



# Universidad Nacional Autónoma de México

FACULTAD DE DERECHO

LAS FORMAS LIMITATIVAS DE LA LIBERTAD PERSONAL  
EN EL PROCEDIMIENTO PENAL MEXICANO



EN EL INSTITUTO DE DERECHO  
GOBERNACIÓN DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS  
PROFESOR ASESOR  
**Tesis Profesional**

Que para obtener el Título de  
LICENCIADO EN DERECHO

Presenta

**RICARDO RIOS FERRER**



Universidad Nacional  
Autónoma de México



## **UNAM – Dirección General de Bibliotecas Tesis Digitales Restricciones de uso**

### **DERECHOS RESERVADOS © PROHIBIDA SU REPRODUCCIÓN TOTAL O PARCIAL**

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

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

# C A P I T U L A D O

	PAG.
INTRODUCCION	I
CAPITULO I.- Noción de "forma limitativa de la libertad".	1
1.- Planteamiento del tema.	1
2.- Noción de libertad	1
3.- Noción de libertad jurídica.	10
4.- La violación del orden jurídico.	14
5.- Las formas generales de limitación a la libertad personal.	22
6.- Las limitaciones a la libertad personal en el -- procedimiento penal. Las medidas cautelares de carácter personal.	29
CAPITULO II.- La Aprehensión.	39
1.- Fundamentos Constitucionales.	39
1.1.- Formación Constitucional.	40
1.1.1.- El Constituyente de 1856-57.	40
1.1.2.- El Constituyente de 1916-17.	44
1.2.- Las garantías individuales en los casos de excepción estipulados en el Artículo 16 --- Constitucional para verificar aprehensiones.	48
2.- Bases legales.	50
2.1.- Código de Procedimientos Penales apra el -- Distrito Federal.	50
2.2.- Código Federal de Procedimientos Penales.	53
3.- La flagrancia y la aprehensión por cualquier per- sona.	59

4.- La aprehensión realizada por autoridad administrativa. Los casos urgentes.	64
5.- Naturaleza jurídica.	68
6.- El arraigo.	76
7.- La libertad previa administrativa.	79
8.- Crítica.	84
CAPITULO III.- La Detención.	88
1.- Fundamentos Constitucionales.	88
1.1.- Formación Constitucional.	88
1.1.1.- El Constituyente de 1856-57.	88
1.1.2.- El Constituyente de 1916-17	91
1.2.- Análisis de las garantías procesales contenidas en los artículos 14, 16 y 19 de la -- Constitución.	94
2.- Bases legales.	100
2.1.- Código de Procedimientos Penales para el -- Distrito Federal.	100
2.2.- Código Federal de Procedimientos Penales.	101
3.- Naturaleza jurídica.	102

4.- La libertad provisional.	109
4.1.- La libertad provisional caucional.	109
4.2.- La libertad protestatoria.	110
5.- Crítica.	112
CAPITULO IV.- La Prisión preventiva.	116
1.- Fundamentos Constitucionales.	116
1.1.- Formación Constitucional.	118
1.1.1.- El Constituyente de 1856-57.	118
1.1.2.- El Constituyente de 1916-17.	119
1.2.- Análisis de las garantías individuales -- relacionadas con la prisión preventiva.	122
2.- Bases legales.	129
2.1.- Código de Procedimientos Penales apra el Distrito Federal.	129
2.1.1.- Reglamento de Reclusorios del Dis trito Federal.	130
2.2.- Código Federal de Procedimientos Penales.	132
3.- Naturaleza jurídica.	133
4.- El arraigo.	141

5.- El arresto, como medida de apremio.	142
6.- La libertad provisional administrativa.	143
7.- Crítica.	145
<b>CONCLUSIONES</b>	<b>148</b>
1.- Síntesis crítica.	148
2.- Planteamiento general.	150
<b>BIBLIOGRAFIA</b>	

## I N T R O D U C C I O N

Debido a que es en el procedimiento penal donde el gobernado percibe con mayor intensidad la coacción del Estado, resulta ser una de las facetas más dramáticas de todo sistema jurídico.

En efecto, durante su secuela, son varios los valores sacrificados antes de que se declare la voluntad de la ley en la sentencia que ponga fin a la instancia; Radbruch habla incluso de que se --llegan a cometer injusticias necesarias en la búsqueda de la Justicia. En el procedimiento penal, sin duda, la libertad se enfrenta al anhelo de Justicia, y el efecto de mayor trascendencia que tal contraposición trae consigo, se ve representando por las li--mitaciones a la libertad que de aquél derivan.

La trascendencia del planteamiento anterior nos ha obligado a reflexionar sobre aquellas medidas en virtud de las cuales se coarta la libertad, en aras de un fin asegurativo, cautelar, y es también el motivo por el que en el presente trabajo nos avocamos al estudio de todas aquellas formas limitativas de la libertad en el procedimiento penal mexicano.

A lo largo de la presente tesis, hemos buscado analizar las formas restrictivas de la libertad, de una manera científica, apegándonos lo más posible al método de nuestro Derecho Procesal. Tal inten--ción se funda en la firme creencia de que la correcta metodología científica abre para el Derecho, la posibilidad de la certeza, contribuyendo con ello una sólida garantía de justicia para el ser humano.

El primer capítulo busca las bases esenciales de las formas limitativas de la libertad en el procedimiento penal, a la luz de la filosofía del derecho, mientras que en los capítulos II, III, y IV, se estudian las mismas pormenorizadamente. De esta manera -- desembocamos en ciertas proposiciones de precisión terminológica, de sistematización legislativa, de interpretación y de aplicación práctica que intentan coadyuvar a que nuestro procedimiento penal se desenvuelva en una forma más científica y precisa, especialmente por lo que se refiere a la situación jurídica del presunto responsable.



El primer capítulo busca las bases esenciales de las formas limitativas de la libertad en el procedimiento penal, a la luz de la filosofía del derecho, mientras que en los capítulos II, III, y IV, se estudian las mismas pormenorizadamente. De esta manera -- desembocamos en ciertas proposiciones de precisión terminológica, de sistematización legislativa, de interpretación y de aplicación práctica que intentan coadyuvar a que nuestro procedimiento penal se desenvuelva en una forma más científica y precisa, especialmente por lo que se refiere a la situación jurídica del presunto responsable.

## CAPITULO I. NOCION DE "FORMA LIMITATIVA DE LA LIBERTAD"

### 1. Planteamiento del tema.

La libertad representa uno de los grandes temas del Derecho. Es un tópicó que se ha analizado desde muy diversos ángulos. - Mucho se ha escrito sobre él y no pocos autores lo han abordado.

Sin duda, la libertad es considerada como una cualidad del ser humano que justifica su importancia en la necesidad de transcendencia humana, puesto que, como habremos de ver, representa el cauce a través del cual es posible desarrollar nuestras fuerzas intelectuales e incluso físicas.

De ahí que cuando hablamos de limitaciones a la libertad, - estemos concientes de la relevancia que ello supone y que se - proyecta en nuestra cultura como un severo contrasentido que, - sin embargo, es tan necesario como la misma libertad.

Antes de entrar al estudio de las formas en que esa antítesis se manifiesta, se analizarán los conceptos fundamentales sobre los que descansan aquellas medidas limitativas de la libertad personal. De esta forma, será la noción de libertad "in gé nere" sobre la que avocaremos nuestra atención y cuyo marco con ceptual iremos estrechando y relacionando con otros principios filosófico-jurídicos hasta llegar finalmente a las formas limi tativas de la libertad personal en el procedimiento penal mexicano.

2. Noción de libertad. Acerca del concepto de libertad, el - ilustre profesor de la Universidad de Roma, Francesco Carnelutti (1) afirma que ningún problema que se refiera a los funda mentos del Derecho "...puede ser afrontado por quien no tenga -

(1) El Problema de la Pena.- Pág. 34. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1947.

ideas claras en torno a la libertad". La exactitud de la afirmación precedente, se demuestra al pensar que el tema del presente trabajo precisa para su completa comprensión y alcance, - el tener una firme base conceptual sobre el principal presupuesto de las limitaciones a la libertad: la libertad misma.

Es así que seguiremos el sabio consejo de Carnelutti, y en consecuencia empezaremos por analizar la definición que de libertad nos da el Diccionario de la Real Academia de la Lengua - (2): "Libertad (del lat. libertas). Facultad natural que tiene el hombre de obrar de una manera o de otra y de no obrar, -- por lo que es responsable de sus actos".

De la definición que antecede, distinguiremos los elementos siguientes: 1) Se refiere a una facultad natural; 2) -- Consistente en un obrar o no obrar; 3) Sobre la que se finca la responsabilidad del actor.

Ahora bien, por facultad se entiende la libertad que uno tiene para hacer alguna cosa (3).

Por lo que ve a la facultad natural, somos de la opinión - de que se debe distinguir entre lo que es innato y lo que es -- históricamente natural. Es cierto que la facultad de obrar o -- de no obrar (que implica una opción) es connatural al hombre, - dadas sus características psicológicas; más también es claro -- que la referida "facultas" requiere de un constante desarrollo, que permita conquistar a la libertad en su entera concepción, - lo cual no habrá de ser un fin en sí mismo, sino un medio para la realización de otros objetivos sustanciales. De ahí que el desenvolvimiento de la lucha por la existencia, requiera para - su concreción, de una conducta, la cual será el resultado del - ejercicio de la libertad; esto revela su necesidad indefectible.

(2) Madrid. 1970.

(3) ESCRICHE, Joaquín. Diccionario razonado de Legislación y - Jurisprudencia, París. Librería de Rosa, Bouret y Cia. 1860.

Ese proceso de manifestación fáctica de la personalidad humana, se revelará como un devenir, que al estar estrechamente ligado a la obra humana será histórico. Desde este punto de vista, la libertad es una constante lucha por la historia. Con base en esto, creemos que no es posible proyectar en retrospectiva a la facultad de referencia para justificar desde la perspectiva del pretérito momento, el origen de la libertad, tal como lo hace el iusnaturalismo.

Es innata la facultad de optar entre un obrar o un no obrar; pero será históricamente natural el constante desarrollo que el hombre, de acuerdo con su entorno histórico, haga de la libertad. Así, ésta es el presupuesto indispensable del devenir de la historia y, sin querer entrar al milenario debate sobre el libre albedrío, veamos enseguida las distintas concepciones que de la libertad nos dan diversos filósofos.

