lo general una forma de gobierno autocrática y despótica, solo se tenía una idea vaga de encontrar un sistema de impartición de justicia que asegurara el castigo a las personas que vulneraran la ley. lo anterior se traduce a la tarea principal de los gobiernos y la exigencia principal de la sociedad, las civilizaciones en comento, aportaron algunos antecedentes sobre la protección al derecho de libertad, arrojando como resultado ideas precursoras de nuestras garantías individuales, la igualdad de todos ante la ley, y la exigencia de un juicio formal.¹

A la caída del imperio romano hubo un retroceso en relación a los pocos avances obtenidos en cuanto a formación de leyes relacionadas con los derechos humanos, favoreciendo en aquel entonces la ley del más fuerte, en el entendido de que los pueblos vencedores imponían su ley sobre los conquistados. Esta época, duro alrededor de seis siglos, en los cuales se instalo la monarquía en la que el rey podía determinar según su voluntad, sobre la privación de la vida, la libertad del individuo, sin que este tuviera un mecanismo jurídico para defenderse.

En el periodo de la edad media, que comprende desde la caída del imperio romano, hasta la toma de Constantinopla por los turcos, hubo algunos antecedentes de documentos que establecían derechos a favor del ciudadano frente al poder estatal. Los godos intentaron un sistema jurídico que consistió en una legislación escrita unificada llamada fuero juzgo, la cual tuvo vigencia en forma indefinida a partir del siglo VII. En esta ley se establecía que el “rey solo será rey si hiciese derecho, y si no lo hiciere, no será rey”.

Un importante texto en 683 en el VIII concilio de Toledo, ordenaba en su regla 2, que nadie podía ser privado de sus honores, detenido atormentado o condenado por ninguna institución del estado sin tener pruebas claras y evidentes. Los fueros de Nájera, jaca (1064), Tudela, Zaragoza y Daroca (1142), contenían disposiciones relativas a la protección contra el encarcelamiento y la libertad bajo fianza. El pacto político-civil acordado en las cortes del reino de león del 1188, incluía disposiciones de carácter civil,

¹ Guillen López Raúl “Las Garantías Individuales en la Etapa de Averiguación Previa” Ed. Porrúa, México 2007.

político, administrativo y penal. Dicho pacto establecía la inviolabilidad del domicilio por el rey, y la garantía de audiencia.

En el siglo XI el duque Guillermo de Normandía venció al rey sajón Heroldo en la batalla de Hastings y se apoderó del trono. Esta carta magna limitó el poder del rey y de manera indirecta el de los señores feudales, lo cual se traduce al resultado de la confrontación entre el poder real y la nobleza participando la iglesia de manera importante. Lo anterior trajo como consecuencia que el pueblo se beneficiara al establecerse ciertos derechos.

Dicho documento contemplaba entre otros derechos, el reconocimiento de hombres libres, que significó un freno para los señores feudales, en materia fiscal se contempló que los tributos podían aplicarse solo con el consentimiento del pueblo y el derecho a resistir por las armas las determinaciones del rey que se encontraran fuera del marco de la legalidad.

Aunado a lo anterior, se impuso el principio que no podría privarse de la libertad a un hombre libre, sino de conformidad con la ley y mediante un juicio y se prohibieron las penas de mutilación, tortura y destierro.

En el siglo XIII, en territorio español, en los reinos de Castilla y Aragón también se establecieron ordenamientos jurídicos, los cuales pueden estimarse de la importancia de la carta inglesa, pues contemplaron derechos que favorecían a los hombres libres.

Las siete partidas, las cuales fueron redactadas en la segunda mitad del siglo XIII. De dicho texto se desprende que los derechos naturales del hombre deben ser respetados contra mandatos del propio rey. Además se aprecian mecanismos jurídicos a favor de las personas afectadas por ciertos actos de autoridad que les causaran agravios. Los cuatro recursos de amparo comprendidos son: el amparo de alzada, el amparo directo al rey, el amparo a favor de los menores y el amparo contra sentencias dadas violando la ley o el fuero. El amparo directo al rey, no combate agravio alguno, sin embargo los tres restantes son importantes, toda vez que combaten agravios ocasionados por un acto o resolución emanados de autoridad en el ejercicio de su función.

El jurista José Barragán Barragán estima que en las siete partidas se encuentran antecedentes directos de nuestro juicio de amparo, sin embargo, algunos juristas como José Luis Soberanes opinan que son antecedentes lejanos, no dejando de reconocer que necesariamente los recursos de amparo de este ordenamiento español constituyen un antecedente de la ley de amparo.

A principios del siglo XVII, el rey Jacobo I otorgo a compañías mercantiles concesiones para colonizar y explotar los territorios descubiertos en la América del norte. En el siglo XVIII, Inglaterra entro en un conflicto con Francia; lo anterior debido a que esta ultima intentaba colonizar la Luisiana, nueva Orleans y la cuenca del Misisipi, así como contra los españoles que se habían establecido en la florida. Lo antes expuesto arrojó como resultado que, las trece colonias apoyaran a las fuerzas reales con soldados, buques y abastecimiento, permitiendo por consiguiente un crecimiento económico.

Inglaterra, a nivel gobierno intento beneficiarse y quiso establecer un impuesto general del sello, subsecuentemente sobre el vidrio, el papel y el té, siendo que solo este ultimo logro aplicarse, iniciando una enérgica oposición de las trece colonias, mismas que boicotearan el comercio en Inglaterra. En 1776 se formo en filadelfia un congreso general de las colonias, que expidió la declaración de independendencia, redactada por tomas Jefferson, siendo aprobada el 04 de julio de 1776. El texto original de esa constitución no tuvo declaraciones sobre derechos del hombre, pero entre otras cosas sostenía:

“los hombres han nacido iguales, están dotados por su creador de ciertos derechos, siendo estos la vida, la libertad y la consecuencia de la felicidad, que es para asegurar estos derechos para lo que fueron instituidos entre los hombres los gobiernos, es decir cuando cualquier forma de gobierno destruye estos fines, el pueblo tiene el derecho de modificarlo y de instituir un nuevo gobierno, estableciendo bases de acuerdo con tales principios y organizar sus facultades en forma tal que en su concepto garanticen su seguridad y felicidad”.

Posterior a esto, en 1791 se hicieron reformas, mismas que instituían el debido proceso legal para la privación de de la vida, la libertad o la propiedad, la indemnización por la expropiación y los derechos del procesado y las reformas de 1868, contenían la prohibición de que las leyes de los estados privaran a una persona de la vida, la libertad o de la propiedad sin un proceso legal debido, o negaran la protección de las leyes.

En 1789, el rey Luis XVI solicito a los nobles y a la iglesia que aportaran mayores cantidades de dinero para gastos de la corte. Dicha petición fue rechazada y se convoco a la reunión de los representantes de la nobleza, la iglesia y el pueblo, misma que se llevo a cabo en Versalles, pero este último se proclamo como asamblea nacional. Dicha asamblea expidió en agosto de 1789,

la declaración de los derechos del hombre y del ciudadano, con el siguiente contenido:

artículo 1 libertad de opinión, artículo 2, “el objeto de toda sociedad política, es la conservación de los derechos naturales e imprescriptibles del hombre, como son la libertad, la propiedad, la seguridad y la resistencia a la opresión; artículo 3 la soberanía del pueblo; artículo 4, la libertad de hacer todo lo que no afecte los derechos de otros; artículo 5, limitaciones a la ley; artículo 6, la ley como la expresión de la voluntad del pueblo; artículo 7, principio de legalidad en materia penal; artículo 8, principio de no retroactividad de la ley; artículo 9, principio de inocencia; artículo 11, libertad de imprenta; artículo 12, la fuerza pública esta para servir al pueblo; artículo 13, contribuciones de los ciudadanos; artículo 14, derechos de los ciudadanos a verificar la aplicación de las contribuciones; artículo 15, rendición de cuentas a los empleados públicos por manejos en el desempeño del cargo; artículo 16, los derechos protegidos mediante garantía y la división de poderes; artículo 17, principio de la inviolabilidad de la propiedad privada.

Desde el comienzo de la lucha por la independencia en 1811, Ignacio López Rayón, en un documento denominado “elementos constitucionales”, plasmo prevenciones para la protección de la libertad personal. La constitución política de la monarquía española promulgada en Cádiz el 19 de marzo de 1812, en sus artículos 290, 291, 296, 299, 300, 301, 302 y 303, regulaba el procedimiento penal.

Artículo 290.- El arrestado, antes de ser puesto en prisión, será presentado al juez, siempre que no haya cosa que lo estorbe, para que le reciba la declaración; mas si esto no pudiera verificarse, se le conducirá a la cárcel en calidad de detenido y el juez le recibirá la declaración dentro de las veinticuatro horas.

Artículo 291.- La declaración del arrestado será sin juramento, que a nadie ha de tomarse en materias criminales sobre hecho propio.

Artículo 296.- En cualquier estado de la causa que aparezca que no puede imponerse al preso penal corporal, se le pondrá en libertad, dando fianza.

Artículo 299.- El juez y el alcaide que faltaren a lo dispuesto en los artículos precedentes, serán castigados como reos de detención arbitraria, la que será comprendida como delito en el código criminal.

Artículo 300.- Dentro de las veinticuatro horas se manifestara al tratado como reo la causa de su prisión y el nombre de su acusador, si lo hubiere.

Artículo 301.- Al tomar la confesión al tratado como reo se le leerán íntegramente todos los documentos y las declaraciones de los testigos, como los nombres de estos; y si por ellos no los conocieren se le darán cuantas noticias pida para venir en conocimiento de quienes son.

Artículo 302.- El proceso de allí en adelante será público, en el modo y forma que determinen las leyes.

Artículo 303.- No se usará nunca del tormento ni de los apremios.

En el artículo 299, podemos apreciar que se implemento un sistema de responsabilidad para aquellos funcionarios que violaran la constitución.

En forma genérica sólo se hace referencia a la protección a la libertad como bien jurídico de la persona. Otro documento importante, los sentimientos de la nación, de José María Morelos (1813), en sus artículos 17 y 18, establecían lo siguiente:

- Que a cada uno se le guarden las propiedades y respete en su casa como un asilo sagrado, señalando penas a los infractores y que no se admita la tortura, respectivamente.
- Posteriormente, apareció el decreto constitucional para la libertad de de la América mexicana, sancionando en Apatzingan el 22 de octubre de 1814, el cual no tuvo vigencia, pero estableció algunos derechos en materia penal. en sus artículos 30 y 31, establecían lo siguiente:
- Todo ciudadano se reputa inocente, mientras no se declare culpado y ninguno debe ser juzgado ni sentenciado, sino después de haber sido oído legalmente, respectivamente.

Ese mismo documento señalaba en su artículo 32, la inviolabilidad del domicilio; en el artículo 33, la libertad de audiencia y en el artículo 37, la garantía al derecho de defensa.

El presente trabajo de investigación pretende explicar de manera cronológica el origen, la evolución y alcances jurídicos de las garantías individuales previstas para la etapa de averiguación previa tanto para el indiciado, como para el ofendido o víctima del delito. Con relación a las garantías individuales del indiciado, se

analiza como su contenido y alcances jurídicos dependen de la regulación que hayan hecho los legisladores locales y federales.

Para lograr lo anterior, nos apoyamos en los métodos de investigación jurídica, como son el histórico, exegético, dogmático y funcional. Asimismo, se manejan diversas fuentes de información, como los diarios de sesiones de los congresos constituyentes, documentos legislativos sobre reformas al procedimiento penal, doctrina, y desde luego, tesis aisladas y jurisprudencias relacionadas con nuestro objeto de estudio.

Los objetivos que se pretenden en este trabajo, es realizar primeramente un estudio general de los derechos del hombre, además de la evolución de las garantías individuales, vinculadas con la protección de la libertad individual y seguridad jurídica dentro del ámbito penal. Se analiza la aparición de los derechos fundamentales en diversos textos, así como los mecanismos implementados para su protección, hasta el texto constitucional vigente.

En segundo término, y de manera específica, dicho tema lo es inherente a la comisión de delitos, mismos que dan la pauta al inicio del procedimiento penal, cuya primera etapa o periodo lo es la averiguación previa. Asimismo en cuanto a limitación de estudio, cabe hacer hincapié que el presente trabajo se enfoca a diversas entidades federativas, cuya normatividad en ambos ordenes, es decir federal y estatal, es de aplicación en específico para dichas entidades, sin embargo el estudio se limita a las garantías individuales contenidas en los artículos 16, 20 y 21 de la Constitución Federal, aplicables dentro de la etapa de averiguación previa.

De una manera más amplia se analiza la aparición de los derechos fundamentales en diversos textos constitucionales de México, así como los mecanismos que se implementaron para su protección, hasta llegar al texto constitucional vigente.