Luis Legaz y Lacambra (4) señala que: "filosóficamente, la libertad pertenece esencialmente a la persona. No hay existencia humana, no hay existencia personal donde falta la libertad, la cual se halla en la misma raíz metafísica de la vida". La opinión de este autor español nos afirma en la idea de que la libertad es una cualidad humana, consustancial a su naturaleza, y de que para entenderla mejor, es necesario estudiar su consistencia.

Habíamos ya asentado la idea de que la facultad que nos ocupa, se refiere a un optar entre el hacer o no hacer. Además, la relación que existe entre ella y sus fines es tan esencial, que resultaría imposible entender en una manera aislada a la facultad, sin relacionarla con su teleología conductual. Es decir, no es factible captar un concepto de libertad, sin admitir

(4) Filosofía del Derecho. Pág. 736. Barcelona. Bosch, Casa Editorial. 1961.

que su estructura sea finalista, por cuanto a que aquél va unido intrínsecamente a la noción de conducta humana.

La libertad es una cualidad cuya característica medular es la decisión entre varias posibilidades de acción u omisión.

Ahora bien, ¿será posible optar entre el ejercicio o no - ejercicio de la libertad misma?. Pensamos que no, pues tal decisión implica como presupuesto necesario, el ejercicio de la libertad. Nadie puede elegir entre ser libre o no; el optar - por el no ejercicio de la facultad que comentamos, requiere de por sí, aquella noción que se busca anular y, por otro lado, la negación absoluta de la libertad carece de sustentación, mientras exista razón y voluntad, en suma: conciencia. La esclavitud fue, verbigracia, un estado jurídico en el que el esclavo - ha sido sujeto a una privación, que no negación, de su libertad; pero siempre tendrá un margen para optar entre un hacer o no ha - cer, por estrecho que éste sea.

Esto último apoyará la afirmación de que la libertad es - una categoría, un concepto irreductible.

La libertad siempre es acto, jamás podrá ser potencia; se revela al optar y la consecuencia de tal decisión es fatalmente necesaria. Es decir que el ejercicio de esta facultad es inexorable, pues a través de ella se manifestará el ser en el mundo de la facticidad.

De esta forma tendremos que llegar a la consideración de - que la libertad es una cualidad humana de índole instrumental. Es decir, como vía o cauce por el que se realice ésta o aquella idea, las que serán la materia de la opción.

El obrar o no obrar no son continentes, suponen una idea - motora en ejercicio, ya que se actúa respecto de algo, hacia la

consecución de un objetivo. El contenido de la decisión que aquí se infiere variará de acuerdo a situaciones psicológicas y/o circunstanciales. De esta forma, la conducta humana requerirá como "conditio sine qua non" la libertad, la facultad de decidir entre dos o más opciones de actuar.

Al respecto, Carnelutti (5) afirma que: "En la libertad se puede contemplar un presupuesto del delito...", queriendo señalar con ello, que entendido el delito como una manifestación de una decisión que se materializará en una conducta activa u omisiva sancionada por las leyes penales, el mismo sería el resultado de la facultad de optar entre el obrar o no obrar. A pesar de lo anterior, no se significa que la libertad sea la fuente del delito, por cuanto a que ésta será materia de aquella decisión, en tanto que la estructura dentro de la cual se desarrolló el proceso del optar es, en sí, la libertad.

El maestro Lino Rodríguez-Arias Bustamante (6) concuerda esencialmente con lo anterior, al decir que "...por la libertad de que goza el ser humano, puede acatar o vulnerar las normas que demanden del orden natural". La observación del jurista citado implica que la libertad existe en general, no sólo para la ejecución de un deber.

Hasta este momento se ha estudiado a la libertad "in genere" y, por necesidad lógica, a continuación analizaremos las diversas formas específicas en que se manifiesta, de acuerdo con el contexto en el que se le ubique.

Para José Ferrater Mora (7) se pueden distinguir: la libertad absoluta como base de todo ser, encuadrada dentro de lo

(5) Op. Cit. pág. 35.

(6) Ciencia y Filosofía del Derecho. Pág. 286. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1961.

(7) Diccionario de Filosofía. México. Editorial Atlante, S.A. 1941.

absoluto, e incondicionado; la libertad relativa, que sólo es -- dada al que se encuentra dentro del determinismo producido por la libertad absoluta, y de donde puede librarse; la libertad -- del libre albedrío, la cual será la posibilidad de obrar o no -- obrar; y la libertad necesaria, que consistirá en el cumplimen-- to de cada ser, es decir en la "...realización de su mismisi--- dad". Como se puede advertir, cada una de las formas enumera-- das tienen elementos de la libertad genérica que aunque somera-- mente, ya revisamos.

La moral y la ética son utilizadas por otros filósofos del Derecho como marco en el que se encuadra la libertad, derivando así, otras especies de ésta.

En este contexto, vemos que se hace la siguiente distin--- ción, a saber: la libertad interior y la libertad exterior. -- Al respecto, es Gustavo Radhruch (8) quien nos hace una nítida separación entre ambas y a la vez resalta la trascendencia -- que esto tiene para el Derecho; el autor citado señala: "Es -- claro que el Derecho no puede imponerse la misión de servir di-- rectamente al cumplimiento de los deberes éticos: el cumpli--- miento de los deberes de la ética es, por la fuerza del mismo -- concepto, obra de la libertad que no es posible, por tanto, im-- poner mediante la coacción jurídica. Ahora bien, si el Derecho no puede imponer el cumplimiento de los deberes éticos, sí pue-- de hacerlo posible: el Derecho es la posibilidad del cumpli--- miento de los deberes morales o, dicho en otros términos, la me-- dida de la libertad exterior sin la que no podría existir la li-- bertad interior, necesaria para las decisiones éticas. La ga-- rantía de aquella libertad externa constituye la esencia y la -- médula de los derechos del hombre".

De la cita que antecede vemos que el autor alemán distingue la libertad interior de la exterior con base en consideraciones

(8) Introducción a la Filosofía del Derecho. Pág. 38. Méxi-- co. Fondo de Cultura Económica. 1978.

de carácter ético y moral, en tanto que coloca al Derecho como garantía de la posibilidad de que esas motivaciones de la conducta del hombre, se vean realizadas.

De esta manera vemos cómo a la consideración de las especies en que se puede ramificar la libertad genérica, se le unen estimaciones de carácter finalista. Esto se debe a que como lo mencionamos anteriormente, la libertad se nos presenta como una cualidad de índole instrumental y, en el caso de Radbruch, debe ser un medio a través del cual se realicen la moral y la ética.

Analizando la aseveración del profesor de la Universidad de Heidelberg, podremos decir que la libertad interior será aquella facultad de optar entre varias acciones u omisiones de tipo moral, que requerirá para su concreción de la libertad exterior, la que habrá de ser entonces la facultad de optar por un determinado tipo de conducta que, por su naturaleza, se proyectará hacia el ámbito externo, real y material.

Es por ello que el autor que comentamos, justifica la necesidad de que el Derecho funja como garantía para que la libertad exterior sea posible y, con ello, permita la realización de la libertad interior. Por supuesto que la materia sustancial sobre la que girará la facultad interna, será la moral; en tanto que la que servirá de base para la exterior será no sólo la moral, sino también la misma libertad interior.

Si bien la libertad interna requiere de la externa y ambas necesitan del Derecho que posibilite su ejercicio, esto no contradice lo afirmado previamente al señalar que la libertad genérica no presupone el ejercicio de otra facultad similar, por cuanto a que, en el caso que nos ocupa, las libertades interior y exterior no son categorías como lo es aquella, sino especies reductibles a la misma.



Es evidente entonces, que si el Derecho no otorgara la posibilidad de que se realice la libertad exterior, la de carácter interno no pasaría de ser mera intención. Si analizamos esto - en relación con la opinión que Carnelutti dió al respecto, tendríamos que decir que la libertad exterior sería el presupuesto fáctico del delito, mientras que la libertad interior contendría la fuente del mismo.

Diferimos del modo de pensar de Carnelutti (9) cuando - apunta: "La libertad no es la abstracta posibilidad de escoger entre el bien y el mal sino la concreta potencia de escoger el bien"; sí, como hemos visto, la libertad no puede ser potencia, puesto que se es libre al optar, podemos añadir que de no haber libertad concreta para escoger entre el bien y el mal, las acciones no estarían sujetas a valoración moral y ética; desaparecería el sentido de la responsabilidad. Al respecto, Rafael - Preciado Hernández (10) puntualiza sobre la negación de la libertad como facultad de opción entre el bien y el mal, que ella traería como consecuencia que el hombre no sea dueño de sus actos, ni acciones, por lo que no sería responsable de ellos y, - de esta forma, no habría lugar a hablar de mérito y demérito - "...de perfeccionamiento y progreso, ni mucho menos de valores".

Mas el mismo maestro italiano (11) agrega que: "...si la acción buena es ejercicio, la acción mala es no ejercicio de libertad". Hemos dicho que la libertad es una cualidad de carácter instrumental, por lo que no podemos entender a la libertad que no se ejerce, es decir aquella cuyo mecanismo no sea el de optar, ya que la libertad resulta ser el proceso de decisión - entre el ejercicio o no ejercicio de tal o cual posibilidad que habrá de servirle de materia, de subtrato.

(9) Op. Cit. pág. 34

(10) Lecciones de Filosofía del Derecho. Pág. 189. México. Editorial Jus. 1947.

(11) CARNELUTTI, Francesco. Op. Cit. pág. 34.

Felipe Battaglia (12) concuerda con Preciado Hernández al opinar que: "Sólo el hombre que es persona es responsable, y - por tanto libre. Libre porque es causa no sólo objetiva, sino consciente y espontánea de la acción", y con respecto a Radbruch el mismo autor coincide al referir que la moral consagra la libertad interior "...del querer...", pero difiere al decir que - el Derecho "establece la libertad externa del querer" (13). Vemos así cómo para el citado jurista alemán, al Derecho le corresponde garantizar la posibilidad de ejercicio de la libertad externa, mientras que para el iusfilósofo italiano, el Derecho es el que establece dicha libertad.

Sobre este asunto, diremos que el Derecho establece la facultad de opción, posibilitando con ello el obrar o no obrar. Esto último nos obliga a pasar a estudiar otra especie de la libertad genérica: la libertad jurídica, y será el connotado maestro Eduardo García Máynez, quien nos guíe sobre el aspecto - que a continuación analizaremos.