El presente trabajo consistirá en el desarrollo y marco Jurídico, limitaciones y requisitos para la aplicación de garantías individuales, lo relativo a las garantías del indiciado contenidas en los artículos 16 y 21 Constitucional y las previstas para el ofendido o víctima del delito.

Capítulo I

DESARROLLO DOCTRINAL Y MARCO JURIDICO

I. Definición de los derechos del hombre

Debido a la importancia de los derechos humanos se han escrito innumerables obras; por lo tanto, resulta pertinente señalar que solo se abordara el tema en forma general. Para poder definir que es una garantía individual, es necesario comprender que son los derechos del hombre, los cuales son precedentes de aquellos. Los derechos humanos no provienen de ninguna ley, son atributos y cualidades del ser humano, en los que se apoyo para llevar a cabo su objetivo en la vida, desarrollo económico, familiar, social, religioso, y todas aquellas metas que se proponga para alcanzar su destino.

El jurista Luis Bazdresch define a los derechos humanos, desde un punto de vista práctico, de la manera siguiente:

Los derechos humanos son 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 el tiempo libre, pero lícitamente, sus propias aptitudes, su actividad, y los elementos de que honestamente pueden disponer, a fin de lograr su bienestar y progreso personal, familiar y social.²

Desde un punto de vista en la que existe la sociedad un régimen democrático señala:

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

Luigi Ferrajoli define a los derechos humanos de la siguiente manera:

Son los derechos primarios de las personas y conciernen indistintamente a todos los seres humanos, como, por ejemplo, el derecho a la vida y a la integridad de la persona, la libertad personal, la libertad de conciencia, y de manifestación del

² BAZDRESCH, Luis, Garantías Constitucionales, p. 34.

pensamiento, el derecho a la salud y a la educación y las garantías penales y procesales.³

En nuestro país existe un órgano exclusivamente encargado para la protección de estos derechos en el ámbito federal. Dicho órgano es la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, regulada por su respectiva ley orgánica y un reglamento interno; este último proporciona un concepto de derechos humanos en su artículo 6º, que a la letra dice:

Son los inherentes a la naturaleza humana, sin los cuales no se puede vivir como ser humano. En su aspecto positivo son los que reconoce la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los que se recogen en los pactos, los convenios y los tratados internacionales suscritos y ratificados por México.⁴

II. Definición de garantías individuales

Las garantías individuales son derechos contenidos en la Carta Magna; disposiciones que deben de ser respetadas por las autoridades; limitaciones a las autoridades y son derechos subjetivos, pues otorgan una acción personal para lograr que la autoridad no viole los derechos garantizados por la Constitución.⁵

Existen una gran cantidad de obras dedicadas al estudio de las garantías individuales, en algunas de ellas, los juristas han plasmado una definición y en otras sus características. Al respecto, Ignacio Burgoa señala:

...Este concepto se forma....mediante la concurrencia de los siguientes elementos:

1.-Relacion Jurídica de Supra a subordinación entre el gobernado (sujeto activo) y el Estado y sus autoridades (sujetos pasivos). 2.-Derecho Publico Subjetivo que emana de dicha relación a favor del gobernado (objeto). 3.- Obligación correlativa a cargo del Estado y sus autoridades, consistente en respetar el consabido derecho y en observar o cumplir las condiciones de seguridad jurídica del mismo (objeto). 4.- Previsión y regulación de la citada relación por la Ley Fundamental (Fuente).⁶

Sobre el tema, el jurista italiano Luigi Ferrajoli divide el concepto en dos: derechos fundamentales y garantías. En relación con los derechos fundamentales, los define de la siguiente manera:

³ Véase FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías*, 3ª ed., Madrid Trotta, 2002, p. 40

⁴ Reglamento de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

⁵ Véase BARRAGAN BENITEZ, Víctor, *Libertad personal en el siglo XXI*, p. 60

⁶ Véase BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Las Garantías Individuales*, 23 a ed., México, Porrúa, 1991, p. 187.

Son derechos fundamentales todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a todos los seres humanos en cuanto dotados del status de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por derecho subjetivo cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica ; y por status la condición de un sujeto , prevista asimismo por una norma jurídica positiva , como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de estas.⁷

Y por lo que toca a las garantías, afirma:

Las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional. Por eso, reflejan la diversa estructura de los derechos fundamentales para cuya tutela o satisfacción han sido previstas: las garantías liberales, al estar dirigidas a asegurar la tutela de los derechos de libertad, consisten esencialmente en técnicas de invalidación o anulación de actos prohibidos que las violan; las garantías sociales, orientadas como están a asegurar la tutela de los derechos sociales, consisten, en cambio, en técnicas de coerción y/o de sanción contra la omisión de las medidas obligatorias que las satisfacen. En todos los casos el garantismo de un sistema jurídico es una cuestión de grado, que dependen de la precisión de los vínculos positivos o negativos impuestos a los poderes públicos por las normas constitucionales y por el sistema de garantías que aseguran una tasa más o menos elevada de eficacia a tales vínculos.

III. Algunas definiciones de averiguación previa

La etapa inicial del procedimiento penal se le conoce como averiguación previa. El jurista Cesar Augusto Osorio y Nieto la define de la manera siguiente:

...”es la fase del procedimiento penal, durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para comprobar, en su caso, el cuerpo del

⁷ “Son evidentes las ventajas de una definición como esta. En cuanto prescinde de circunstancias de hecho, es válida para cualquier ordenamiento, con independencia de los derechos fundamentales previstos o no previstos en el, incluso los ordenamientos totalitarios y los pre modernos. Tiene por tanto el valor de una definición perteneciente a la Teoría General del derecho. En cuanto es independiente de los bienes, valores o necesidades sustanciales que son tutelados por los derechos fundamentales, es, además ideológicamente neutral. Así, es válida cualquiera que sea la filosofía jurídica o política que se provee: positivista o iusnaturalista, liberal o socialista e incluso antiliberal y antidemocrática”. Véase FERRAJOLI, Luigi, Derechos y garantías, ya citado. P. 37.

delito y la probable responsabilidad y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal”.⁸

Por su parte, Marco Antonio Díaz de León afirma:

...por averiguación previa debe entenderse al conjunto de actividades que desempeña el Ministerio Público para reunir los presupuestos y requisitos de procedibilidad necesarios para ejercitar acción penal y que se estima como una etapa procedimental (no proceso), que antecede a la consignación a los tribunales, llamada también fase procesal, que tiene por objeto investigar el cuerpo del delito y la presunta responsabilidad del inculcado, para que el Ministerio Público se encuentre en condiciones de resolver si ejercita o no la acción penal.⁹

Una parte de la doctrina le otorga a la etapa de averiguación previa no un carácter procesal, sino procedimental; así, el Ministerio Público no es un juzgador sino una simple autoridad administrativa; sin embargo, las pruebas desahogadas en la averiguación previa tienen valor probatorio y son tomadas en consideración por el juez al momento de dictar sentencia.

El Ministerio Público actúa como autoridad y parte acusadora, lleva a cabo todas y cada una de las diligencias necesarias para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal para el ejercicio de la acción penal ante el órgano judicial o, en su defecto, el no ejercicio de la misma.

Al revisar la legislación secundaria, se advierte la existencia de una estructura jurídica y formalidades que se deben respetar en dicha etapa del procedimiento penal.

En otro orden de ideas, podemos concluir conceptuando la averiguación previa, desde tres puntos de vista: como atribución del Ministerio Público; fase del procedimiento penal y expediente. Conforme el primer enfoque, la averiguación previa es la facultad que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos otorga al Ministerio Público para investigar los delitos; en tanto que fase del procedimiento penal puede definirse la averiguación previa como la etapa procedimental durante la cual el órgano investigador realiza todas aquellas diligencias necesarias para conocer la verdad histórica de un hecho posiblemente delictivo y en su caso, comprobar o no, el cuerpo del delito y la probable

⁸ Véase OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto, La averiguación previa, México, Porrúa, 1985.

⁹ Véase DIAZ DE LEON, Marco Antonio, Diccionario del Derecho Procesal Penal, 3a ed., México, Porrúa, 1997, tomo I, P. 255.

responsabilidad y optar por el ejercicio o abstención de la acción penal; finalmente considerada como expediente, la averiguación previa es el documento que contiene todas las diligencias realizadas por el órgano investigador para conocer la verdad histórica de un hecho posiblemente delictivo y en su caso comprobar o no, los elementos constitutivos del delito.

Existen determinadas actividades que el Agente Investigador del Ministerio Público realiza normalmente en múltiples actas levantadas por diversos probables delitos, independientemente del ilícito que se trate. Las actas de averiguación previa deben de contener todas y cada una de las actividades desarrolladas por el Ministerio Público y sus auxiliares, siguiendo una estructura sistemática y coherente, atendiendo una secuencia cronológica, precisa y ordenada, observando en cada caso concreto las disposiciones legales correspondientes. Toda averiguación previa debe iniciarse con la mención de la Delegación, número de la Agencia Investigadora en la que se da principio a la averiguación, así como la hora y fecha correspondiente, señalando el nombre del funcionario que ordena la integración del acta, responsable del turno y la clave de la averiguación previa.

Toda averiguación previa se inicia mediante una noticia que hace del conocimiento del Ministerio Público la comisión de un hecho posiblemente constitutivo del delito, tal noticia puede ser proporcionada por un particular, un agente o miembro de una corporación policiaca o cualquier persona que tenga conocimiento de la ejecución de un hecho presumiblemente delictivo, perseguible por denuncia. Cuando es un particular quien proporciona la noticia del delito, se le interrogara en la forma en se hace para los testigos; si es un miembro de una corporación policiaca quien informa al Ministerio Público, además de interrogársele, se le solicitara parte de policía, asentando en el acta los datos que proporcione el parte o informe de policía y los referentes a su identificación y fe de persona uniformada, en su caso. El personal de los hospitales públicos o privados o médicos que reciban y atiendan a lesionados que pudiesen estar relacionados con algún delito deberá dar aviso de tal hecho al Ministerio Público, consistiendo por consiguiente otra forma de hacer del conocimiento del órgano investigador la posible comisión de un hecho delictivo.

Los requisitos de procedibilidad son las condiciones legales que deben cumplirse para iniciar una averiguación previa y en su caso ejercitar la acción penal contra el probable responsable de la conducta típica. La Constitución Federal alude en su artículo 16 como requisitos de procedibilidad, la denuncia y la querrela. La denuncia, es la comunicación que hace cualquier persona al Ministerio Público de la posible comisión de un delito perseguible de oficio. La querrela puede definirse como una manifestación de voluntad, de ejercicio potestativo, formulada por el sujeto pasivo o el ofendido, con el fin de que el Ministerio Público tome

conocimiento de un delito no perseguible de oficio, para que se inicie e integre la averiguación previa correspondiente y en su caso ejercite la acción penal. Los efectos de la denuncia y la querrela, son en el sentido de obligar al órgano investigador a que inicie su labor, no queda al arbitrio sino contemplado en Ley.

IV. Atribuciones del Ministerio Público

Es importante analizar esta figura jurídica a fin de conocer su función y limitaciones, no sin antes conceptualizarla como: "Un cuerpo de funcionarios que tienen como actividad característica, aunque no única, la de promover el ejercicio de la jurisdicción en los casos preestablecidos, personificando el interés público existente en el cumplimiento de esta función estatal. El artículo 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos hace alusión directa al mismo, y señala:

La investigación y persecución de los delitos incumbe al Ministerio Público, el cual se auxiliara con una policía que estará bajo su autoridad y mando inmediato.

El Ministerio Público tiene la facultad y responsabilidad de investigar y perseguir personas involucradas en la comisión de algún delito. Esta persecución no es ilimitada en cuanto a su forma, pues debe respetar los derechos del indiciado contenidos en el artículo 20 Constitucional. En México, el Ministerio Público, además de su función de investigador de los delitos y persecutor de los delincuentes, también está encargado de velar por el respeto a la legalidad. Al respecto Juventino V. Castro afirma:

El Ministerio Público debe de actuar más metódico y empeñado a que brille la inocencia del acusado que su propio defensor, y más severo en el castigo del culpable de la víctima del delito. En resumen el más celoso guardián del cumplimiento de las leyes.¹⁰

Lamentablemente, a pesar de ser su obligación el cuidado y respeto de legalidad, en algunas ocasiones, por el contrario, se fomenta la cultura de violación sistemática de la esfera garantista del indiciado. En este mismo sentido, el jurista Moisés Moreno afirma:

El Ministerio Público en la práctica se orienta por procedimientos inquisitivos, obstaculizando en los eventuales casos en que se presenta la labor del defensor, a quien solo se permite estar presente, pese a que la ley adjetiva le confiere la facultad de

¹⁰ Véase V. CASTRO, Juventino, El Ministerio Público, 4ª ed., México, Porrúa, 1992, p. 22.

intervenir impugnando las preguntas que considere son inconducentes o contrarias a derecho.¹¹

En cuanto a los principios que rigen la actuación del Ministerio Público se pueden citar los siguientes:

Unidad.- Al Ministerio Público se le considera como un todo y una sola parte; es decir en una misma causa puede intervenir cualquier Ministerio Público con independencia de su adscripción y jerarquía, porque su personalidad y representación es siempre única e indivisible.