En primer término habrá que distinguir a "...la libertad - del querer, como hecho de la jurídica, que es facultad derivada de una norma" (14). Esta distinción tiene una radical importancia, ya que nos llevará a la concepción de la libertad como Derecho, pues el mismo autor (15) agrega que: "La libertad - jurídica no es poder, ni capacidad derivada de la naturaleza, - sino Derecho". De esta forma derivaremos que la libertad jurídica se referirá a aquellos actos que no están prohibidos ni ordenados, en tanto que la libertad natural abarca los actos que se refieren a la ejecución u omisión lo mismo de los ordenados que de los prohibidos (16).

(12) Curso de Filosofía del Derecho. Pág. 327. Madrid. Instituto Editorial Eus. S.A. 1952.

(13) Op. Cit. Pág. 281.

(14) GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Introducción al Estudio del Derecho. Pág. 216. México. Editorial Porrúa, S.A. 1958.

(15) Idem.

(16) GARCIA MAYNEZ, Eduardo. Filosofía del Derecho. Págs. 394 y 395. México. Editorial Porrúa, S.A. 1983.

Luis Legaz y Lacambra (17) nos explica lo anterior de una forma muy gráfica, al apuntar que "Tampoco la persona jurídica es pensable sin libertad. El derecho recorta la superficie de la libertad existencial y devuelve como recompensa la libertad jurídica de las personas".

Hasta aquí hemos hablado de los siguientes temas: de la libertad genérica, entendida como la facultad natural de optar entre el ejercicio y no ejercicio, entre el obrar y no obrar. Se ha asentado el carácter teológico que la mencionada facultad tiene y, asimismo, se han estudiado algunas maneras de ver ciertas especies de la libertad genérica, que mayor relevancia tienen para el presente trabajo; y por fin, hemos desembocado por necesidad expositiva en un aspecto toral para nuestro estudio: la libertad jurídica.

3. Noción de libertad jurídica. Eduardo García Máynez (18) - define a la libertad jurídica en dos sentidos, a saber: "en sentido negativo, la libertad jurídica es la facultad de hacer o de omitir aquellos actos que no están ordenados ni prohibidos"; mientras que "libertad jurídica, en sentido positivo, es la facultad que toda persona tiene de optar entre el ejercicio y el no ejercicio de sus derechos subjetivos, cuando el contenido de las mismas no se agota en la posibilidad normativa de cumplir un deber propio" (19).

Analizando los conceptos que anteceden, se puede advertir - que el ámbito en el que se manifestará la libertad jurídica está cercado, limitado por la norma, pero ésta no fijará un deber ni una prohibición a la facultad que nos ocupa, y hará posible, con ello, el ejercicio o no ejercicio de los derechos subjetivos.

(17) Op. Cit. Pág. 737.

(18) Introducción... Pág. 219.

(19) Idem. Pág. 222.

Los derechos subjetivos se manifiestan en el mundo de lo jurídico mediante su ejercicio, o no ejercicio (cuando tal derecho consista en una omisión), gracias a un presupuesto que en sí se justifica, nos referimos a la libertad jurídica. Esta al estar habilitada por la norma, será el cauce por el que transcurrirán los derechos subjetivos, a los que contiene, y que desembocarán en su ejercicio o no ejercicio.

Es pues evidente, una vez más y en otro contexto, el carácter instrumental de la libertad, en este caso la jurídica.

Ahora bien, García Máynez (20) distingue tres momentos en el proceso de resolución de la libertad jurídica, cuando se utiliza para ejercer o no ejercer uno o varios derechos subjetivos, tales momentos son: la "facultas optandi", la "facultas agendi" y la "facultas omittendi". Entendemos que los tres son momentos de un acto, que es el de optar por una acción o por una omisión. Ya ha quedado asentado que la libertad que no se ejerce no es libertad; es decir que negamos que pudiera llegar a tener un carácter potencial. La libertad jurídica es establecida por el orden normativo, como garantía del ejercicio de un derecho subjetivo; mientras se preserve dicha garantía, el derecho que se realizará o no por su medio, será sin embargo un acto. Mas si se priva a alguien de su libertad jurídica, no por ello se perderá la titularidad de sus derechos subjetivos, que en este caso, dejarían de tener la posibilidad de realización, careciendo del medio gracias al cual se pueden ejercer.

De esta forma, ejercida la "facultas optandi", sin que se llegue a la "facultas agendi" o a la "facultas omittendi", la concreción de la libertad no será completa; se habrá realizado el acto de la opción, que bien puede manifestarse en la reali-

(20) *Filosofía* ... Pág. 360.

dad (verbigracia, en un contrato) sin que se lleven a cabo sus momentos resolutorios activos u omisivos.

De acuerdo con el pensamiento del autor que nos guía (21), la libertad jurídica se identifica con el derecho subjetivo de optar entre la ejecución o la omisión de un proceder, distinguiéndola de aquella que se refiere a la autodeterminación voluntaria. De esta forma, define el derecho subjetivo como "la posibilidad de hacer o de omitir lícitamente algo, atribuída a una persona o a su representante como consecuencia de un hecho jurídico y correlativa del deber, impuesto a otra u otras, de observar la conducta que hace posible el ejercicio del derecho y permite el goce de las ventajas que del cumplimiento de tal deber derivan para el titular" (22).

Como consecuencia de la definición que precede, la libertad jurídica es en sí misma, un derecho subjetivo; al ser el continente de otros derechos, su naturaleza es de carácter instrumental, por servir de medio para el ejercicio o no ejercicio de tales derechos, los cuales serán la materia de la opción. Es decir que el derecho subjetivo con el que se identifica la libertad jurídica, tendrá por fuerza de congruencia, la necesidad de que exista otro derecho, que la misma norma otorgue.

Vemos pues que la diferencia específica de la libertad jurídica como derecho, de otros derechos subjetivos, residirá en su índole instrumental; en su esencia de facultad optativa.

Como consecuencia de lo anterior, la trascendencia de la distinción establecida será de suma importancia para la salvaguarda de los derechos humanos, ya que si éstos son coartados o restringidos, la titularidad de tales derechos no se perderá por el sujeto que se vea en una situación privativa como la que

(21) Idem. Pág. 40.

(22) Idem. Pág. 359.

comentamos, sino que la limitación de referencia recaerá sobre la libertad jurídica; esto es, sobre el derecho subjetivo de optar entre el ejercicio o el no ejercicio de tal o cual derecho fundamental. La repercusión que tendría el planteamiento relativo, se vería reflejado en el respeto absoluto a la dignidad - de aquel individuo que ha sido objeto de una limitación a su libertad, mas no a una privación de sus derechos, los cuales, y con base en lo anterior, podrían ser protegidos en una forma concreta, objetiva y eficaz.

Como contrapartida del derecho subjetivo, existe el deber - jurídico, que habrá de servir de base sobre la cual se proteja el goce de un derecho, no obstante su ejercicio se limite, restrinja o prive. El mismo García Máynez (23) define al deber jurídico de la siguiente manera: es "...la restricción de la libertad exterior de una persona, derivada de la facultad concedida a otra u otras, de exigir de la primera que haga o no tal o cual cosa". Vemos pues, cómo el deber jurídico se presenta - como la garantía de respeto activo u omisivo, hacia un derecho que tendrá la posibilidad de realizarse de acuerdo a la decisión que se tome con fundamento en la libertad jurídica, y por otra parte, será el meollo de la jurídica coexistencia (aspecto que más adelante abordaremos) humana.

Para llegar a una conclusión, reuniremos los principales - elementos constituyentes de la libertad jurídica, que ya hemos analizado:

- a) Es un derecho subjetivo, otorgado por la norma;
- b) Su efecto será el ejercicio o no ejercicio
- c) De otros derechos a los que contiene
- e) Es por ello un derecho de tipo instrumental, y
- d) Tiene como contrapartida un deber jurídico.

Sintetizando los elementos reseñados diremos que, la libertad jurídica es un derecho subjetivo otorgado por la norma a un sujeto determinado, consistente en la facultad de optar por el ejercicio o no ejercicio de otros derechos subjetivos, que son su contenido material, lo que pone de manifiesto su carácter instrumental; tendrá como contrapunto un deber jurídico, - que obligue a otra u otras personas, de respetar activa u omisivamente, la decisión del titular de la libertad jurídica en el sentido de ejercer o no ejercer, el derecho materia de la opción.

Así, la libertad jurídica será la garantía de la posibilidad de que se ejerza un derecho determinado, en la realidad jurídica.

#### 4. La violación del orden jurídico.

¿Es la violación al orden jurídico un ejercicio indebido de la libertad jurídica? o bien, ¿es la manifestación de la libertad como poder, es decir de la natural?.

Para responder a esa pregunta, veamos primero qué es lo que se entiende por violación al orden jurídico.

Al respecto, Luis Legaz y Lacambra (24) ofrece la siguiente opinión: "cuando el sujeto de derecho, desde una situación jurídica cualquiera, se comporta de un modo contrario o extraño a la misma, y este comportamiento le acarrea una consecuencia desfavorable, se dice que ha realizado una conducta contraria a Derecho, una acción antijurídica". A partir de la exposición del profesor español, podemos inferir que la conducta que es contraria a Derecho, implica un acto o una omisión que han sido prohibidos por la norma; de lo que se deducirá a

(24) Op. Cit. Págs. 645 y 646.

su vez, la idea de que no es la libertad jurídica la que se ha ejercido cuando se ha violado el orden jurídico, por cuanto a que, como ya se ha visto, tal derecho subjetivo instrumental, - resulta traer como consecuencia de su ejercicio, una conducta - que no ha sido ordenada ni prohibida por la ley; es por tanto, la libertad como poder, el presupuesto indispensable de la anti-juridicidad.

En este orden de ideas es imprescindible dejar en claro que dado que la antijuridicidad es producto del ejercicio de la libertad como poder, cuando tal transgresión viola a su vez un -- precepto legal que prohíbe la comisión o la omisión de una conducta, esto no es el ejercicio indebido de la libertad jurídica, puesto que su ejercicio no se concibe fuera del marco legal que le establece, delimitando su entorno posible. Es así que - la violación del orden jurídico es producto del ejercicio de la libertad-poder.

Ahora bien, la antijuridicidad como violación al orden normativo, puede no traducirse en la transgresión al orden jurídico. Tal situación se da cuando la ley no recoge una prohibi--- ción propia de las normas de cultura; más cuando sí le sirve de fuente para establecer una prohibición legal, tal precepto se - traducirá en un tipo delictivo.

Así es como lo entiende el ilustre penalista Raul Carranca y Trujillo, quien señala a la antijuridicidad como la oposición a las normas, que no a la ley; es decir, la norma crea lo anti-jurídico, en tanto que la ley crea el delito (25). Vemos una vez más, cómo la libertad jurídica escapa del marco de la anti-juridicidad y del delito, por haber sido establecida como posibilidad, sólo dentro del marco legal que la norma le ha impuesto.

(25) CARRANCA Y TRUJILLO, Raul. Derecho Penal Mexicano. Pág. 337 y 338. México. Editorial Porrúa, S. A. 1980.



Por su parte, Luis Jiménez de Asúa (26) expresa ser partidario de la objetividad de lo antijurídico, lo que liga al Estado con el acto. Es clara la razón de esta postura, ya que, perteneciendo la antijuridicidad al plano de las normas de cultura, éstas son las que viven con el Estado y las que le habrán dado su sentido. De esta manera, el Estado se liga al acto antijurídico porque, si bien puede ser que no se haya anulado una ley, la transgresión a la norma referida interesa al Estado por ser ésta la esencia de su orientación y de su conformación.

Más adelante, el mismo autor (27) agrega "...no es lo antijurídico lo que capta el dolo sino el deber de no violar las normas". De tal forma que la antijuridicidad será la valoración objetiva con la norma (28). Lo antijurídico, como el delito, constituyen la barrera que separa al libre hacer normado y/o jurídico, del deber de no hacer; es decir que en esa línea se exige una primera limitación a la libertad genérica, que se justifica en la consecución de los fines del Derecho.

En este punto podemos ya sintetizar la forma en que la libertad natural, o poder universal, se ve limitada, primero, por las normas de cultura, y después, por la ley; dando pie así a la libertad normativa o exterior, y a la jurídica.

Basta un ejemplo: yo puedo, en uso de mi libertad natural, hacer (entendiendo dentro de este verbo a la acción y a la omisión) lo que me plazca; pero descendiendo de nivel abstractivo, podré hacer aquello que no implique un acto antijurídico, violatorio de las normas de cultura; y colocándome en un nivel más concreto, esa libertad exterior normativa, se me ve limitada -- por la ley que establece la libertad jurídica, definiendo su campo de acción legal, al cercarlo por aquellos actos u omisiones que se consideran ilegal:

(26) La Ley y el Delito. Pág. 280. Buenos Aires. Editorial - Sudamericana. 1967.

(27) Idem.

(28) Ibidem.

Definido pues, el campo de acción de la libertad exterior - (normativa) y de la jurídica, reuniremos a estas dos en un solo concepto: libertad personal.

La libertad personal será la facultad de optar entre un --- obrar o no obrar, lícito, que sólo es posible en el contexto -- que ha marcado la norma genérica y que estará delimitado por el deber de no violarla.

Vemos así que la transgresión al orden normativo es un ilícito, que excluye a la libertad normativa y nos obliga a descubrir a la natural como su causa.

Ahora bien, la violación del orden jurídico trae por resultado una consecuencia desfavorable al sujeto que la realizó; -- ese efecto es, al decir de Legaz y Lacambra (29), el elemento que caracteriza a la infracción; pero si el hecho violatorio de lo dispuesto en una norma jurídica es lo que se denomina infracción (30), puede ocurrir que un sujeto cometa una infracción -- sin que por ello le sobrevenga una consecuencia desfavorable, -- tal como sucede cuando la norma que ha sido transgredida, no -- contiene una sanción o consecuencia desfavorable (norma jurídica imperfecta para García Máynez -31-, la desprovista de sanción).

Concluiremos entonces que la consecuencia desfavorable no -- es un elemento característico de la infracción y para su delimitación conceptual, la noción se reduce al acto u omisión violatorio de una norma.

Pero en el supuesto de que ellas estén previstas, ¿cuáles -- serán esas consecuencias desfavorables que nos ocupan?. Serán -- básicamente dos: la sanción y la coacción.

(29) Op. Cit. Pág. 647.

(30) DE PINA, Rafael. Diccionario de Derecho. México. Editorial Porrúa, S. A. 1981.

(31) Introducción..... Págs. 90 y 91.

Por cuanto a la sanción se refiere, ésta es generalmente definida como "...la consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado" (32).

Para que la sanción surja como consecuencia de un hecho --- transgresor a su norma, es prerequisite que se haya colmado el supuesto de la citada norma. Ese supuesto normativo será adecuado a un hecho violatorio de un deber y será el resultado del --- ejercicio de la libertad-poder, sin haber respetado la limitación normativa que ese deber representa, y que ha sido impuesto por la norma.

La obligación de la sanción le corresponde al poder público, con fundamento en sus atribuciones normativas, debido a que el hecho lesivo constituye un obstáculo para los intereses jurídicos tutelados de la sociedad, y en último término, para el logro de la justicia, la seguridad y el bien común.

¿Cuál será la importancia que para nuestro estudio tiene el concepto de sanción?. Contestaremos que es total y no podía ser menos trascendental si, al decir de García Máynez (33), las sanciones que son "...establecidas por las normas de derecho penal, reciben la denominación específica de penas". Mientras que el delito es considerado como una forma concreta de la infracción, su comisión traerá una pena, individualizada en la sentencia jurídica con la que culmina el proceso penal.

Por lo que ve a la coacción, ésta es definida como la fuerza jurídica o moral que incide sobre la voluntad y que tendrá como necesario desenlace, la anulación de la libertad personal -- (34 y 35); también es entendida como la aplicación forzada de la sanción (36). Creemos, por nuestra parte, que la primera conno

(32) Idem. Pág. 295.

(33) Ibidem. Pág. 295.

(34) DE PINA, Rafael. Op. Cit.

(35) ESCRICHE, Joaquín. Op. Cit.

(36) GARCIA MANEZ, Eduardo. Introducción..... Pág. 295.

tación citada se debe considerar como la genérica, en tanto que la segunda será una especie de la misma. (Esto lo habremos de aplicar cuando hablemos de las medidas cautelares, que son providencias de carácter coactivo ejecutadas antes de la aplicación de una sanción, con el objeto de asegurar por una parte el cumplimiento de la misma, dado el caso, y por la otra de garantizar la consecución de los fines del proceso).

Rodríguez-Arias Bustamante (37) afirma: "...si al referirnos a la sanción nos referimos a una coacción de tipo material, es cierto que ésta, únicamente la encontramos en el orden jurídico, ya que éste se halla amparado en su cumplimiento por el poder del Estado, quien puede obligar al individuo a que cumpla en el supuesto de que no lo quiera hacer voluntariamente". Se desprende de lo anterior, que la coacción es una nota esencial para las limitaciones a la libertad personal. El mismo autor añade que, puesto que el orden jurídico debe realizarse con el fin de hacer posible la conveniencia humana, la coacción le es consustancial, ya que es aplicada por el Estado con el objeto de asegurar el cumplimiento de las leyes contra quien se oponga a ellas (38).

Es decir, el Estado para su propia integración y con el objeto de cumplir con los fines del Derecho, necesita de la coacción para utilizarla materialmente contra aquel que no observe los preceptos legales, cometiendo infracciones lesivas para los intereses del mismo Estado. Esto es, del ideal de conveniencia pacífica que asegure la justicia, el bien común y la seguridad, la coacción se revela como imprescindible; es la herramienta fáctica para corregir desviaciones al castigar las transgresiones al orden jurídico, y que le permitirá cumplir además, con sus propios fines.

(37) Op. Cit. Pág. 291.

(38) Idem. Pág. 294.

En sentido opuesto a lo procedente señalado, Bierling, comentado por Víctor Cathrein (39), se "...declara decididamente en contra de la inclusión del momento coactivo en el concepto de Derecho. Después de advertir que entre los medios coactivos para la observancia de las normas jurídicas sólo se pueden comprender en las leyes la conminación de la pena o los factores auxiliares para su ejecución y la perspicacia del castigo en el caso de transgresión de la norma jurídica". Diferimos de este parecer, puesto que vemos a la coacción en otras partes del orden jurídico, además de las explicadas por Bierling, como lo son verbigracia las medidas cautelares (a las que ya hemos hecho referencia), por ejemplo las de carácter personal en el proceso penal, como lo son la detención, la prisión preventiva o el arraigo; entendemos a la coacción como la fuerza física o moral que actuando sobre la voluntad limita la libertad personal, de ahí que las medidas de referencia encuadren dentro de este concepto; su diferencia específica con aquella que se considera como la aplicación forzada de la sanción, se fundamenta en la naturaleza cautelar asegurativa, en tanto se resuelve el proceso correspondiente.

Esto no implica una perspicacia al castigo, ya que la sanción se puede identificar con la amenaza de éste, a más de que la primera no necesariamente presupone la ejecución de una medida coactiva, que al ser material, fáctica, pierde su supuesta visión de lo que podría ocurrir en el caso de transgresión a la norma.

De esta forma, la coacción como concepto pertenece al mundo de lo jurídico; una vez aplicada sobre una persona, no afectará su libertad jurídica, sino esencialmente la natural, la cual utilizó para cometer un acto o una omisión prohibida por la ley. No pudo haberse servido de la libertad jurídica por cuanto a que, como lo dejamos asentado con anterioridad, no se concibe fuera del espacio que la norma le otorga.

(39) Filosofía del Derecho. Pág. 82  
Madrid. Instituto Editorial Reus. 1958.

Sin embargo, como resultado ulterior de la sanción y de la coacción, puede suceder que por la naturaleza de la pena o de la medida cautelar, se limite la libertad jurídica, imposibilitando a su titular el ejercer sus derechos, cuyo goce tendrá.

Esto es, que la libertad natural será la causa de la limitación a la libertad jurídica. En ejercicio de la libertad poder, un sujeto habrá cometido una violación al orden jurídico colmando el supuesto de la norma que, por ello, sancionará y coaccionará en su caso, al transgresor, limitando su libertad jurídica y dejando en potencia los derechos que sólo a través de ésta, pudieran realizarse.

La importancia que tiene para el Derecho la antítesis entre la libertad y coacción, es sintetizada en una forma esencial por el célebre jurista austriaco Hans Kelsen (40), quien sustenta lo siguiente: "seguramente la antítesis de libertad y coacción - la cual objetivamente considerada no es otra cosa que la contraposición de dos diversas legalidades: la causal de la naturaleza y la legalidad normativa de la sociedad, es decir, la contraposición de dos sistemas- hállase ya en la antítesis de naturaleza y sociedad".