Individualidad.- Las personas que tienen el cargo de Ministerio Público no actúan en nombre propio, sino que representan a la institución.

De buena fe.- El Ministerio Público no debe conducirse en un papel de inquisidor, y así como debe interesarse por el castigo de los responsables de los delitos también debe preocuparse por el respeto de las garantías individuales.

Legalidad.- Consistente en que el Ministerio Público al cumplir con sus atribuciones, no lo hace de manera arbitraria, sino sujeto a las disposiciones vigentes.

No existe un criterio uniforme en cuanto a los principios que rigen al Ministerio Público. Para algunos juristas existen más principios reguladores, como son irrecusabilidad, imprescindibilidad y oficiosidad.

V. Estudio de la fracción I del artículo 20 constitucional

La reforma al artículo 20 Constitucional, llevada a cabo en 1993, estableció como garantía individual el derecho de la libertad provisional bajo durante la etapa de averiguación previa. Con el propósito de buscar una interpretación en cuanto a los alcances de esta garantía constitucional, se hizo un estudio de los contenidos de la iniciativa de ley, de los dictámenes y debates, pero no se encontró información sobre este punto en específico. Al respecto el jurista Sergio García Ramírez afirma que la iniciativa tocó a los diputados y fue aceptada sin cambio alguno por el dictamen en la cámara. Además en la exposición de motivos no se hizo la justificación, y en los dictámenes ni si quiera se hace referencia sobre este punto en concreto.¹²

¹¹ Véase MORENO, Moisés, El proceso penal en México.

¹² GARCIA RAMIREZ Sergio, Nuevo procedimiento penal mexicano, p. 111.

De una interpretación literal se desprende que se estableció a favor del indiciado el derecho a la libertad provisional desde la etapa de averiguación previa, la cual podía solicitar inmediatamente después de la denuncia en los casos de detención urgente o flagrancia, siempre y cuando fuera procedente. Además de modificarse el contenido de la fracción I, se reformó la fracción X, cuarto párrafo, para establecer que la garantía individual de gozar del derecho a la libertad provisional en la etapa de averiguación previa pudiera ser acotada, o, en su caso, ampliada por los legisladores encargados de elaborar leyes secundarias.

Lo anterior nos lleva a la conclusión de que para conocer los alcances de esta garantía individual ya no es suficiente revisar el texto constitucional sino que es necesario atender a los contenidos de las leyes secundarias, tanto en el ámbito federal como estatal. Con la reforma del 6 de julio de 1996, además de los requisitos y límites señalados, se introduce una nueva disposición que restringe aun más la aplicación de esta garantía individual durante el proceso penal, pues aun tratándose de delitos no graves, el Ministerio Público podrá solicitar al juez que niegue el otorgamiento de la libertad provisional bajo caución, en cualquiera de las dos hipótesis siguientes: primera, cuando el inculpado haya sido condenado con anterioridad por la comisión de un delito grave; segunda, cuando el inculpado por su conducta o por las circunstancias y características representa un riesgo para el ofendido o la sociedad.¹³

Con esta reforma el derecho a la libertad provisional bajo caución en la etapa de averiguación previa fue restringido, pues se estableció en la norma constitucional la frase “en los términos y con los requisitos que las leyes establezcan”, se deja la posibilidad a los estados y federación, de afectar la aplicación de esta garantía individual imponiendo más limitaciones o requisitos.

El proceso de reforma al artículo 20 constitucional, fracciones I y X, cuarto párrafo, se realiza junto con la reforma al artículo 16 Constitucional; es decir ambos artículos fueron discutidos en una misma sesión de la Cámara de Diputados. Lo mismo sucedió en la Cámara de Senadores. Del análisis de los documentos legislativos se observa que la discusión se enfocó hacia las implicaciones de la reforma al artículo 16 Constitucional, y de manera limitada hacia los efectos de la reforma al artículo 20 fracción I. Menos fortuna tuvo la reforma a la fracción X, cuarto párrafo, pues no se observa debate alguno.

Antes de la reforma del 6 de julio de 1996, la norma constitucional expresamente señalaba que el juez podía revocar la libertad provisional cuando el procesado

¹³ En el texto constitucional se sigue exigiendo caución al indiciado para el ejercicio del derecho de la libertad provisional, pero se modifican las exigencias para su otorgamiento.

incumpliera con cualquiera de sus obligaciones contraídas, por tratarse de la fracción I, por lo tanto se entendía que el Ministerio Público también gozaba de esta facultad, es decir, podía revocar la libertad provisional del indiciado.

VI. Estudio de la fracción II del artículo 20 Constitucional

Al revisar los antecedentes de esta fracción, se puede observar que en la década de los ochenta y a principios de los noventa del siglo pasado se presentaron problemas graves en materia de procuración de justicia, como por ejemplo: detenciones arbitrarias por parte de elementos de la policía judicial fuera de procedimiento penal, periodos largos de privación de libertad y tortura.

Ante esta situación, hubo la necesidad de legislar para acabar con estas injusticias cometidas por los cuerpos policiacos y el Ministerio Público. Sin duda, una de las más importantes garantías individuales de la que gozan el indiciado en la etapa de averiguación previa es la establecida en la fracción II, del artículo 20 Constitucional, cuya expresión más importante lo es: ...” No podrá ser obligado a declarar...”

En los casos que el Ministerio Público no respete esta norma constitucional y obligue a declarar al indiciado utilizando medios como la incomunicación, intimidación o tortura, comete un delito. Los alcances de esta garantía son claros: la persona sujeta a investigación penal en la comisión de cualquier delito, tiene derecho a no declarar si así lo desea, y el Ministerio Público no podrá obligarlo a declarar si así lo desea, y el Ministerio Público no podrá obligarlo a declarar utilizando medios violentos. La segunda parte de esta fracción II establece como medio de protección de una garantía individual (en materia procesal penal) la nulidad probatoria, instrumento utilizado en otros países.

Así, cuando la declaración ministerial “confesional” del indiciado se practique sin la presencia de defensor, carece de valor probatorio. En toda declaración ministerial rendida por el indiciado deberá estar presente su defensor. Esta garantía no es sujeta a condición alguna, esto es, la ley secundaria no puede establecer, por ejemplo que en los delitos graves, como el homicidio calificado, no sea obligatoria la presencia de su defensor. La declaración rendida por el indiciado ante autoridad distinta al Ministerio Público o Juez, es inválida. Se estableció para evitar que los cuerpos policiacos tomaran declaraciones a las personas sujetas a una investigación criminal.

Los alcances de esta garantía no fueron modificados con la reforma del 6 de julio de 1996, al artículo 20, fracción X, cuarto párrafo, de la Constitución General, que a la letra dice:

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

La voluntad del legislador es evidente, ya que estas garantías individuales no pueden ser restringidas por ninguna causa. La fracción II es generosa en cuanto a contenido, pues contiene tres garantías individuales:

- a) Derecho a no declarar.
- b) Derecho a rendir su declaración “confesional” solo ante el Ministerio Público o el Juez.
- c) Derecho a rendir su declaración confesional ante la presencia de su defensor.

VII. Estudio de la fracción V del artículo 20 Constitucional

Al agregarse, con la reforma de 1993, un cuarto párrafo a la fracción X del artículo 20 Constitucional y establecerse que la garantía prevista en la fracción V, también será observada en la etapa de averiguación previa en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establecieran, se abrió la posibilidad al indiciado de iniciar su defensa desde la etapa de averiguación previa.

El contenido de la fracción V, contempla básicamente: ...”Se le recibirán los testigos y demás pruebas que ofrezca...”. A lo anterior se advierte la circunstancia de conceder el tiempo que la ley estime necesario al efecto; en nuestra opinión y acorde a lo que el jurista Sergio García Ramírez afirma, que el único límite razonable para tal efecto será el que imponga de manera reducida la Constitución para que el Ministerio Público ejercite acción penal.

En algunas legislaciones podemos apreciar limitaciones importantes que facilitan el actuar del Ministerio Público. Este marco jurídico, se encuentra lleno de una serie de interrogantes: que ocurre si el indiciado ofrece pruebas en la etapa de averiguación previa?, bajo que reglas se desahogarían las pruebas?, ante que instancia se acudiría en caso de irregularidades en el desahogo de las mismas?, que valor tienen las pruebas desahogadas en la etapa de averiguación previa?.

En relación con las dos primeras interrogantes, la misma disposición constitucional limita esta garantía, pues señala que cuando el indiciado ofrezca testigos o pruebas de cualquier naturaleza, solo tendrá el tiempo que la ley estime necesario para ello. Sin embargo no existe establecido en forma expresa por la ley secundaria cual es el tiempo para ello. Todo dependerá del Ministerio Público en el ámbito federal y estatal, que tienen el plazo de cuarenta y ocho horas para

ejercitar acción penal, pudiéndolo hacer a cualquier hora dentro de este plazo en los casos de detenido.

El indiciado tiene el derecho de ser auxiliado por el Ministerio Público para que comparezcan las personas cuyo testimonio solicite. Sin embargo, el Ministerio Público no está obligado por la norma constitucional a auxiliar al indiciado cuando ofrezca testigos que no residan en el lugar donde se integre la averiguación previa; este último o su defensor serán los encargados de presentarlos. En lo concerniente al tipo de pruebas, factibles de ofrecer por el indiciado dentro de la etapa de averiguación previa, el indiciado podrá ofrecer cualquiera de las pruebas señaladas en las leyes adjetivas de la materia, siempre y cuando por su naturaleza (en los casos de persona detenida) pueden ser desahogadas en el reducido plazo del que dispone el Ministerio Público para ejercitar acción penal. En los casos de personas no detenidas no existe problema en cuanto al plazo, pero deberá hacerlo antes de la consignación correspondiente.

El Ministerio Público ya no integra las averiguaciones previas de forma autónoma, ahora el indiciado o su defensor tienen el derecho constitucional de ofrecer pruebas y el Ministerio Público tiene la obligación de recibirlas e incluso de auxiliarlos para su desahogo dentro de esta etapa del procedimiento penal.

Por lo que toca al tercer cuestionamiento, es decir ante que instancia se acudiría en caso de irregularidades en el desahogo de las mismas?. Si las pruebas no se desahogan conforme a derecho en la etapa de averiguación previa, es difícil acreditarlo porque son tomadas a espaldas de la defensa, de manera secreta.

Con relación a la pregunta, que valor tienen las pruebas desahogadas en la etapa de averiguación previa?. Con la reforma de 1993 se otorgaron al indiciado una serie de garantías individuales en la etapa de averiguación previa, sin embargo, la ley no señala modificación alguna en cuanto a los criterios de valoración en dicha etapa o periodo. En la práctica dicho valor probatorio es muy importante e influyen en el juez al momento de resolver en definitiva.

VIII. Estudio de la fracción VII del artículo 20 Constitucional

En 1993, el artículo 20 constitucional, como ya lo hemos señalado, contemplo nuevos derechos del indiciado en la etapa de averiguación previa, entre estos derechos se encuentra el tener acceso a las pruebas durante la averiguación previa, entre estos derechos se encuentra el tener acceso a las pruebas durante la averiguación previa, así pues, la fracción VII de dicho artículo, establece:

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

Tal y como se desprende de la fracción X, cuarto párrafo del artículo 20 constitucional esta garantía está limitada, pues los legisladores pueden exigir ciertos requisitos y establecer limitaciones para el disfrute de este instrumento de defensa. Con relación a las limitaciones, la puerta está abierta, el legislador puede reducir los alcances de esta herramienta de defensa; ejemplo claro, el limitar el acceso al expediente señalando que solo después de la declaración ministerial del indiciado el Ministerio Público tendrá la obligación de permitirle tener conocimiento de las pruebas que obran en la averiguación previa.

Asimismo, establecer que el indiciado tendrá derecho a conocer o tener acceso a determinadas pruebas. Son muchas las opciones en materia legislativa, es decir, de encontrarse a la mano del legislador para limitar la aplicación de esta fracción. Así pues, el legislador ordinario no utiliza esta facultad, al no establecerse en la constitución federal requisitos y límites para el otorgamiento de esta garantía individual, no existe impedimento legal alguno para que desde el inicio de la averiguación previa, el indiciado pueda exigir el acceso a las pruebas que obran en su contra o a favor, lo cual incluye obviamente en las situaciones de detenido y no.

En este último supuesto, resulta difícil establecer el momento oportuno en el cual el indiciado debe ejercer esta garantía individual, pues si el Ministerio Público está iniciando la averiguación previa necesita, por lo menos, contar con un mínimo de pruebas para apoyar la investigación, lo cual se traduce, el permitir al indiciado o su defensa el acceso al expediente podría dificultar la investigación. En la práctica el Ministerio Público cuando el indiciado rinde su declaración ministerial le informa de las pruebas que existen en su contra, a pesar de que el texto constitucional no contempla tal obligación expresamente.