Dentro de la idea general de libertad y de coacción, podríamos desarrollar la relación dialéctica que se presenta entre ambos. La tesis: la libertad, se contrapondrá a su antítesis: -- coacción. Tal enfrentamiento se resuelve en una mezcla entre -- tesis y antítesis, combinando sus elementos esenciales; la adecuación se hará como engranaje, después de descartarse las incompatibles. Así, la facultad de optar entre obrar o no obrar y la fuerza física o moral que afecta a la voluntad anulando la libertad, se acoplan, entrelazan y seleccionan. La síntesis que de esta guisa surge, serán las formas limitativas de la libertad personal, resultantes de la violación al orden jurídico, funda--

(40) Teoría General del Estado. Pág. 30.  
 Barcelona. Editorial Labor, S. A. 1934.

mentadas en normas sancionadas e impuestas por el poder público, con independencia de que se resuelvan cautelarmente o como ejecución de sentencia.

5. Las formas generales de limitación a la libertad personal.

Hasta este momento hemos hablado de limitaciones, privaciones y restricciones generales a la libertad, pero es aquí cuando distinguiremos a la forma genérica de sus especies y diferenciaremos los términos empleados con anterioridad.

Las limitaciones generales a la libertad nacen por la necesidad de conveniencia que asegure la protección y la supervivencia del ser humano.

En un principio dichas limitaciones se basaron en la fuerza, de tal forma que el límite era impuesto por vía de la violencia.

Fundamentados en el instinto gregario del ser humano, por el cual todo hombre (genérico) tiene la necesidad instintiva de integrarse a un grupo o formar uno de semejantes, desde la niñez hasta prácticamente la muerte, develaremos el hecho de que un estado natural en el que existiera una libertad universal de cada hombre en lo individual, no pasa de ser una abstracción que nunca ha tenido realidad técnica.

Tal criterio es el que sustentaba el mismo Aristóteles cuando estableció que "ubi homo, ubi societas; ubi societas; ubi ---ius". Es decir, que ahí donde exista el hombre, habrá una sociedad; donde exista una sociedad habrá derecho. Como lógica consecuencia de esta afirmación, la libertad genérica jamás existió más que como obstracción ideal; mientras que la libertad normativa y la jurídica son las que siempre han acompañado al ser humano; la presencia de tales formas de libertad implican, en el primer caso (libertad exterior) la limitación de índole normativa,

representaba por el deber de no violar las normas de cultura, en tanto que en el segundo caso (libertad jurídica), el deber de no trasgredir la norma jurídica es en sí, el límite de la libertad jurídica misma; en este último plano, Cicerón (41) afirmaba -- que "la libertad consiste en hacer todo aquello que no está prohibido por las leyes".

De esta forma, la transgresión a la norma, si bien como hemos asentado, es el resultado del ejercicio de la libertad natural, en aquella nota nos referimos a ésta como un poder de auto-determinación, un querer universal, sin entenderla en la connotación que en este punto tiene, de libertad propia del ser humano que se encuentra en el estado natural al estilo de Juan Jacobo - Rousseau.

Este último autor ilustracionista, parte del estado natural para afirmar que en el contrato social, cada individuo cede parte de su libertad con el fin de dar nacimiento a la sociedad y - al Estado.

Voltaire, contemporáneo de Rousseau, pensaba por su parte - que toda libertad tiene sus límites; mientras que Montesquieu -- (42) asentaba con precisión: "la libertad es el derecho de hacer lo que las leyes permitan".

De la coexistencia nace la necesidad del orden jurídico que delimite las esferas de acción y omisión de sus integrantes, y, como hemos podido observar, Aristóteles, Cicerón, Voltaire y Montesquieu, por citar algunos de los más relevantes, conciben a la libertad sólo dentro de los límites que le marca la norma.

Felice Battaglia (43) apunta con atingencia que "...convivencia implica una delimitación de posiciones humanas, una confi-

(41) Citado por Montesquieu. Del espíritu de las Leyes. Tomo I, Libro XI. Pág. 207. Cita (1).

(42) Idem. Pág. 207.

(43) Op. Cit. Vol. III. Pág. 140.



guración jurídica de relaciones, señales verdaderas y propias -- del Derecho" y por su parte, Heinrich Henkel (44) señala que. - el Derecho le corresponde "...la función de actuar de medida límite y control de la fuerza en las relaciones sociales de los -- hombres. Desde estos puntos de vista, se le llama al Derecho -- tradicionalmente, orden de paz y protección".

Con base en lo precedente, quisiéramos afirmar sin absolutizar lo relativo, ni relativizar lo absoluto, que el concepto de libertad que hoy damos a la facultad de optar entre un obrar o - no obrar (no debe confundirse con el libre albedrío) genérico, - no siempre fue igualmente considerado. Por otro lado, su presencia en la historia tiene tantos matices como culturas han existido en el mundo; el criterio valorativo de la misma ha variado en cada época y lugar, por lo cual no es correcto tratar de absolutizar lo relativo al intentar encontrar a la libertad genérica - como una cualidad naturalmente histórica del hombre.

La idea que hoy en día tenemos de la libertad genérica es - fruto de la cultura occidental, que está constituida por los pensamientos griego, romano-cristiano y germánico, y recogido en la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

La libertad genérica es una abstracción de las diversas especies que se han admitido en el curso de la historia.

Por todo ello, pensamos que sólo la libertad exterior y jurídica han existido en el devenir histórico universal; de esta forma, tampoco relativizaremos lo absoluto.

Es así que la libertad abstracta siempre ha estado limitada, sea por las normas de cultura o por el orden jurídico.

(44) Introducción a la Filosofía del Derecho. Pág. 188. Madrid. Taurus. 1968.

Entonces nos preguntamos ¿ha existido alguna vez la limitación general a la libertad? nuestra respuesta será negativa, -- pues sólo concebimos a la libertad objetiva como aquella que está encuadrada dentro del ámbito que le ha fijado la norma, por lo que ahí donde encontramos una facultad de optar entre un ---- obrar o no obrar, ésta estará condicionada por el orden normativo correspondiente al tiempo relativo.

Como resultado de lo anterior, las limitaciones a la libertad que constituyen el objeto del presente trabajo, serán aquellas que se dan dentro de un procedimiento específico (el penal) y que recaerán sobre la libertad exterior y jurídica (normati--- va); no son los deberes relativos, sino otras medidas que no representan el límite de su ámbito de desarrollo, sino que se presentan como una verdadera injerencia en ese círculo; son consecuencia de un hecho transgresor a la norma, que es, a su vez, -- producto del ejercicio de la libertad-poder, y la misma norma -- dispone, saliendo del cerco con el que rodea a la libertad exterior y a la jurídica para introducirse en la esfera de actividad de éstas.

Para poder comprender mejor la exposición antes apuntada, - veamos cómo Luis Recasens Siches (45) fundamenta la misma idea al decir que: "...el principio de la coexistencia de las libertades individuales no es la única fuente justa de limitaciones de éstas. Por el contrario, hay además, también otras razones justas para imponer determinadas limitaciones a las libertades individuales. Estas otras razones podrían en resumen reducirse a -- tres: por razones de ética social, por razones de orden público, y por razones de bienestar general".

Por lo que se refiere a las razones de ética social, el autor precisa que por ellas entiende a "...una serie de normas y --

(45) Tratado General de Filosofía del Derecho. Pág. 188. Madrid. Taurus. 1968.

principios éticos de proyección objetiva en la vida social, en pautas de decencia y también en otros valores de realización externa en el ámbito interhumano" (46).

En cuanto a las limitaciones por razones de orden público, el connotado profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, asienta que "...por una parte es clara, puesto que el ejercicio de todas las libertades legítimas y de todos los derechos puede llevarse a cabo solamente en una situación de paz, de orden y de seguridad; y por el contrario, no resulta viable en una situación de tumulto, de motín, de inseguridad" (47).

Las razones de bienestar general (el autor de referencia -- prefiere nombrar así al bien común) se traducen como "...la suma de la mayor cantidad posible de bien para el mayor número posible de individuos...", y además, como el "conjunto de condiciones objetivas que hagan posible la realización de los fines de la persona y la obtención de aquella máxima realización de bienes individuales" (48).

Sobre el criterio de Recasens Siches, nosotros opinaremos que no son tres distintas razones las que justifican las limitaciones a la libertad personal. En primer término colocaríamos a aquellas que se fundan en el orden público, las que habrán de actuar como garantía de la realización de la ética social y del bien común.

Es interesante ver cómo sobre este aspecto, podemos encontrar que las razones de ética social justifican las limitaciones a la libertad exterior. Los motivos de orden público fundarán las limitaciones a la libertad jurídica; y las de bienestar gene

(46) Idem.

(47) Ibidem. Pág. 597.

(48) Idem.

ral se impondrán sobre ambos tipos de libertades, en una forma - directa, por conjugar a la norma cultural y a la jurídica; no in directa por repercusión, como sucede cuando se limita a la liber tad jurídica y ello se refleja en una limitación en la libertad exterior; todas realizadas por el Estado (49).

La misma contradicción entre libertad e igualdad se ve hoy en día ampliada por otro elemento que se contrapone con la cita da libertad; nos referimos a la justicia.

Es por esto que la justicia ha servido de base ideológica - para justificar las limitaciones generales a las libertades indi viduales, y ha englobado dentro de su intención a la igualdad.

Así, por ejemplo, la libertad de optar entre un dar o un re cibir genéricos, se ve limitada en un régimen socialista, con el fin de asegurar la justicia; la facultad de optar entre dar o re cibir; está restringida al grado de transformar el recibir casi en una prohibición, y al dar, en un deber. Mientras que la refe rida libertad es en los países capitalistas, celosamente respeta da por el ordenamiento jurídico, fomentando con ello el acapara miento, es decir la tendencia material del ser humano por ateso rar, por nutrir su egoísmo (que se fundamenta en el anhelo de -- colmar sus necesidades, las que, paulatinamente, irán cambiando de contenido y extensión). Tal egoísmo es precisamente lo que - busca superar el marxismo-leninismo.

- (49) La importancia que revisten las limitaciones generales a - la libertad, se proyecta incluso dentro de la Teoría Gene ral del Estado. El célebre autor alemán, Hermann Heller, apunta: "El contenido dialéctico de la sociedad de clases fue el punto de partida de la ciencia sociológica, no sólo para Marx y Engels, sino para todos los grandes sociólogos de la primera mitad del Siglo XIX, para quienes también la contradicción entre libertad e igualdad, en sentido mate rial y en sentido formal, era el problema que latía en el fondo de la oposición entre Estado y Sociedad". Teoría -- del Estado. México. Fondo de Cultura Económica. 1971. Pág. 137.

El punto medio estará representado por la justicia social, que atemperará el egoísmo, para la realización del bien común, - antes que el individual, sin llegar a una anulación de la libertad; su limitación habrá de estar fundamentada en la justicia social, de tal manera que la libertad de opción entre dar o recibir se restringirá hasta el punto de permitir su realización sólo dentro de los postulados del interés social.

De esta forma, la consecución del bien individual será paralela y, en cierto modo, resultado de la realización del bien común.

Se entiende que el deber, como restricción preestablecida de la libertad-poder, es independiente de las limitaciones que con motivo de un hecho determinado y concreto, se imponen sobre la facultad de optar entre obrar o no obrar (que por su concepción está encuadrada dentro de la circunscripción que le impone la norma; recordemos que no se concibe a la libertad exterior y a la jurídica violando un deber, el cual es, en sí mismo, su límite de acción).

Tal es pues el planteamiento sobre las limitaciones generales a la libertad, así como su justificación, visto en conjunto como una necesidad para asegurar el logro de los fines del Derecho, sean cuales fueren los medios que se utilicen para ello, -- los que estarán condicionados en gran medida por las normas de cultura (y la ideología) del Estado que las establezca.

Es entonces cuando tenemos que llegar al análisis del proceso como garantía para que la referida limitación sea justa, lo que nos llevará al plano concreto de las limitaciones a la libertad personal en el procedimiento penal y, más concretamente aún, en el sistema positivo mexicano.

En resumen, se ha distinguido a la libertad genérica o natu

ral -abstracción de la libertad como poder de autodeterminación-, de la libertad exterior, que actúa dentro de las normas -de cultura; de la libertad interior, que se identifica con el libre albedrío; de la libertad jurídica, que se desenvuelve en el ámbito que le marca el orden jurídico (50) y hemos visto que -para nuestros fines, las limitaciones a la libertad personal actúan sólo sobre la libertad-poder, y no sobre la libertad exterior y la libertad jurídica, habiendo reunido a las tres dentro del concepto de libertad personal.

6. Las limitaciones a la libertad personal en el procedimiento penal. Las medidas cautelares de carácter personal.

El ordenamiento jurídico, producto del devenir histórico, -reconoce por experiencia que las limitaciones a la libertad personal se llevaban a cabo de una forma arbitraria, sin que el enjuiciamiento respectivo sirviera de medio de control y fuente de la restricción justa; de aquí nace el principio de legalidad y -de necesidad del proceso penal.

Hoy en día, el proceso es, en cierto aspecto, garantía de -la justa limitación a la libertad personal. Generalmente se entiende por proceso a la relación jurídica consistente en el conjunto de actos realizados por el Estado en ejercicio de la jurisdicción, las partes y los terceros ajenos a la relación substancial, con arreglo a ciertas formas de procedimiento y con el fin de dirimir una controversia mediante la aplicación de la ley general al caso concreto.

Las garantías procesales se han elevado a rango constitucional, para beneficio de aquellos que han resentido una forma de -limitación a la libertad, en virtud de un hecho considerado como ilícito por el orden jurídico. Inclusive, se ha regulado la manera en que esas limitaciones se lleven a cabo, al establecer de

(50) Por no estar dentro de la perspectiva de esta tesis, no --nos referimos a otras especies de libertad, tales como la social y las libertades políticas.

terminados requisitos que son indispensables y deben cubrirse -- con el objeto de garantizar la seguridad jurídica de todos los individuos, buscando en todo momento, eliminar la arbitrariedad y la injusticia.

En México, su Constitución Política establece claramente -- las garantías de referencia, tales como el derecho a ser oído en juicio; ser vencido en él como justificante de una resolución -- desfavorable; el derecho a no ser detenido sin que medie denuncia o querrela de un hecho calificado como delito por la ley penal, ni sin que exista la orden correspondiente girada por autoridad competente, etc.

Entretanto, pasaremos a ver dentro de qué concepto se enmarcan las formas limitativas de la libertad en el procedimiento penal.

En la Teoría General del Proceso se estudian las llamadas -- medidas provisionales, que son aquellas que se toman antes de -- que se declare la voluntad de la ley; se dan durante el proceso y su objeto es desvanecer el temor de un daño jurídico que fundamenta la necesidad (que por ello debe ser efectiva y real) de -- que se lleve a cabo.

Las medidas provisionales de seguridad, son una especie --- del género definido precedentemente. También son llamadas medidas de cautela o cautelares. Estas surgen cuando aún no se ha -- declarado la voluntad de la ley que garantice un bien o derecho tutelado por ella, y que habrán de impedir el aplazamiento del -- proceso durante el cual se presentan. Para Chiovenda (51), estas medidas "...son distintas según la diversa naturaleza del -- bien a que se aspira".

(51) Principios de Derecho Procesal Civil.

Madrid. Instituto Editorial Reus, S.A. s/f. Tomo I. Pág.

279.

Para el mismo autor, tales medidas se fundan en una acción autónoma (acción aseguradora), que no se toma como accesoría del derecho cautelado; al ser una acción provisional, estará sujeta a lo que se resuelva en la sentencia definitiva que se dicte en el proceso donde aquéllas se tomen.

Ahora bien, las medidas cautelares en el proceso civil son esencialmente distintas de las que se presentan en el procedimiento penal. En el primero, dichas medidas son "...las que autoriza la ley para que el titular de un derecho subjetivo asegure oportunamente su ejercicio cuando carece de un título ejecutivo mediante el cual pueda de inmediato obtener la ejecución judicial del mismo" (52). Mientras que, en el segundo, las medidas cautelares servirán para obtener los medios de prueba necesarios, con el fin de reconstruir los hechos que integrarán el objeto del proceso (53).

Para González Bustamante (54), dichas medidas se inspiran "...en el interés de que se llegue al conocimiento de la verdad, por medio de la investigación del delito y de las pruebas que se obtengan, que han de servir al juez para el esclarecimiento de los hechos y para decidir las relaciones jurídicas planteadas en el proceso".

Del pensamiento de Carnelutti (55) derivaremos que en el proceso penal, surgirá un proceso cautelar conservativo (para eliminar la defensa contra hechos que no van conforme al Derecho), que se funda en la prevención y que será dependiente del proceso jurisdiccional relativo.

- (52) PALLARES, Eduardo. Diccionario de Derecho Procesal Civil. México. Editorial Porrúa, S.A. 1973.  
 (53) FENECH, Miguel, citado por Sergio GARCIA RAMIREZ en Derecho Procesal Penal. México. Editorial Porrúa, S.A. 1983. Pág.  
 (54) Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. México. Editorial Porrúa, S.A. 1983. Pág. 109.  
 (55) Citado por Sergio GARCIA RAMIREZ. Op. cit. Pág. 466.



Sintetizando las aseveraciones anteriores, vemos cómo para cuidar la autodefensa o autotutela, se impone el proceso cautelar conservativo, que en materia procesal penal estará ligado al proceso jurisdiccional correspondiente, porque la composición de definitiva se pide mediante dicho proceso. El propósito que se busca a través de las medidas cautelares, propias del proceso cautelar en estudio, es asegurar la consecución de las finalidades del proceso penal.

Los fines del proceso penal son generales y específicos. -- Los primeros son mediatos: la defensa social; e inmediatos: la aplicación de la ley penal en el caso concreto. Por lo que se refiere a los específicos, se clasifican en tres y servirán para la consecución de los fines generales: el descubrimiento de la verdad verdadera, la individualización de la personalidad del justiciable (con el cometido de juzgar el hecho, deslindar responsabilidades, determinar su peligrosidad, definir la sanción, en su caso, y aplicar las medidas necesarias para la ejecución de la pena), y la investigación de la personalidad del delinciente durante la ejecución penal.

Es así como se definen y justifican las medidas cautelares, particularmente en el proceso penal; sin embargo, antes de pasar a analizar específicamente las formas de aquéllas, dejaremos asentada una aclaración pertinente.

Como se habrá podido observar, nos hemos referido al proceso como una relación jurídica, cuyos actos están condicionados por determinadas reglas de procedimiento. En este contexto, el procedimiento se encuadra como contenido del proceso, que resulta ser su continente. Sin embargo, en materia penal, el proceso propiamente dicho comienza con el auto de radicación y finaliza con la sentencia respectiva, por lo que hemos utilizado el término procedimiento como género, que abarca tanto a la averiguación previa como al proceso penal mismo.

Ahora bien, pudiera considerarse, utilizando la terminología procesal civil, que la averiguación previa constituye en sí misma los medios preparatorios del juicio. En el proceso penal no se admite esto, porque el juicio se da cuando se ha declarado cerrada la instrucción por el auto respectivo; el juicio en el proceso penal se integra por la formulación de conclusiones del Ministerio Público y de alegatos de la defensa, incluyendo dentro de esta etapa procesal a la sentencia.

Sin embargo, durante la averiguación previa se pueden dar ciertas medidas cautelares, como la detención administrativa o aprehensión, que la Constitución General de la República permite en su artículo 16 y está ampliada por los Códigos procesales respectivos (como el caso del aseguramiento de objetos relacionados con el delito). Incluso Carnelutti le llama a este período, procedimiento preliminar.

Es por todo lo anterior, que las medidas que resultan ser el objeto de nuestro estudio, las englobamos dentro del procedimiento genérico, abarcando con ello las que se llevan a cabo en Averiguación Previa y en el proceso, sin extenderse hasta la ejecución de las penas.

Ahora bien, Alcalá Zamora y Castillo (56) distingue --- "...que en contraste con el proceso civil, donde las medidas cautelares de mayor relieve son las referentes a los bienes, en el enjuiciamiento criminal destacan las relativas a las personas, - aun cuando en ambas se conozcan las de los dos sectores".

En efecto, tanto en el proceso civil como en el penal, existen medidas cautelares de carácter real y personal; sin embargo, en el primero abundan las de carácter real, sin excluir algunas de tipo personal, como el depósito de personas; en tanto que en

(56) Derecho Procesal Mexicano. Pág. 577. México. Editorial Porrúa, S. A. 1977.

el segundo, si bien hay medidas cautelares reales, como el aseguramiento de los objetos relacionados con el delito, son las personales las que destacan como características.

Serán entonces las medidas cautelares de carácter personal en el procedimiento penal mexicano, las que constituirán el objeto de estudio de esta tesis. Excluiremos entonces de nuestro -- análisis, aquellas limitaciones a la libertad que se dan como -- consecuencia de la ejecución de una sentencia penal; tales formas son la pena de prisión y las medidas de seguridad.