IX. Estudio de la fracción IX del artículo 20 Constitucional

Las garantías individuales contenidas en la fracción IX, son las siguientes: primero, desde el inicio de la averiguación previa será informado de los derechos que en su favor prevé la Constitución; segundo, tener una defensa adecuada, y tercero, que su defensor comparezca en todos los actos de la averiguación previa. Estos derechos constitucionales pueden ser objeto de ampliación o reducción en las leyes secundarias, toda vez que el párrafo cuarto de la fracción X del artículo 20 Constitucional así lo determina.

Con relación a la primera garantía individual, el Ministerio Público tiene la obligación de informar al indiciado de manera inmediata de los derechos otorgados a su favor por la ley suprema, es decir, los contemplados en las fracciones I, II, V, VII y IX de este mismo artículo. Esta exigencia hecha al

Ministerio Público es un mecanismo que implementa el legislador a fin de evitar que se viole esta garantía constitucional.

Con relación a la segunda garantía individual que contempla esta fracción IX, hasta antes de la reforma de 1993, la defensa iniciaba cuando se le tomaba la declaración preparatoria al inculcado. Posterior a la reforma queda claro, la defensa inicia en la etapa de averiguación previa. En la práctica, inicia al momento de la declaración ministerial del indiciado cuando nombra a persona de confianza, abogado particular o Defensor Público.

La defensa es un derecho a favor del indiciado, es autónomo en relación con el derecho material, aunque no le asista la razón legal por no encontrarse en alguna excluyente del delito a que se refieran los códigos sustantivos de la materia (artículo 15 Código Penal Federal y 23 del Código Penal vigente en el Estado de Baja California, por citar algunos).

La defensa se entiende como un todo en el que participa el indiciado como parte principal de una acusación individual, y el defensor en la prosecución de la verdad coadyuva con función específica de vigilancia en la debida tramitación del proceso penal, preservando en lo posible la libertad del indiciado. En otro orden de ideas, consiste en un derecho de oponerse a la pretensión punitiva del Estado utilizando las herramientas jurídicas contempladas en el procedimiento penal.

Una defensa adecuada no puede satisfacerse por cualquier defensa; puede darse el caso de una defensa notoriamente negligente que ocasione un perjuicio al indiciado y motive una reposición del procedimiento. Una defensa es adecuada solo cuando la persona responsable de tal actividad tiene los elementos jurídicos necesarios para llevarla a cabo. Resulta suficiente que el defensor siga de forma lógica y coherente las reglas procesales y elabore una estrategia de defensa razonable para beneficiar en lo más posible a su defenso.

Difícilmente el indiciado o la persona de su confianza, en la mayoría de los casos, podrán llevar una defensa adecuada debido a que carecen de conocimiento de la materia.

a. Personas facultadas para ejercer la defensa

Según se desprende de la fracción IX, del artículo 20 constitucional, la defensa puede ser ejercida por el propio indiciado, un abogado o una persona de confianza, y, a falta de estos, un Defensor Público. La diferencia entre defensor y un abogado es notoria, el primero puede ser cualquier persona que defiende, ampara o protege a una persona sujeta a un procedimiento penal, y el segundo,

con título legal se dedica a defender, por escrito o de palabra, los intereses o causa de sus representados.

Tanto el defensor como el abogado tienen una misma finalidad; defender a su representado, es decir, litigan el asunto, presentando pruebas, alegatos y agravios con el fin de favorecer a este último. Los abogados o licenciados en derecho argumentan y defienden ciertos hechos y razonamientos. La defensa se ejerce con respecto a la acusación formulada por el Ministerio Público para persuadirlo y no ejercite acción penal en contra de su defensor.

El defensor en la etapa de averiguación previa tiene la obligación de no permitir se viole el derecho del indiciado de guardar silencio, o en su defecto, la declaración que haga en forma libre y espontánea; estar presente en el interrogatorio que el Ministerio Público le formule en relación a los hechos delictivos investigados. El defensor en la etapa de averiguación previa debe informarse de las pruebas que obran en contra de su representado, lo cual ocurre comúnmente al llevarse a cabo la diligencia de declaración ministerial.

Por lo general, el momento de desahogo de la declaración ministerial del indiciado es cuando se entera de la naturaleza de la acusación en su contra en la averiguación previa.

El derecho del indiciado y la obligación del defensor de ofrecer pruebas en esta etapa se encuentra limitado, pues el Ministerio Público puede ejercitar acción penal cuando considere reunidos los elementos de prueba suficientes para tener por acreditados el cuerpo del delito y la probable responsabilidad del indiciado. El problema estriba en que primero recaba las pruebas de cargo y al final toma la declaración ministerial del indiciado, por lo tanto, el otorgamiento del plazo queda a su criterio.

b. Defensa por sí

El indiciado tiene el derecho de llevar por sí mismo la defensa. Cuando el indiciado sea licenciado en derecho y conozca la rama penal tendrá la posibilidad de hacerlo adecuadamente, pero inclusive en estos casos el Ministerio Público tiene la obligación de designarle un defensor de oficio pues no tendrá validez probatoria su declaración conforme lo establece la fracción II del artículo 20 constitucional, apartado A. Dentro del periodo del proceso, cuando el procesado desea defenderse por sí solo, obligatoriamente el juez tiene que designarle un defensor público, en ambos ordenes se contempla este supuesto y asimismo ocurre en la etapa de averiguación previa.

c. Defensor público

La Constitución de 1857, establece la institución del defensor de oficio. Posteriormente, en el artículo 20 de la Constitución de 1917, también quedó contemplada esta figura jurídica, pero fue hasta 1922 cuando se promulgó la Ley de Defensoría de Oficio vigente hasta 1998.

La nueva Ley de Defensoría de Oficio, llamada ahora Ley del Instituto de Defensoría Pública Federal, contiene un sistema normativo amplio y establece en su artículo 5º que para fungir como defensor público federal se necesitan, entre otros requisitos: Ser ciudadano mexicano, licenciado en derecho, con cédula profesional, tres años de experiencia profesional, gozar de buena fama, aprobar los exámenes de ingreso y oposición correspondiente y no haber sido condenado por delito doloso sancionado con pena privativa de libertad mayor de un año.

Esta misma ley, en sus artículos 6º y 7º dispone cuáles son las obligaciones y prohibiciones. En cuanto a sus obligaciones, resulta lógico saberlas, sin embargo en cuanto a prohibiciones, es importante hacer mención que resaltan entre otras, las siguientes: desempeñar otro empleo en los tres niveles de gobierno, salvo el desempeño en docencia, el ejercicio particular de la profesión de abogado, actuar como mandatario judicial, tutores, curadores o albaceas, por citar algunos.

d. Defensor particular

La función del defensor particular es proporcionar asesoría jurídica al sujeto involucrado en la comisión de la conducta delictiva, para ello, tiene que presentarse ante el Ministerio Público o juez para la aceptación de cargo. Una vez nombrado por el indiciado inicia la defensa asistiendo a las diligencias de desahogo de pruebas practicadas en la etapa de averiguación previa y proceso, inclusive en segunda instancia debe ofrecer las pruebas para favorecer a su defenso.

Los litigantes sostienen y defienden ciertos hechos y razonamientos. La defensa se lleva a cabo frente al Ministerio Público, jueces y magistrados, incluso Ministros, con el propósito de persuadir a la autoridad mediante el ofrecimiento de pruebas favorables al inculcado. Los litigantes tienen como objetivo, convencer al Ministerio Público de no ejercitar acción penal en contra del indiciado, al juez para que dicte un auto de plazo o una sentencia favorables; la forma en que deben demostrar los litigantes sus aseveraciones es a través de la prueba.

e. Persona de confianza

A la persona de confianza no se le exige tener conocimientos jurídicos; incluso puede ser analfabeta y tener la responsabilidad de defender al indiciado, pues la fracción IX, del artículo 20 constitucional, no establece requisito alguno. Asimismo,

tiene la obligación de establecer una defensa adecuada, lo cual en la mayoría de los casos es poco probable que la lleve a cabo, toda vez de carecer de los conocimientos legales para desenvolverse de forma apropiada jurídicamente en beneficio del indiciado.

El artículo 26 de la ley reglamentaria del artículo quinto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, conocida también como la Ley de Profesiones, establece de manera clara que para fungir como asesor técnico en los asuntos de los que conozcan las autoridades judiciales o de lo contencioso administrativo es necesario que la persona que realice dicha actividad posea el título de licenciado en derecho; sin embargo, establece algunas excepciones en materia obrera, agraria y cooperativa, y en actos de materia penal.

Por lo que respecta a la etapa de averiguación previa, no existe contradicción alguna con esta disposición, el indiciado puede nombrar persona de confianza como defensor, pues el Ministerio Público no es autoridad judicial. Cabe mencionar, que en la actualidad algunas legislaciones procesales penales estatales contemplan expresamente que cuando se nombra persona de confianza, el Ministerio Público debe además asignarle un defensor de oficio.

Capítulo II

LIMITACIONES Y REQUISITOS PARA LA APLICACIÓN DE GARANTIAS INDIVIDUALES

I. Antecedentes

El artículo 20, Apartado A, fracción X, cuarto párrafo, señala que las garantías previstas en las fracciones I, II, V, VII y IX también serán aplicadas para la etapa de averiguación previa en los términos, requisitos y límites que las leyes establezcan a excepción de la fracción II, que no estará sujeta a condición alguna. La regulación de garantías individuales en leyes secundarias no es un evento nuevo, sin embargo la facultad expresa de establecer límites y requisitos resulta novedoso en el ámbito penal. Dicha situación genera la necesidad de acudir a diversas leyes para conocer con exactitud los alcances jurídicos de cada una de las garantías individuales previstas para la etapa de averiguación previa, lo cual tiene las implicaciones siguientes: primero, para conocer sus alcances de manera precisa es necesario acudir al texto constitucional; segundo, existe la posibilidad de que haya variación significativa o, por lo menos, identificable atendiendo a la regulación en cada entidad federativa y en el ámbito

federal. Por ello, la protección a la libertad individual no es la misma no es la misma en todas las entidades federativas, pues en algunas se cuentan con mejores mecanismos de defensa que otras.

En nuestro sistema jurídico mexicano se plantea que la constitución otorga el mínimo de derechos que tienen los individuos, sin embargo en la actualidad, por lo menos, en la etapa de averiguación previa, no es aplicable. Al realizar un análisis de algunos códigos de procedimientos penales de entidades federativas encontramos diversas disposiciones en las cuales se observa, precisamente, el ejercicio de esta facultad del legislador.

En la mayoría de los casos se han establecido más requisitos y límites para la aplicación de las garantías individuales del indiciado de los previstos en el texto constitucional. Por otra parte, hay también algunos códigos en los cuales se pueden observar una menor limitación o exigencia de requisitos, o simplemente el otorgamiento de más derechos de los ya contenidos en el ordenamiento constitucional.

II. Análisis de la fracción X, cuarto párrafo, del artículo 20 constitucional, apartado A

A. Poder revisor (ámbito de competencia)

El Poder Revisor es un poder constituido facultado únicamente para reformar el texto constitucional. En México se encuentra contemplado en el artículo 135 de la Carta Magna, que a la letra dice:

ARTICULO 135.- La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerde las reformas o adiciones, y que estas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados. El Congreso de la Unión o la Comisión permanente en su caso harán el cómputo de los votos de las legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.

Con base a lo anterior, existen argumentaciones, mismas que son emitidas por recocidos juristas en la materia, como Felipe Tena Ramírez, Jorge Carpizo, Armando Enrique Cruz Covarrubias y José Barragan, todos aportan argumentos jurídicos del porque el Poder Revisor es un poder constituido y tiene limitaciones, por lo tanto debe cumplir con ciertas formalidades en su actividad reformadora, no es soberano.

Un ejemplo de estos excesos graves del Poder Revisor en materia de garantías individuales lo constituye sin duda, la reforma efectuada al artículo 20, apartado A, fracción X, cuarto párrafo, constitucional el 3 de Septiembre de 1993, norma modificada nuevamente el 6 de julio de 1996, pues en ambas modificaciones al texto constitucional el Poder Revisor deja la posibilidad para que en leyes secundarias se establezcan los términos, límites y requisitos en la aplicación de garantías individuales en la etapa de averiguación previa.

Hay un principio fundamental en derecho: la autoridad solo puede hacer lo que expresamente le este establecido en la ley. El artículo 135 Constitucional, no faculta al Poder Revisor para delegar competencia en materia de garantías individuales, pues todo lo que se refiera a suspensión o restricciones en el otorgamiento de garantías individuales debe estar previsto en el texto constitucional federal y no en leyes secundarias.