Distinguiremos también a la limitación genérica, de la restricción y la privación. Sobre este particular, González Bustamante (57) apunta que la restricción a la libertad no implica el aseguramiento de las personas, sino que su libertad se verá -- limitada hasta cierto punto, con el fin de asegurar la marcha -- del proceso, lo que ocurre verbigracia con el arraigo. Por lo -- que se refiere a la privación, el mismo autor asienta que ésta -- implica una total limitación a la libertad y se traduce en el -- aseguramiento personal.

Por otro lado, Colín Sánchez (58) justifica las limitaciones a la libertad personal con base en: a) razones procesales que "...aseguren la presencia del supuesto autor del ilícito penal ante el órgano jurisdiccional..."; b) razones de carácter -- preventivo, que no sancionador de las que el mismo autor (59) apunta: "Con la prisión preventiva se logra la custodia del que ha delinquido, pero únicamente por el tiempo indispensable para su procesamiento"; y c) razones sancionadoras, que encierran -- medidas de carácter preventivo cuando se refieren a las medidas de seguridad; pero también incluye la pena de prisión (60).

(57) Op. cit. pág. 110.

(58) Derecho Mexicano de Procedimientos Penales.  
México. Editorial Porrúa, S.A. 1981. pág. 174

(59) Idem. pág. 175.

(60) Ibidem. Loc. cit.

De esta forma, nuestro examen quedará enfocado a aquellas - medidas cautelares de carácter personal que tienen más relevancia y sean restrictivas (como por ejemplo, el arraigo) o privativas (como la detención y la prisión preventiva); su procedencia podrá ser administrativa, cuando la autoridad que la ejecute sea de esa índole, o judicial, con el mismo razonamiento.

Por lo que se refiere al arresto, éste tiene dos especies - distintas: las realizadas por la autoridad administrativa, de acuerdo con el artículo 21 Constitucional; y las ordenadas por la autoridad judicial, como medida de apremio o como corrección disciplinaria. Si bien el arresto constituye una forma limitativa de carácter privativo de la libertad, no es una medida cautelar, en el sentido de que su causa no es la misma; verbigracia: el artículo 21 Constitucional faculta a la autoridad administrativa para imponer arrestos en ocasión de la violación a los reglamentos de policía y buen gobierno; mientras que como medidas de apremio a cargo de la autoridad judicial, su finalidad es correctiva y no guarda una relación substancial con el proceso como lo tiene la prisión preventiva.

Sin embargo, haremos en un capítulo posterior, un breve análisis del arresto, como medida de apremio dentro del procedimiento penal, por ser en sí mismo, una forma limitativa de la libertad personal que se da dentro del proceso referido.

Para mejor comprensión, en adelante utilizaremos los vocablos libertad personal, como continente de la libertad-poder, de la libertad exterior y de la jurídica, que habrán de ser limitadas al coartar aquélla por la vía de las medidas cautelares y el arresto, en el procedimiento penal mexicano.

Las formas limitativas de la libertad personal en el procedimiento penal, que se manifiestan en las medidas cautelares y -

en el arresto, las aplica el Estado con motivo de la comisión de un acto que la ley califica como delito, en contra del presunto responsable, con el objeto de asegurar la consecución de los fines del proceso penal.

Dichas limitaciones inciden sobre la libertad personal (libertad-poder, exterior y jurídica) coartando la facultad de opción entre un obrar o no obrar lícito, sin menoscabo del goce de los derechos del justiciable. Aquí es cuando la naturaleza instrumental de la libertad personal adquiere una verdadera trascendencia; al coartarse el ejercicio de tal facultad, a través de una intromisión jurídica en la esfera de acción posible de la libertad personal, no por ello se perderá la titularidad de los derechos de quien sufra la limitación.

La importancia de este planteamiento se demuestra al derivar del razonamiento relativo, una protección procesal más eficaz de la dignidad humana, afirmando la vigencia de los derechos fundamentales del hombre.

Ahora bien, por lo que se refiere a las formas libertarias (tales como: la libertad previa, la libertad provisional tanto la caucional como la protestatoria y administrativa) éstas son, por el propio contenido de su naturaleza jurídica, formas restrictivas de la libertad personal que, procedimentalmente, se traducen en medidas cautelares de carácter personal.

De esta forma, podemos comprender que la variedad de medidas cautelares que operan durante toda la secuela del procedimiento penal mexicano, son especies diferenciables entre sí, por la índole de las prerrogativas que cada una de ellas presenta.

Es precisamente el contenido de los deberes y derechos que imponen y otorgan cada una de las medidas asegurativas, el que habrá de distinguirlas como formas limitativas, fueren restrictivas o bien privativas, de la libertad personal.

Se desprende de lo anterior, que a pesar de ser una acción accesoria a la principal, no por ello es, la asegurativa ó cautelar, una especie reductible a la acción fundamental. Por el contrario, la acción asegurativa es en sí el género a partir del cual van a surgir toda una gama de especies y subespecies.

Es así que en el desarrollo del presente trabajo, estudiemos tanto a las medidas privativas (aprehensión, detención y prisión preventiva) como a las restrictivas (arraigo, formas libertarias) dando mayor énfasis a las primeras por ser el presupuesto o el antecedente de las segundas.

De ahí que, en los próximos capítulos analicemos cada una de las referidas formas cautelares desde un punto de vista particularizado y técnico, buscando apegarnos en todo momento a la sistemática del Derecho Procesal Penal.

## CAPITULO II. LA APREHENSION

## 1. Fundamentos constitucionales.

La aprehensión, vocablo cuya raíz latina es prehensia, significa coger, asir, prender a una persona, se encuentra - por su propia semántica, colocada en el momento preciso en el - que se comete un delito y que puede coexistir con la flagrancia, o bien en los casos urgentes en que la autoridad administrativa puede aprehender a un individuo.

De lo anterior se desprende que es el Artículo 16 de la - Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el que - marca las directrices fundamentales que regirán a la aprehensión.

El referido precepto dice en su parte relativa: "Artículo 16. Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento. No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención a no ser por la autoridad judicial, sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración bajo protesta de persona digna de fé o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculcado, hecha excepción de los casos de flagrante delito, en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices poniéndolos sin demora a la disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes, cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial, y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa bajo



su más estricta responsabilidad, decretar de la detención de - un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial..."

De la transcripción anterior se puede comprender que la - aprehensión es un verdadero caso de excepción para limitar la libertad individual sin los requisitos que el Artículo 16 señala. Dentro de la teoría constitucional, es solo la propia - Constitución la que puede establecer las excepciones a sus preceptos, de ahí que estén plenamente legitimados aquellos casos que nos ocupan.

La aprehensión puede realizarse por cualquier persona en - el caso de delito infraganti, y sólo por la autoridad administrativa cuando exista notoria urgencia, al no haber en el lugar ninguna autoridad judicial que competentemente pudiera librar la orden de detención, tratándose de delitos que se persiguen de oficio.

#### I.I. Formación Constitucional.

Ahora bien, veamos cual fue el origen Constitucional de los casos de excepción que configuran la aprehensión.

I.II. En el Constituyente de 1856-1857, la comisión de Constitución presentó su proyecto, como el Artículo 50. que sería el 16 de la Constitución, y en el que se establecía el caso de la flagrancia como una situación de excepción en relación con lo preceptuado en el mismo artículo.

La comisión fue integrada por los diputados Ponciano Arriaga, Mariano Yáñez, León Guzmán, Pedro Escudero y Echanove, J. M. del Castillo Velazco, José M. Cortés y Esparza y José Ma. - Mata.

El Artículo 50. decía así: "Artículo 50. Todos los habitantes de la República, así en sus personas y familias como en su domicilio, papeles y posesiones, están a cubierto de todo atropellamiento, examen o cateo, embargo o secuestro de cualquier persona o cosa, excepto en los casos prefijados por las leyes y con la indispensable condición de que se proceda racionalmente y de que la autoridad competente exprese en su mandato escrito la causa probable del procedimiento, sostenida por la afirmación al menos de un testigo, y señale y describa el lugar que debe ser registrado o la cosa o persona que debe ser secuestrada. En el caso de delito infraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata" (61) (SIC)

El debate correspondiente al artículo precedente se dió el 15 de julio de 1856 y lo inició el diputado Don Francisco Zarco; empezó por criticar la expresión "se proceda racionalmente" por considerarla vaga e imprecisa y posibilita la arbitrariedad. Más adelante dice no estar de acuerdo con aquello de la "afirmación al menos de un testigo", pues advirtió que no todos los delitos son cometidos en presencia de testigos, por lo cual considera a este requisito, como un obstáculo para la administración de justicia al permitir los delitos realizados sin testigos, dejando con ello impunes a sus autores.

Contesta el Diputado Olvera, quién observa que, proceder racionalmente es no hacerlo brutalmente; en tal sentido, la intención de la comisión ha sido evitar las arbitrariedades que suelen cometerse al realizarse las aprehensiones. Por otra parte, niega la impunidad por cuanto a que la comisión ha querido que haya un denunciante, como requisito para que procedan los jueces, evitando con ello que obren de oficio.

(61) ZARCO, Francisco. Historia del Congreso Constituyente. Tomo I. pág. 468. México. Imprenta de Ignacio Cumplido. 1857.

Por su parte, el Dip. Villalobos, asienta que los artículos del proyecto, establecen mas bien garantías que derechos y reglas "que vendrían mejor en el Código de procedimientos" - (62). y propone que se refiera el dictamen con el fin de perfeccionarlo.

El Dip. Arriaga, concuerda con la última parte del discurso del Sr. Villalobos, y sostiene que con el objeto de proteger la seguridad individual, la abundancia de palabras no es redundante, sino que favorece la claridad al evitar "violentas interpretaciones" (63). Por lo que ve a la palabra racionalmente, la opone a brutalmente, buscando evitar los atropellos que, en México, se cometen en ocasión de las aprehensiones. Para terminar, afirma que el requisito de la afirmación de un testigo, "no se refiere a una declaración en forma como se pide en el foro, sino a la designación, al simple aviso" - (64).

Después, el Dip. Olvera apunta que la prisión realizada - por la imputación de un testigo, no tendrá el carácter de pena sino de detención.

Para cerrar la sesión, el Dip. Mata dice que "obrar racionalmente es el modo del procedimiento, y la afirmación de un testigo, el requisito para proceder" (65). Añade que la parte que habla de delitos infraganti, está bien situada en la redacción por ser la excepción a la regla general.