B. Algunas modalidades en la aplicación de garantías individuales

Al analizar la redacción en el texto constitucional de las garantías individuales se observa que no todas tienen el mismo sistema de aplicación. Para una mejor comprensión de lo anterior daremos un ejemplo de algunas de estas modalidades:

Garantías individuales plenas, sin condición alguna para su otorgamiento:

ARTÍCULO 14.- A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

Garantías individuales con excepciones en su aplicación:

ARTÍCULO 8.- Los funcionarios y empleados públicos respetaran el ejercicio del derecho de petición, siempre que esta se formule por escrito, de manera pacífica y respetuosa; pero en materia política solo podrán hacer uso de ese derecho los ciudadanos de la República...

Garantías individuales con regulación en el texto constitucional para su aplicación:

ARTICULO 19.- Ninguna detención ante autoridad judicial podrá exceder del termino de setenta y dos horas, a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición, sin que se justifique con auto de formal prisión en el que se expresaran: el delito que se impute al acusado; el lugar, tiempo y circunstancias de ejecución, así como los datos que arroje la averiguación previa, los que deberán ser bastantes para

comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad penal del indiciado...

Garantías individuales en las cuales se deja a la ley secundaria su regulación:

ARTÍCULO 10.- Los habitantes de los Estados Unidos Mexicanos tienen derecho a poseer armas en su domicilio, para su seguridad y legítima defensa, con excepción de las prohibidas por la ley federal y de las reservadas para el uso exclusivo del Ejército, Fuerza Aérea y Guardia Nacional. La ley federal determinara los casos, condiciones, requisitos y lugares en que se podrá autorizar a los habitantes la portación de armas.

Garantías individuales con regulación, en el mismo texto constitucional, además de los requisitos y límites que se establezcan en las leyes secundarias:

ARTÍCULO 16.- Las comunicaciones privadas son inviolables. La ley sancionara penalmente cualquier acto que atente contra la libertad y privacidad de las mismas. Exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad judicial que faculte la ley o del titular del Ministerio Público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de comunicaciones del detenido con su defensor.

Las intervenciones autorizadas se ajustaran a los requisitos y límites previstos en las leyes. Los resultados de las intervenciones que no cumplan con estos, carecerán de todo valor probatorio...

Garantías individuales cuya aplicación está sujeta a los límites y requisitos impuestos en las leyes secundarias:

ARTICULO 20, fracción X, cuarto párrafo:

Las garantías previstas en las fracciones I, V, VII y IX también serán observadas durante la averiguación previa, en los términos y con los requisitos y límites que las leyes establezcan.

Garantías individuales que no pueden ser sujetas a límites y a restricciones:

ARTICULO 20, fracción X, cuarto párrafo:

...lo previsto en la fracción II no estará sujeto a condición alguna.

Como puede observarse, el texto constitucional en materia de garantías individuales contiene varias formas para su otorgamiento. Algunas de estas formas se apegan al contenido del artículo primero constitucional que a la letra dice:

ARTÍCULO 1.- En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozara de las garantías individuales que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece...

Cuando en el propio texto constitucional se establecen con claridad los alcances de la garantía individual y sus excepciones no hay contrariedad alguna con este precepto constitucional.

Inclusive cuando se deja a la ley secundaria la posibilidad de “regular” la aplicación de alguna garantía individual, no se refiere a suspender o limitar, por ende, existe congruencia con la norma constitucional.

Lo contrario ocurre cuando en el propio texto constitucional se establece la facultad del legislador para que en las leyes secundarias determine los términos y la imposición de requisitos y límites en la aplicación de garantías individuales en la etapa de averiguación previa (artículo 20, apartado A, fracción X, cuarto párrafo).

Esta norma no tiene congruencia con el sistema constitucional, por las razones siguientes:

Primera: el artículo 1º constitucional establece que solo en el texto constitucional se podrán contemplar los casos de suspensión y restricción de garantías individuales; por lo tanto, en leyes secundarias no se puede llevar a cabo tal ejercicio.

Segunda: no hay artículo constitucional en el que se establezca que el Poder Revisor puede delegar facultades en materia de limitaciones a garantías individuales.

Capítulo III

GARANTIAS INDIVIDUALES DEL INDICIADO CONTENIDAS EN LOS ARTICULOS 16 Y 21 CONSTITUCIONAL

I. Planteamiento general

En lo concerniente a las garantías individuales previstas en el artículo 16 Constitucional, se abordan las que tienen que ver con la protección de la libertad individual en la integración de una averiguación previa. Dichas garantías individuales son las siguientes: primera, carga probatoria del Ministerio Público para poder ejercitar acción penal; segunda, el Ministerio Público solo puede iniciar una averiguación previa con detenido en casos de flagrancia; tercera, la facultad del Ministerio Público de ordenar la detención de un individuo en casos urgentes, y cuarta, el término que tiene el Ministerio Público para integrar una averiguación previa con detenido.

También se analiza la inviolabilidad del domicilio, a excepción del cateo, como una garantía individual a favor del indiciado en la etapa inicial del procedimiento penal. Por último se hace un estudio de la garantía consistente en la inviolabilidad de las comunicaciones privadas de las personas sujetas a una averiguación previa, es decir, las limitantes que tiene el Ministerio Público para llevar a cabo este tipo de acciones tendientes a investigar el delito, salvo en los casos previstos en ley.

Por lo que toca al artículo 21 Constitucional si bien, atendiendo al contenido literal de la ley no contempla ninguna garantía individual a favor del indiciado, lo cierto es que los ministros de la corte en su labor interpretativa reconocieron prácticamente una garantía individual consistente en el derecho de combatir por vía jurisdiccional el abstencionismo del ministerio público en la integración de una averiguación previa.

II. Acreditación del cuerpo del delito y probable responsabilidad penal

Del contenido del artículo 16 Constitucional, puede inferirse que el Ministerio Público debe acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal del indiciado en la etapa de averiguación previa para poder estar en condiciones de ejercitar acción penal. El segundo párrafo del citado artículo señala:

No podrá librarse orden de aprehensión sino por la autoridad judicial y sin que preceda denuncia o querrela de un hecho que la ley señale como delito, sancionado cuando menos con pena privativa de libertad y existan datos que acrediten el cuerpo del delito y que hagan probable la responsabilidad del indiciado.

Al imponérsele al Ministerio Público cumplir con estos requisitos en la integración de una averiguación previa sin detenido para solicitar una orden de aprehensión a la autoridad judicial, es obvio que tales requisitos deberán acreditarse por el Ministerio Público en tratándose de averiguaciones previas con detenido.

Así pues, se puede inferir que en los casos de integración de una averiguación previa con detenido, la garantía individual consiste en que ninguna persona podrá ser consignada a la autoridad judicial y puesta a disposición del Juez en el Centro de Readaptación Social, sin que se hayan cumplido con tales exigencias probatorias. El contenido de esta garantía, varía según cada entidad federativa, así habrá casos en que sea amplia y otros en los que su contenido es limitado. En otro orden de ideas, el Ministerio Público tiene mayores posibilidades de afectar la libertad individual en algunos estados porque se les exige que acredite menos elementos atendiendo al contenido del cuerpo del delito durante la averiguación previa.

Para una mejor comprensión de lo ya expuesto, presentamos los ejemplos siguientes:

Primero: El artículo 255, del Código de Procedimientos Penales para el estado de Yucatán, establece que el cuerpo del delito se integra solo de elementos objetivos, por lo tanto el Ministerio Público tiene la obligación de acreditarlos y una vez cubierta la exigencia puede ejercitar acción penal, así en el delito de robo solo necesita, atendiendo al contenido literal de la ley, demostrar el apoderamiento de la cosa lo cual facilita la labor del Ministerio Público, pues no requiere acreditar la totalidad de los elementos contenidos en la descripción prevista en la ley penal.¹⁴

En cambio el artículo 170, del Código de Procedimientos Penales para el Estado de Sinaloa, establece que el cuerpo del delito se integra por los elementos objetivos y en su caso normativos si se requieren, ello implica que el Ministerio Público debe acreditar más elementos para poder ejercitar acción penal, así en el delito de robo no solo debe acreditar el apoderamiento de la cosa, sino también que sea ajena, esto es, un elemento normativo. Por consiguiente, esta garantía individual es más amplia en el estado de Sinaloa que en Yucatán.

Segundo: El Código de Procedimientos Penales para el Estado de Nayarit, en su artículo 130, contempla que el cuerpo del delito se integra por elementos objetivos y normativos en caso de que la descripción contenida en la ley los contenga, los cuales deberán ser acreditados por el Ministerio Público para consignar una averiguación previa.

En el caso del delito de secuestro el Ministerio Público de dicha entidad federativa solo tiene la obligación de demostrar dichos elementos, mas no los elementos

¹⁴ Es importante señalar que el citado artículo 255 hace referencia a elementos objetivos externos o materiales, sin hacer mención alguna a aspectos normativos. Se toma el concepto clásico (histórico) de elementos objetivos establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación durante años.

subjetivos contenidos en el tipo penal, es decir, es suficiente que acredite prácticamente los mismos elementos contenidos en el delito de privación ilegal de la libertad para que el Juez tenga la facultad de librar una orden de aprehensión o iniciar el procedimiento ante los tribunales con persona detenida por el delito de secuestro, lo anterior bajo una interpretación literal de la ley.

En cambio el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, en el artículo 121, establece que el cuerpo del delito se integra por elementos objetivos, normativos y subjetivos, lo cual implica que el Ministerio Público de esta entidad federativa en el caso del delito de secuestro deberá acreditar todos los elementos contenidos en el tipo penal, no solo los que integran el delito de privación ilegal de la libertad, sino también los elementos subjetivos, esto es, el propósito del indiciado de cobrar rescate.

Así pues, esta garantía individual es más amplia en esta última entidad federativa que en el estado de Sinaloa y más aun que el estado de Yucatán.

Tercero: El código de Procedimientos Penales para Baja California Sur establecía en el artículo 259, la necesidad de acreditar el tipo penal, el cual se integraba por elementos objetivos, normativos y subjetivos, e incluía al dolo; por lo tanto una persona sujeta a una investigación ministerial gozaba de una garantía más amplia que en los casos, por ejemplo, del Estado de México, Nayarit, Sinaloa y Yucatán.

Sin embargo, con la última reforma al código procesal peninsular aludido, se contempla en el artículo 324 ya no el concepto de tipo penal, sino el de cuerpo del delito cuya integración se conforma por elementos objetivos y normativos, estableciéndose además, que los elementos subjetivos deben acreditarse como parte de la responsabilidad penal.

III. El requisito de flagrancia para integrar averiguaciones previas con detenido

En el artículo 16 Constitucional podemos encontrar algunas garantías individuales relacionadas con la protección de la libertad individual, la cual solo puede afectarse cuando se actualizan tres supuestos: flagrancia, casos de urgencia y por orden judicial.¹⁵

En cuanto a la flagrancia, podemos ubicarla como una garantía individual aplicable en la etapa de averiguación previa porque el Ministerio Público no puede integrar una investigación ministerial con persona detenida si esta no fue aprendida al

¹⁵ Otra forma no establecida expresamente en el texto constitucional es el arraigo.

momento de cometer el delito, es decir, no pude efectuar la detención para investigar si no se actualiza el supuesto de la flagrancia. La licitud o ilicitud de la detención es revisada no solo por el Ministerio Público sino también por el juez cuando recibe la consignación y es el quien verifica si existió o no flagrancia, y en su caso ratifica la detención o decreta la libertad bajo las reservas de ley. Si bien no está literalmente contenida esta garantía individual en el texto constitucional, lo cierto es que se trata de una consecuencia directa e inmediata de la garantía individual, es decir de manera implícita.

La figura de la flagrancia no está definida en el texto constitucional, esto es, no está precisado su contenido, por ende, para conocer con exactitud esta garantía individual resulta necesario analizar cómo ha sido prevista en las legislaciones estatales. Dicha figura jurídica no tiene el mismo contenido en las legislaciones de las entidades federativas y el ámbito federal. Esta situación da como resultado que la garantía individual en algunos casos sea más amplia y en otros más limitada.

Los legisladores de las entidades federativas han dado contenido a la figura de la flagrancia al establecer que esta existirá primero cuando el inculpado sea detenido al momento de estar cometiendo el delito (flagrancia); segundo, cuando inmediatamente después que el inculpado ha ejecutado el delito es perseguido materialmente (cuasiflagrancia), y tercero cuando es señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o la persona que hubiera participado con él en la comisión del delito, o en su caso, se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito, o haya indicios que hagan presumir su probable responsabilidad, y siempre y cuando, no haya transcurrido determinado tiempo después de la comisión del delito (flagrancia equiparada).

Por lo que toca a la cuasi flagrancia se trata de un significado amplio, inclusive comprensible, pues se considera lícito detener a una persona inmediatamente después de haber cometido el delito, pero por lo que respecta a la flagrancia equiparada se extiende de manera significativa el contenido, pues la detención del indiciado no es al momento de cometer el delito ni inmediatamente después, sino cuando ya han transcurrido cuarenta y ocho o setenta y dos horas en el mejor de los casos. Algunas legislaciones (leyes adjetivas de la materia) no precisan término alguno, solo exigen que haya un señalamiento en contra del indiciado y a este último se le encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito. Estados como Querétaro y Yucatán, no establecen con precisión el término en sus artículos 105 Y 237 respectivamente.

Como hemos dicho existe variación en cuanto a las horas que debieron haber transcurrido después de cometido el delito. Entidades federativas, como Tamaulipas y Quintana Roo establecen que no se debe haber transcurrido más de

48 horas, en tanto los estados como Tabasco, Sonora, Sinaloa, Puebla, Oaxaca e incluso Baja California Norte, establecen el termino de 72 horas a partir de la comisión del delito, tal y como se describe a continuación:

Baja California

ARTICULO 106.- **Detención en Caso de Flagrante Delito.**- En caso de flagrancia delictiva, cualquier persona podrá detener al inculpado poniéndolo sin demora a disposición de la autoridad más cercana y ésta, con la misma prontitud, a la del Ministerio Público competente.

Se entiende que un delincuente es aprehendido en flagrante delito, no sólo cuando es detenido en el momento de estarlo cometiendo sino, también, cuando después de ejecutado el hecho delictuoso, es perseguido y detenido materialmente, o cuando inmediatamente después de realizado, alguien lo señala como autor o partícipe del mismo y se encuentra en su poder el objeto, el instrumento del delito o cualquier huella o indicio que hagan presumir, fundadamente, su intervención en la comisión del mismo.

En el caso de delitos graves, podrán ser detenidos dentro de las setenta y dos horas posteriores a la comisión del hecho delictuoso, cuando sean señalados como responsables por la víctima, por algún testigo o quien hubiese participado con ellos en el delito y se encuentre en su poder el instrumento o producto del delito, o aparezcan huellas o indicios que indiquen su participación en el mismo delito.

...

...

Lo anterior, tiene implicaciones importantes puesto que, por ejemplo, el Ministerio Publico, en un mismo supuesto, puede integrar una averiguación previa afectando la libertad individual dependiendo de la legislación de la entidad federativa, lo cual se traduce que en determinadas entidades federativas (delitos del orden común) no podrán detener a una persona en un término de 70 horas, después de haber cometido el delito de robo y existe señalamiento a determinada persona por parte de la víctima y se le encuentra a aquel el instrumento del delito (arma de fuego) no podrá integrar una averiguación previa con detenido ya que el termino en la flagrancia equiparada es de 48 horas (Tamaulipas), sin embargo en el mismo supuesto en el estado de Oaxaca y Baja California señalados anteriormente, si procede la integración de una averiguación previa con detenido, porque en dichas entidades el termino es de 72 horas para la flagrancia equiparada.

Esta garantía individual es más amplia en los estados cuyo término es de cuarenta y ocho horas, que en aquellos donde se establece un termino de setenta y dos horas, pues la posibilidad de afectar la libertad individual e integrar una

averiguación previa con detenido aumenta en este último caso al contemplarse menos limitaciones a las autoridades en cuanto al tiempo.

En los estados, por ejemplo, Zacatecas y Yucatán no se establece un término preciso, por lo tanto dependerá de la interpretación que se haga a dicho precepto normativo para considerarla con un mayor o menor alcance garantista; aunque el solo hecho de no precisar el término es cuestionable y va en contra de los principios de legalidad y seguridad jurídica. Aunado a ello, también se establece en algunas legislaciones, además, que debe tratarse de delitos graves.

No debe pasar desapercibido lo que establece la ley adjetiva federal en el supuesto de la flagrancia, lo cual se describe a continuación:

Artículo 193.-

Se entiende que exista flagrancia cuando:

I.El inculpado es detenido en el momento de estar cometiendo el delito;

II.Inmediatamente después de ejecutado el delito, el inculpado es perseguido materialmente, o

III.El inculpado es señalado como responsable por la víctima, algún testigo presencial de los hechos o quien hubiere participado con él en la comisión del delito, o se encuentre en su poder el objeto, instrumento o producto del delito, o bien aparezcan huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su participación en el delito; siempre y cuando se trate de delito grave, así calificado por la ley, no haya transcurrido un plazo de cuarenta y ocho horas desde el momento de la comisión de los hechos delictivos, se haya iniciado la averiguación previa respectiva y no se hubiera interrumpido la persecución del delito.

...

...

...

En la gran mayoría de las legislaciones estatales se establece que será penalmente responsable el Ministerio Público o la autoridad que decreta indebidamente la retención y la persona detenida deberá ser puesta en inmediata libertad. Esta variedad en cuanto al contenido y amplitud de la flagrancia tiene como resultado que el alcance de la garantía individual varía según la entidad federativa, es decir, el Ministerio Público tiene más posibilidades de afectar la libertad individual e integrar una averiguación previa con persona detenida según el contenido de la ley secundaria.

Los congresos locales al “regular” la figura de la flagrancia restringen de hecho, en mucho de los casos, esta garantía individual, es decir, legislan en materia de garantías individuales, la cual, atendiendo al sistema constitucional, es

competencia exclusivamente del poder revisor, aunque algunos juristas podrán argumentar que los estados son soberanos en su ámbito competencial y que solo se está regulando la norma constitucional.

Lo cierto es que ni siquiera se da facultad expresa a los legisladores locales para que establezcan límites y requisitos en cuanto a los alcances de la garantía individual, como si ocurre en el caso de las garantías individuales del indiciado para la etapa de averiguación previa, tal y como se desprende del artículo 20 Constitucional, apartado A, fracción X, cuarto párrafo.

IV. Casos de urgencia

El artículo 16, párrafo quinto, de la Constitución faculta al Ministerio Público (en la integración de una averiguación previa) para ordenar la detención de una persona y con ello afectar su libertad individual, se trata de los casos urgentes, cuando el delito sea grave, calificado así por la ley: códigos de procedimientos penales en los ámbitos federal y local, exista el riesgo fundado de que el indiciado pueda sustraerse de la acción de la justicia, no se pueda ocurrir ante la autoridad judicial por razón de la hora, lugar o circunstancia. En dicho supuesto, el órgano investigador bajo su responsabilidad podrá ordenar su detención fundando y expresando los indicios que motiven su proceder.

En algunas entidades federativas esta garantía individual es más amplia que en otras, toda vez de depender de la cantidad de delitos considerados como graves de cada legislación. Por ejemplo, si en algún estado se contemplan más delitos graves que en otro, la libertad individual podrá ser afectada de una manera más amplia en el primer caso, en virtud de que el abanico de delitos en los cuales el Ministerio Público puede detener por caso urgente será mayor.

En los códigos de procedimientos penales de las entidades federativas se describen todos los delitos que se califican como graves. En los estados de Jalisco y el estado de México, el Ministerio Público no podrá afectar la libertad individual de la persona sujeta a una investigación durante la integración de una averiguación previa si no hay pruebas suficientes para acreditar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad penal, por ende, en dichas entidades, la protección de la libertad individual es más amplia que en otros estados en los cuales no se exige expresamente tales requisitos, para la detención en casos de urgencia. Además en el caso de Jalisco la orden debe darla el Procurador.

El impacto en materia de seguridad jurídica es evidente en el caso de Jalisco y el Estado de México, ya que el nivel de certidumbre jurídica es significativo, en

cambio, en otros estados en los cuales solo se exige que se demuestre que haya riesgo fundado (cualquier indicio que haga presumir fundadamente que puede sustraerse de la acción de la justicia) el nivel de incertidumbre jurídica es notorio debido a la imprecisión normativa y a la apertura en cuanto a posibilidades que puedan presentarse y las cuales podrá valorar el Ministerio Público para acreditar la existencia de riesgo fundado y por consiguiente, poder ordenar la detención por caso urgente.

V. Cuarenta y Ocho horas para la integración de una averiguación previa con detenido

Antes de la reforma de 1993, al artículo 16 Constitucional, existía confusión en relación al término que tenía la autoridad para poner a disposición a una persona detenida ante el juzgador, solo el artículo 107, fracción XVIII, tercer párrafo (derogado actualmente), establecía que sería consignado a la autoridad o agente de ella, dentro de las veinticuatro horas. En la práctica ocurría, que tanto los agentes aprehensores, en materia federal y local durante días integrando averiguaciones previas con personas detenidas para posteriormente enviarlas al ministerio público. Una evidencia de esta práctica policiada son los frecuentes amparos interpuestos por este motivo.

Esta situación cambio con la reforma aludida, pues se preciso en su séptimo párrafo que ningún indiciado podría ser retenido por el ministerio publico por más de cuarenta y ocho horas plazo en que debía ordenarse su libertad o ponerlo a disposición de la autoridad judicial; dicho plazo podría duplicarse solo en aquellos casos que la ley previera como delincuencia organizada. Para finalizar este párrafo, establece una advertencia dirigida al Ministerio Público, al contemplar que todo abuso o violación a dicha norma constitucional tendrá como consecuencia una sanción de carácter penal. Por lo que toca a la regulación de esta garantía individual en los Códigos de Procedimientos Penales de las entidades federativas se puede observar que en alguno de ellas, a lo igual que la legislación procesal penal federal, se estableció cuando se excediera de este plazo se presumiría que la persona estuvo incomunicada y las declaraciones que hubiere emitido el indiciado no tendrían validez.

Así pues, durante la integración de una averiguación previa la persona afectada de su libertad por haber sido detenida en flagrancia o en caso urgente tiene el derecho constitucional de que no puede privársele de su libertad por más de 48 horas, termino en el que el Ministerio Público deberá ejercitar acción penal o en su caso ponerlo en inmediata libertad. En el supuesto de delincuencia organizada la

garantía individual es menos amplia, pues la posibilidad de afectación de la libertad por parte del Ministerio Público en el desarrollo de una investigación ministerial es mayor al duplicarse el término a 96 horas.

VI. Inviolabilidad del domicilio a excepción de la orden de cateo

Durante la integración de una averiguación previa el Ministerio Público es la autoridad encargada de investigar los delitos, pero dicha facultad tiene sus límites, uno de ellos en la inviolabilidad del domicilio. Dicha garantía tampoco es plena, pues debe afectarse siempre y cuando haya una orden expedida por escrito por la autoridad judicial en la que se exprese el lugar que habrá de inspeccionarse; se señale a la persona o personas que habrá de aprehenderse y los objetos que se buscan a los que deberá limitarse la diligencia. Por último, deberá levantarse un acta al concluir el cateo en presencia de dos testigos propuestos por el ocupante del lugar cateado o en su negativa la autoridad que practique la diligencia.¹⁶

El cateo ha sido regulado en algunos casos de manera diferente en las legislaciones federales y estatales, por ejemplo, en el Código Federal de Procedimientos Penales se establece que cuando no se cumplan los requisitos previstos en dicho código la diligencia carecerá de todo valor probatorio, sin que sirva de excusa el consentimiento de los ocupantes del lugar. Por lo que toca al ámbito local, algunos códigos de procedimientos penales, como los de San Luis Potosí (artículo 70, párrafo tercero); Sonora (artículo 66, último párrafo); Zacatecas (artículo 58 último párrafo); Baja California (artículo 145), entre otros, contemplan que cuando no se cumplan las formalidades de ley en la práctica de un cateo, dicha diligencia carecerá de todo valor probatorio, sin que sirva de excusa el consentimiento de los ocupantes del lugar. En las aludidas entidades federativas se contempla un mecanismo de protección procesal para lograr el respeto al derecho de la inviolabilidad del domicilio al señalarse la nulidad de actuaciones cuando se practique la diligencia sin cumplirse las formalidades previstas en la ley.

En cambio, otros estados como Oaxaca (artículo 386) y Chihuahua (artículo 263) contemplan que para el cateo de un domicilio no será necesario el mandamiento judicial cuando el ocupante o encargado de la casa o lugar cerrado manifestare expresamente su consentimiento para la práctica de la diligencia. Estas disposiciones contempladas en las legislaciones secundarias afectan esta garantía individual porque mientras el texto constitucional establece de manera literal, clara y precisa que solo la autoridad judicial puede expedir una orden de cateo, algunas legislaciones establecen que no es necesario el mandamiento judicial siempre y

¹⁶ En algunos casos el Ministerio Público solicita la orden de cateo para dar cumplimiento a una orden de aprehensión.

cuando el ocupante o el encargado del lugar cerrado otorgue el consentimiento de manera expresa para el desahogo de la diligencia.

Cabe señalar que el origen o causas que dieron motivo al establecimiento de esta garantía individual fueron, precisamente, las arbitrariedades cometidas por las autoridades al introducirse a domicilios para buscar pruebas en una investigación criminal, de ahí que se exigiera una orden judicial.

VII.La inviolabilidad de las comunicaciones privadas

La garantía individual consistente en la inviolabilidad de comunicaciones privadas es una limitante que el Ministerio Público tiene que respetar al momento de integrar una averiguación previa con detenido o sin detenido.

La amplitud de esta garantía individual depende de los requisitos y límites previstos en las leyes, tal y como se desprende del artículo 16, párrafo decimo, constitucional. Por lo anterior, es necesario atender el contenido de diversas legislaciones que regulan dicha norma constitucional para conocer la amplitud de esta garantía. En la norma constitucional referida se establecen una serie de requisitos que deben cumplirse para poder afectar las comunicaciones privadas, tal y como se desprende del párrafo noveno:

...exclusivamente la autoridad judicial federal, a petición de la autoridad federal que faculte la ley o del titular del ministerio público de la entidad federativa correspondiente, podrá autorizar la intervención de cualquier comunicación privada. Para ello, la autoridad competente, por escrito, deberá fundar y motivar las causas legales de la solicitud, expresando además, el tipo de intervención, los sujetos de la misma y su duración. La autoridad judicial federal no podrá otorgar estas autorizaciones cuando se trate de materias de carácter electoral, fiscal, mercantil, civil, laboral o administrativo, ni en el caso de las comunicaciones del detenido con su defensor.

Aplicando el método de interpretación jurídica literal o gramatical podría desprenderse que el ministerio público está facultado para solicitar la intervención de comunicaciones privadas para cualquier delito grave. Sin embargo, aplicando el método de interpretación histórico que se apoya en los documentos legislativos, iniciativa, dictamen y debates se llega a otra conclusión, esto es, solo es posible afectar el derecho a la privacidad de las comunicaciones privadas en los delitos de delincuencia organizada.¹⁷

Lo cierto es que el método de interpretación jurídica que prevalece no es ninguno de los dos aludidos sino el sistemático porque en la Ley Orgánica del Poder

¹⁷ Véase ALVARADO MARTINEZ Israel, "Análisis a la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, Editorial Porrúa; INACIPE, México, 2004, p. 29.

Judicial de la Federación, el artículo 50 bis contempla que en materia federal la autorización para intervenir comunicaciones privadas será otorgada de conformidad con la Ley Federal en materia de Delincuencia Organizada, lo cual implica que los jueces de distrito deben atender a dicha ley para conocer por cuales delitos podrán otorgar autorización al Ministerio Publico.

El artículo segundo, de la citada Ley Federal describe las conductas delictivas que van a considerarse susceptibles de perpetrarse por miembros de delincuencia organizada, en nuestra opinión resulta criticable el tipo penal de delincuencia organizada, pues solo el organizarse para cometer delitos citados en dicho artículo (terrorismo, acopio y tráfico de armas, tráfico de indocumentados, tráfico de órganos, secuestro, entre otros) es considerado motivo suficiente para penalizarlo como delito. En este sentido se ha pronunciado la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tal y como se desprende de la siguiente tesis:

DELINCUENCIA ORGANIZADA. EL DELITO PREVISTO EN EL ARTICULO 2º., Y SANCIONADO EN EL ARTICULO 4º, AMBOS DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA MISMA, ES AUTONOMO Y NO UNA AGRAVANTE. Del texto de los artículos 1o., 2º., párrafo primero, y 4º. De la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada, en relación con su exposición de motivos, se advierte que el solo acuerdo de la organización o la organización misma, que tenga como fin cometer algunos de los delitos precisados en el numeral 2º. Citado, es suficiente para imponer las penas previstas en el artículo 4º. de la ley referida, con independencia de la sanción que le corresponda al ilícito o ilícitos cometidos. Acorde con lo anterior, debe decirse que el ilícito de merito no es una agravante de los diversos previstos en las fracciones del citado artículo 2º. De la ley en cuestión, toda vez que las circunstancias señaladas denotan la autonomía del ilícito de delincuencia organizada, porque le dan vida propia, esto es, para su consumación no requiere de la realización de otra conducta tipificada como delito.

El Tribunal Pleno, en su cesión publica celebrada hoy veinticinco de junio en curso, aprobó, con el numero XXV/2002, la tesis aislada que antecede; y determino que la votación es idónea para integrar tesis jurisprudencial. México, Distrito Federal, a veinticinco de junio de dos mil dos.

No queda claro el proceso legislativo porque solo se consideran tipos penales aludidos como susceptibles de cometerse por la delincuencia organizada, ya que deja por fuera otras conductas como fraude informático, espionaje industrial y comercial, piratería comercial e industrial.¹⁸ La actual legislación toma como parámetro la gravedad de los delitos y no la forma de comisión. Existe la posibilidad que delitos como los citados en el párrafo anterior a pesar de cometerse con la misma dinámica delictiva utilizada por miembros de delincuencia

¹⁸ ALVARADO MARTINEZ, Israel, "Análisis a la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, ya citado, p. 8.

organizada no pueda el Ministerio Público intervenir comunicaciones privadas, en virtud de que el juez de distrito no está facultado para autorizar dichas intervenciones.

En cuanto al ámbito local, el artículo 50 ter, de la Ley Orgánica del Poder Judicial Federal, establece al respecto:

...”exclusivamente se concederá si se trata de los delitos de homicidio, asalto en carreteras o caminos, robo de vehículos, privación ilegal de la libertad o secuestro y tráfico de menores, todos ellos previstos en el código penal para el distrito federal en materia de fuero común y para toda la república en materia de fuero federal, o sus equivalente en las legislaciones penales locales.

En el párrafo segundo de este mismo artículo se contemplan los elementos probatorios que deben acreditarse y los requisitos que debe cumplir el titular del Ministerio Público al realizar la solicitud.

La autorización se otorgara únicamente al titular del ministerio público de la entidad federativa, cuando se constate la existencia de indicios suficientes que acrediten la probable responsabilidad en la comisión de los delitos arriba señalados...”deberá contener los preceptos legales que la fundan, el razonamiento por el que se considera procedente, el tipo de comunicaciones, los sujetos y lugares que serán intervenidos, así como el periodo durante el cual se llevaran a cabo las intervenciones...”

Posteriormente, en los párrafos tercero y cuarto se establecen las condiciones en las que se otorga la autorización por parte del juez de distrito:

En la autorización, el juez determinara las características de la intervención, sus modalidades y límites y, en su caso, ordenara a instituciones públicas o privadas, modos específicos de colaboración...”

Cabe resaltar, que solo por cinco delitos al titular del ministerio público de alguna entidad federativa podrá otorgársele la autorización para intervenir comunicaciones privadas por parte del Juez de Distrito, en virtud de que este último se rige por la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y no por una ley local.

El Estado de Baja California en materia de fuero común ya tiene una Ley contra la Delincuencia Organizada, específicamente en su artículo 4 se advierten que delitos serán sancionados como Miembros de la Delincuencia Organizada, entre los cuales destaca el Homicidio previsto en los artículos 123 y 147 del Código Penal, Secuestro previsto en el artículo 164, Robo con Violencia, previsto por el artículo 198 y sancionado por el artículo 203, Pornografía de personas menores de dieciocho años de edad en relación con el artículo 261 TER, Turismo sexual con personas menores de dieciocho años en relación al artículo 261 QUARTER, Trata

de personas menores de dieciocho años en relación con los artículos 266 y 266 BIS entre otros.

Como puede apreciarse esta ley contiene delitos no contemplados en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación para la autorización de intervenciones de comunicaciones privadas, tales como el fraude genérico y abigeato, entre otros. Lo mismo ocurre en otras entidades federativas como Jalisco, misma que establece en su artículo 2, los delitos que pueden llevar a cabo miembros de delincuencia organizada en el ámbito local. Varios de estos no están contemplados en la Ley Orgánica citada. Lo anterior implica que aunque el legislador estatal haya establecido mas tipos penales de los contemplados en la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, susceptibles de cometerse por miembros de la delincuencia organizada (en el ámbito local) no podrá el titular del ministerio publico de dicha entidad federativa obtener al momento de integrar una averiguación previa, autorización por parte del Juez de Distrito para intervenir comunicaciones privadas.

Sin embargo existen excepciones como lo es el Estado de Colima, toda vez que en su artículo 270 de la Ley Adjetiva de la materia, advierte para tal efecto:

...”y dará vista al Procurador General de Justicia del Estado, quien de estimarlo pertinente procederá de acuerdo a lo previsto en los párrafos noveno y decimo del artículo 16 de la Constitución General de la República y 50 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación...”

En el entendido de que dicha legislación local, señala que debe de acatarse lo dispuesto en el texto constitucional y lo contemplado en la Ley Orgánica, lo cual se traduce en la armonía existente en dichos ordenamientos.

En nuestra opinión, atendiendo al contenido literal de la ley, podría estimarse que la amplitud de la garantía individual consistente en la inviolabilidad de comunicaciones privadas es la misma en todas las entidades federativas, pues en la totalidad de ellas, los procuradores podrán obtener autorización por el Juez de Distrito solo por los delitos citados en el artículo 50 ter de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación. Sin embargo el contenido del segundo párrafo de dicho artículo, señala que debe haber indicios suficientes que acrediten la probable responsabilidad en la comisión de los delitos citados por la propia Ley Orgánica, es decir es necesario demostrar el hecho delictivo, del cual se es probable responsable y darse una mayor o menor amplitud de la garantía individual, si tomamos en cuenta los elementos que integran el cuerpo del delito.

VIII. Garantía individual del indiciado contenida en el artículo 21 Constitucional

El artículo 21 Constitucional, cuarto párrafo, establece que las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley.

Del análisis del proceso legislativo que dio origen a esta norma constitucional puede apreciarse que va dirigida a la víctima u ofendido del delito, pues se tiene como propósito primordial proteger el interés del ofendido respecto a la reparación del daño. Incluso se ha interpretado de manera extensiva dicha garantía por los órganos del poder judicial, pues también comprende los casos en que el Ministerio Público se abstiene de ejercitar acción penal. Si analizamos criterios jurisprudenciales al respecto, podemos afirmar que el indiciado puede interponer el juicio de garantías solo contra la abstención del Ministerio Público de consignar y no sobre la resolución de no ejercicio de la acción penal.

Resulta evidente que los ministros realizaron una interpretación extensiva, en la cual reconocen una garantía individual a favor del indiciado que no puede observarse claramente del contenido literal de la norma constitucional ni de los documentos legislativos. Así pues, no solo los congresos de los estados pueden “precisar” el contenido de una garantía individual no contemplada expresamente en el texto constitucional, sino también los órganos facultados para integrar jurisprudencia. Estos últimos pueden crear una garantía individual al llevar a cabo la interpretación jurídica de la norma constitucional.

A efecto de sustentar lo anteriormente expuesto, nos damos a la tarea de citar generales de un criterio jurisprudencial a que se hace alusión:

No. Registro: 187,032
Tesis Aislada
Materia(s): Penal
Novena Época
Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito
Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta
Tomo: XV, Mayo de 2002
Tesis: VI.2º.P.26 P
Página: 1162

ACCION PENAL. ES IMPROCEDENTE EL JUICIO DE AMPARO PROMOVIDO POR EL PROBABLE RESPONSABLE, EN CONTRA DE LA ABSTENCION DEL MINISTERIO PÚBLICO DE PRONUNCIARSE SOBRE EJERCICIO O NO EJERCICIO DE AQUELLA.

CAPITULO IV

GARANTIAS INDIVIDUALES DEL OFENDIDO O VICTIMA DEL DELITO

I. Antecedentes

La aparición de garantías individuales establecidas a favor de la víctima u ofendido del delito dentro del procedimiento penal mexicano en el contexto constitucional inicia prácticamente con la reforma de 1993, al artículo 20 Constitucional. A dicho artículo se le adicionó un último párrafo en el que se establecieron expresamente varios derechos a favor del ofendido.

El establecimiento de garantías individuales a favor de la víctima u ofendido en el escenario constitucional es, a todas luces, tardía en comparación con las otorgadas a favor de la persona sujeta a una investigación criminal. Las garantías de estos últimos, desde la constitución de Cádiz de 1812, y demás constituciones-1824, 1857 y 1917, entre otros textos constitucionales-han sido motivo de preocupación, discusión, debates e inclusive varias reformas, todas ellas otorgando más derechos constitucionales.

Lo anterior, se debió a las múltiples arbitrariedades cometidas en perjuicio de las personas sujetas a una investigación criminal por parte de las autoridades encargadas de procurar y administrar justicia. Esta situación, siempre constante y apremiante según se desprende de las intervenciones de los diputados, en nuestro particular punto de vista, no permitió al legislador prestar atención a los derechos de los ofendidos del delito. Pasaron 181 años a partir de la implantación del sistema constitucional (1812) para que se establecieran en un párrafo algunas garantías individuales a favor del ofendido durante el proceso.

No pasa desapercibido, el hecho de que si bien es cierto que en algunas normas constitucionales vinculadas con el otorgamiento de la libertad provisional bajo caución se reconocían derechos del ofendido a la reparación del daño, también es que reconoce este derecho en una disposición dedicada precisamente a establecer garantías individuales a favor del inculpado. En este capítulo, analizaremos el proceso legislativo que siguió esta reforma constitucional, asimismo la interpretación judicial realizada a dichas normas constitucionales.

II. Ampliación de derechos del ofendido en las legislaciones locales

Desde la reforma de 1993, (último párrafo, artículo 20) se puede apreciar una tendencia en los legisladores estatales de otorgar derechos a favor del ofendido o la víctima del delito. Esta tendencia no solo abarca el proceso penal sino también en la etapa de averiguación previa. Por citar un ejemplo, legislaciones locales

como la del estado de Querétaro, desde antes de la citada reforma, ya contemplaba derechos del ofendido en la etapa inicial del procedimiento penal.

La reforma del año 2000, al artículo 20 constitucional, además de ampliar y mejorar las garantías individuales en el proceso a favor del ofendido, incluyó otras nuevas para la etapa de averiguación previa. Algunos de estos derechos constitucionales ya estaban previstos como derechos en los diversos códigos procesales. La mencionada reforma constitucional (2000) ha provocado el mismo efecto de la reforma de 1993, es decir, los estados modificaron sus respectivas legislaciones para establecer nuevos derechos en sus respectivos ordenamientos jurídicos, prácticamente los mismos que los previstos en el texto constitucional, ejemplos de ellos, son las legislaciones locales de Jalisco y Sonora.

Por otra parte, existen ordenamientos jurídicos que contemplan más derechos a favor de la víctima u ofendido del delito que los reconocidos como garantías individuales previstas en la Constitución. Los legisladores de algunos estados, como Sinaloa, Sonora y Tabasco, han promulgado Leyes de atención y protección a víctimas del delito, para regular de manera más específica los derechos reconocidos de estos últimos, tanto en la Constitución General de la República, como en los respectivos códigos procesales penales, en algunos casos estos derechos se mejoran o amplían.¹⁹

La asamblea legislativa del Distrito Federal, recientemente promulgo una Ley de Atención y Apoyo a las Víctimas del Delito, la cual, en su artículo 11(contiene diecinueve fracciones), contemplan derechos a favor de la víctima u ofendido del delito durante el procedimiento penal. Destacando principalmente: A ser enterado oportunamente de los derechos Constitucionales y del desarrollo del procedimiento; a contar con todas las facilidades para identificar al probable responsable; a recibir de manera gratuita copia simple de su denuncia o querrela ratificada o certificada cuando lo solicite; a comparecer ante el Ministerio Publico para poner a su disposición todos los datos conducentes para la acreditación de los elementos constitutivos del delito; a recibir auxilio psicológico; a ser restituidos en sus derechos; entre otros.

Asimismo establece en su artículo 13 de la citada ley, que el ofendido recibirá, entre otros derechos, asesoría gratuita, pronta, completa e imparcial contando con el apoyo de un asesor jurídico. En los delitos de naturaleza sexual tendrá derecho

¹⁹ Hay estados, como Aguascalientes, Coahuila Hidalgo, México y Nuevo León, entre otros que no contemplan estas leyes dentro de sus respectivos ordenamientos jurídicos.

a recibir atención médica en sus formas preventivas, curativas y de rehabilitación; asistencia psicológica, tratamiento postraumático y atención ginecológica (artículo 14). Los artículos del 23 al 26, regulan la creación de un fondo para que la procuraduría otorgue apoyos de carácter económico a la víctima u ofendido del delito, o en su caso, a sus derechohabientes, tomando en consideración la naturaleza del delito.

Por lo que respecta al ámbito federal en el artículo 141 del Código Federal de Procedimientos Penales, se establecen, además de los derechos contemplados como garantías individuales, otros derechos procesales importantes. Por ejemplo en la fracción I del citado artículo, en donde se plasma expresamente el derecho del ofendido a ser informado sobre el desarrollo de la averiguación previa, aunque no se reconoce el ser informado de los derechos que en su favor establece la Constitución. Asimismo en su fracción III, se otorga el derecho procesal al ofendido de estar presente en el desarrollo de todos los actos procesales en los que el inculpado tenga este derecho, lo cual no está previsto como garantía individual.

Podemos observar, que muchas de las garantías individuales han sido reconocidas como derecho del ofendido tanto en la legislación federal como en las legislaciones adjetivas estatales. Asimismo se han agregado otros derechos diversos a los reconocidos como garantías individuales en el texto constitucional; no podemos afirmar que se trata de una ampliación de garantías individuales, sino un incremento de derechos en el procedimiento penal.

Cabe destacar que si bien estos derechos no están contemplados expresamente como garantías individuales, es claro que cuando se violan por parte de la autoridad se infringe el artículo 14 constitucional, es decir, no se cumplen las formalidades esenciales del procedimiento, y por consiguiente, podemos acudir al juicio de amparo.

III. Proceso legislativo de la garantía individual del ofendido contenida en el artículo 21 Constitucional

A partir de la reforma de 1994, el artículo 21 Constitucional se estableció una nueva garantía individual mediante la cual otorga el derecho de impugnar las resoluciones del Ministerio Público sobre el no ejercicio, o en su caso, desistimiento de la acción penal. Se trata de un derecho constitucional dirigido a la víctima u ofendido del delito, según puede apreciarse de los documentos legislativos, para inconformarse contra determinaciones emitidas por el Ministerio Público cuando considere que no fue realizada conforme a derecho, y por

consiguiente afecten sus derechos, entre ellos, desde luego, el de exigir la reparación del daño por el delito cometido en su perjuicio.

A. Contexto jurídico antes de la reforma

Antes de la reforma constitucional de 1994, al artículo 21 Constitucional, podíamos encontrar en la doctrina una serie de argumentos que pugnaban en contra de la limitación del monopolio del ejercicio de la acción penal por parte del Ministerio Público.

Entre estos argumentos destacaban los siguientes:

- 1) Se regresaría el enjuiciamiento inquisitivo si a los jueces se les facultara ordenar el ejercicio de la acción penal;
- 2) Existía la posibilidad de que la persona afectada por la determinación de no ejercicio de la acción penal se fuera por la
- 3) El particular pretendía intervenir en el manejo de la acción penal bajo el argumento de defender sus intereses privados;
- 4) No se lesionaban derechos individuales sino sociales;
- 5) El Ministerio Público tenía competencia exclusiva en el ejercicio de la acción penal

El juicio de amparo contra determinaciones del Ministerio Público era improcedente, además no existían medios de defensa en las legislaciones secundarias o algún recurso para impugnar resoluciones infundadas. Sin embargo, la primera sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del 7 de Junio de 1946, dictó un acuerdo en el que se determinó que la decisión del Ministerio Público de no ejercitar acción penal debe estar sujeta al control constitucional.

En términos generales, hasta antes de la reforma de 1994, este era el panorama que había en México en cuanto a la regulación del no ejercicio de acción penal; es decir no habría instrumento jurídico alguno para impugnar el no ejercicio o desistimiento de la acción penal o en su caso, la falta de actuación del Ministerio Público en la averiguación previa. Esta situación, injusta y alejada de los principios de legalidad y seguridad jurídica establecidas en los artículos 14 y 16 Constitucional, prevaleció durante ochenta años, afectando no solo al ofendido, en cuanto a la reparación del daño e impartición de justicia, sino también al mismo

indiciado, toda vez que el Ministerio Público se abstenía de llevar actuaciones para la debida integración de la averiguación previa o no ejercitaba acción penal, dejándolo en suspenso su situación jurídica.

B. Análisis del proceso legislativo de la reforma de 1994

En 1994, se presentó una iniciativa de reforma al artículo 21 Constitucional en la cual se proponía sujetar al control de legalidad, ante un órgano jurisdiccional, las resoluciones de no ejercicio y desistimiento de acción penal emitidas por el Ministerio Público. En esta iniciativa se exponía que cuando el Ministerio Público no ejercitaba acción penal, a pesar de existir elementos probatorios suficientes para demostrar la comisión del delito y la presunta responsabilidad de la persona sujeta a la investigación, se propiciaba la impunidad y se ocasionó más agravio a las víctimas o a sus familiares. Por ende, no debía tolerarse que por un comportamiento negligente o actos de corrupción quedara algún delito sin ser perseguido.

El dictamen que recayó a la iniciativa antes descrita, fue elaborado por las comisiones unidas de justicia, puntos constitucionales, y estudios legislativos de la Cámara de Senadores. En este dictamen, entre otras, se señalaba que los cambios propuestos por el titular del Poder Ejecutivo Federal era un primer paso para transformar el sistema de justicia y hacer efectiva la seguridad jurídica de todos los mexicanos; que los cambios propuestos tocaban de raíz algunas de las causas que generaban la desconfianza de los ciudadanos en las autoridades.

Con esta reforma se buscaba lograr que las víctimas o sus familiares lograran la reparación del daño, abatir la impunidad e impedir que por actos de corrupción el Ministerio Público no cumpliera con su tarea fundamental.

Ya aprobada la iniciativa fue publicada en el Diario Oficial de la Federación de fecha 31 de Diciembre de 1994. El texto del artículo 21 Constitucional, fue modificado en los siguientes términos: Artículo 21. Las resoluciones del Ministerio Público sobre el ejercicio y desistimiento de la acción penal podrán ser impugnadas por vía jurisdiccional en los términos que establezca la ley.

CONCLUSIONES

La garantía individual del ofendido o víctima del delito, a efecto de impugnar resoluciones al Ministerio Público sobre el no ejercicio o desistimiento de la acción penal, ha sido interpretada de manera extensiva, pues además puede ampararse contra la abstención o inactividad de dicho órgano y contra la negación a recibir o denegar denuncias.

El presente trabajo demuestra, que se advierten esfuerzos significativos para quien en concreto intervienen para encontrar un sistema jurídico procesal que garantice el respeto de los derechos de las personas sujetas a una causa penal. El establecimiento de un procedimiento penal que permita una eficaz persecución de los delincuentes y por otra proporcione derechos suficientes para llevar una defensa real es aun una tarea pendiente en México.

En los últimos años se puede apreciar en legislaciones de América Latina, tales como Chile, Colombia, Costa Rica, entre otros, una tendencia hacia la implementación del Juicio Oral en el sistema procesal penal. En nuestro país estados como Chihuahua, Oaxaca y Nuevo León están intentando establecerlo.

En la actualidad, nuestro estado de Baja California cuenta ya con una legislación adjetiva reforma para implementar el llamado juicio oral, misma que entraría en vigor el primero de junio de 2009. Sin embargo, dicha reforma se vio postergada para el año 2010, desconociendo con exactitud la entrada en vigor de dicha ley. Cabe mencionar que gobierno y sociedad se encuentran en estos momentos capacitándose para lo anterior, lo cual involucra por consiguiente a los encargados de procurar y administrar justicia y el medio de la abogacía penal.

BIBLIOGRAFÍA

Legal

- Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Código Penal Federal.
- Código Penal para el Estado de Baja California.
- Código de Procedimientos Penales Federal.
- Código de Procedimientos Penales para el estado de Baja California.
- Ley de amparo.

- Análisis de Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Ley Federal de Defensoría Pública.
- Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos.
- Reglamento Interno de la Comisión Nacional de Derechos Humanos.

Doctrina

- GUILLEN LÓPEZ Raúl, Las Garantías Individuales en la Etapa de Averiguación Previa, Editorial Porrúa, México 2007.
- OSORIO Y NIETO Cesar Augusto, La Averiguación Previa, Editorial Porrúa, México 2007.
- BAZDRESCH, Luis, Garantías Constitucionales, Editorial Trillas, México 1983.
- RIVERA SILVA Manuel, El Procedimiento Penal, Editorial Porrúa, México 2005.
- FERRAJOLI, Luigi, Derechos y Garantías, 3ª ed., Madrid Trotta, 2002, p. 40
- BARRAGAN BENITEZ, Víctor, Libertad personal en el siglo XXI, p. 60
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, Las Garantías Individuales, 23 a ed., México, Porrúa, 1991, p. 187.
- OSORIO Y NIETO, Cesar Augusto, La averiguación previa, México, Porrúa, 1985.
- DIAZ DE LEON, Marco Antonio, Diccionario del Derecho Procesal Penal, 3a ed., México, Porrúa, 1997, tomo I, P. 255.
- CASTRO, Juventino, El Ministerio Publico, 4ª ed., México, Porrúa, 1992, p. 22.
- MORENO, Moisés, El proceso penal en México, Distrito Federal, México, 1999.
- GARCIA RAMIREZ Sergio, Nuevo procedimiento penal mexicano, p. 111.
- ALVARADO MARTINEZ Israel, "Análisis a la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, Editorial Porrúa; INACIPE, México 2004, p. 29.
- ALVARADO MARTINEZ, Israel, "Análisis a la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada, ya citado, p. 8.