Coincide con el Sr. Arriaga al afirmar que la abundancia de palabras afianza los derechos de los ciudadanos. Al referirse a los delitos infraganti, discrepa del Sr. Ortega, quien -

- (62) Idem. pág. 699
- (63) Loc. cit. pág. 699
- (64) Idem. pág. 700
- (65) Ibidem. pág. 701

ya había propuesto la colocación de este tema dentro de las -  
prevenciones generales, por la excepción a la regla.

En la sesión del 16 de julio de 1856, se continuó la discusión sobre el mismo artículo, siendo el Sr. Zarco quien insistió en su punto de vista al señalar que la discrepancia entre los autores del precepto, es razón suficiente para que se estudie mejor por los miembros de la comisión.

Al respecto, apunta que no es lo mismo testigo que denunciante al tener como mira el evitar la actuación de oficio de un juez. Propone una mayor claridad en el uso de la terminología al atacar las faltas de redacción, que tergiversan la sana intención de la comisión y la hacen obscura para el entendimiento general. Por otra parte, mantiene su postura en que el requisito de la afirmación de un testigo favorece la impunidad, y agrega que la activa y eficaz persecución del delincuente y el pronto castigo del crimen, es lo que más ayuda a afirmar las garantías individuales. Apunta también que la detención preventiva no es deshonrosa sino que es en realidad un sacrificio consentido por todos, con el fin de propiciar la buena administración de justicia. En su concepto, el término de la detención basta para eliminar la necesidad de la afirmación de un testigo.

Finalmente, Zarco propone que se retire el artículo para esclarecer mejor sus conceptos.

Así, el Dip. Arriaga pide permiso para retirar el artículo, con lo cual están de acuerdo los demás integrantes de la comisión. De esta forma, no es sino hasta el 18 de noviembre de 1856 cuando se presenta el artículo 5o. reformado que preceptúa "Artículo 5o. Nadie puede ser molestado en su persona, familia o domicilio, papeles y posesiones sino en virtud de -

mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento. En el caso de delito infraganti, toda persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata (66).

En esta forma, el citado artículo fue aprobado en la sesión del 20 de noviembre de 1856, sin discusión por 78 votos contra 1; aparecería finalmente como el artículo 16 de la Constitución de 1857.

1.1.2. Por lo que se refiere al Congreso Constituyente de 1916-1917, en la sesión del 6 de diciembre de 1916, se presentó el proyecto de Constitución del Primer Jefe, Venustiano Carranza, en cuyo articulado aparece el Artículo 16 que a la letra decía en su parte relativa: "Artículo 16. No podrán librarse órdenes de arresto contra una persona sino por la autoridad judicial y siempre que se haya presentado acusación en su contra por un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal o alternativa de pecuniaria y corporal y que esté, además, apoyada por declaración bajo protesta de persona digna de fé por otros datos que hagan probable su responsabilidad hecha excepción de los casos de flagrante delito, en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata.

"Solamente en casos urgentes podrá la autoridad administrativa decretar, bajo su más estrecha responsabilidad, la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial" (67).

(66) ZARCO, Francisco, Op. cit. Tomo II, pág. 561

(67) Diario de los Debates del Congreso Constituyente. Tomo I, pág. 505. México. Ediciones de la Comisión Nacional para la celebración del sequeicentenario de la Proclamación de la Independencia Nacional y del Cincuentenario de la Revolución Mexicana. 1960.

En la sesión del 20 de diciembre de 1916, se leyó el artículo 16 del proyecto reformado por la <sup>18</sup>Comisión de Constitución, la que estuvo integrada por los diputados Francisco J. Mújica, Enrique Recio, Enrique Colunga, Alberto Román y L.G. Monzón.

El proyecto de referencia decía: "nadie podrá ser aprehendido sino por orden escrita, motivada y fundada de la autoridad judicial. No podrá expedirse ninguna orden de aprehensión sin que proceda acusación por un hecho determinado - que la ley castigue con pena corporal y sin que esté apoyada aquélla por otros datos que hagan probable la responsabilidad. "En el caso de flagrante delito, cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a disposición de la autoridad inmediata" (68).

Posteriormente en la sesión del 23 de diciembre, la Comisión justificó las reformas al proyecto del Primer Jefe, en los siguientes términos: la orden de arresto debe ser escrita, expresándose el motivo que la originó, así como el fundamento legal en que se apoye, cuando la pena es alternativa de pecuniaria o corporal no se debe autorizar la detención; - suprime la facultad de aprehensión para la autoridad administrativa por considerarla propicia a abusos y atropellamientos aún en los casos de notoria urgencia.

Iniciado el debate, Alvarez pregunta si aprehensión y - arresto son sinónimos y termina proponiendo que la orden sea librada por juez competente. Recio le aclara que no se habla de aprehensiones administrativas, sino aquéllas que dicta la autoridad judicial. De la Barrera señala que no puede haber arresto sin aprehensión y considera justa la supresión de los casos urgentes. Jara apuntó la necesidad de con

servar el supuesto de urgencia en base a la necesidad de evitar la fuga del delincuente cuando no haya autoridad judicial competente en el lugar de que se trate. Mújica le replicó - que en la flagrancia se incluyen los casos urgentes y añadió que ampliar éstos, llevaría a cometer abusos. Jara complementó su observación anterior al asegurar que los abusos son prevenidos con la disposición relativa a la responsabilidad de la autoridad administrativa la que, además, deberá poner al acusado bajo el fuero judicial inmediatamente, Mújica - sostuvo su criterio al decir que no era recomendable quitarle a la autoridad judicial la facultad de aprehender de oficio, para traspasársela a la administrativa. Deduce de esto que no se corrigen los abusos y sólo se cambia de autoridad; añadió que no hay caso más urgente que el de delito infraganti y que al facultar a toda persona para realizar la aprehensión se incluye por mayoría de razón, a los agentes de la autoridad. López Lira advirtió de los peligros de dar a la autoridad administrativa la facultad de aprehender. El mismo Jara y el Dip. Dávalos expusieron casos prácticos que ponen de manifiesto la necesidad de que la autoridad administrativa aprehenda a un individuo.

Después de seguir el debate en lo referente a la segunda parte del artículo, es decir a las órdenes de cateo y a las visitas domiciliarias, Mújica propuso retirar el dictamen y presentar otro, lo cual le fue autorizado a la comisión.

En la sesión del 27 de diciembre de 1916, se presentó el segundo dictamen de la Comisión, sobre el artículo 16, que - en su parte conducente se sustituyó la palabra "aprehendido" por la palabra "arrestado" al considerarse a ésta más específica; y siguiendo el parecer de la Asamblea se facultó a la autoridad administrativa para verificar aprehensiones en casos urgentes, concretando tal atribución en la primera autoridad municipal del lugar. De esta forma el dictamen fue - puesto a discusión en la sesión del 2 de enero de 1917.

Pastran Jaimes abrió el debate admitiendo que el precepto no defendía como correspondía a la libertad, lo que sí hacía en relación con la propiedad. Colunga replicó al preopinante y en el sentido de identificar los términos arresto y detención y dada la urgencia, era imperativo no pedir muchos requisitos para realizar aquél. Espinoza por su parte, difiere con Colunga al distinguir entre detención, lo cual tiene una duración de hasta 72 horas, y arresto, el cual puede prolongarse en función de la falta, que sea menor o mayor. Más adelante, Mercado propuso que se diferenciara entre denunciado y acusado; dijo que jurídicamente arresto y detención, aprehensión, son distintos. Por lo que sugirió que se sustituyera aquella por esta última sentando en el precepto la frase autoridad judicial competente; añadió que en el supuesto de flagrancia se pusiera al aprehendido a disposición de la autoridad inmediata, sin especificar cual.

Después de otras discusiones sobre las visitas domiciliarias y el cateo, se reprobó el dictamen por 68 votos contra 56 autorizando a la comisión para que presentara uno nuevo.

No fue sino hasta el 11 de enero de 1917 cuando se presentó el tercer dictamen de la Comisión, y tras un enredado debate, se citó a los abogados de la Asamblea para discutir lo que se consideró como un elemento técnico. Se propuso entonces, conservar el encabezado de la Constitución de 1857, sugiriendo que la facultad para aprehender atribuida a la autoridad administrativa estuviera en función de que no hubiera autoridad judicial.

En la sesión del 13 de enero de 1917, se presentó el dictamen de la Comisión para su discusión, sin que la hubiera; y procediéndose a la votación, fue aprobado por 147 votos de la afirmativa contra 12 de la negativa.



Así, la formación constitucional del artículo 16 en su parte referente a los supuestos de excepción para limitar la libertad personal nos habrá de servir para entender con la profundidad debida el análisis que en este capítulo hacemos de la aprehensión.

Si bien en el artículo 16 Constitucional se utilizan como sinónimos aprehensión y detención, nosotros habremos de distinguirlos para efectos procedimentales en material penal, y como se habrá notado, existía la inquietud entre algunos Diputados constituyentes de diferenciarlas no sólo entre ellas sino también en el arresto y la prisión preventiva. Un estudio pormenorizado sobre este particular lo realizaremos cuando nos ocupemos de la naturaleza jurídica de la aprehensión, la detención, el arresto y la prisión preventiva en sus apartados correspondientes.

1.1.2 Las garantías individuales en los casos de excepción estipulados en el Artículo 16 Constitucional para verificar aprehensiones.

El Artículo 16 Constitucional es uno de los más importantes debido a que no solo consagra la garantía de legalidad y de seguridad jurídica, sino que sus alcances permiten controlar constitucionalmente todo el ordenamiento jurídico en México.

La segunda parte del mismo precepto, es decir, lo que dice: "No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención a no ser por la autoridad judicial, sin que proceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, bajo protesta de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado, hecha excepción de los casos de flagrante de-

lito, en que cualquier persona puede aprehender al delincuente y a sus cómplices, poniéndolos sin demora a la disposición de la autoridad inmediata. Solamente en casos urgentes cuando no haya en el lugar ninguna autoridad judicial y tratándose de delitos que se persiguen de oficio, podrá la autoridad administrativa, bajo su más estrecha responsabilidad, decretar la detención de un acusado, poniéndolo inmediatamente a disposición de la autoridad judicial". La dividiremos a su vez en dos secciones; la primera que se refiere a la orden de aprehensión y que analizaremos en el capítulo siguiente de este trabajo; y la segunda que preceptúa los casos de excepción a la primera.

Será sobre la que llamaremos, segunda sección de la segunda parte del Artículo 16 Constitucional sobre la que enfocaremos nuestra atención en el presente capítulo.

De la sección que nos ocupa, se presentan los siguientes requisitos para verificar una aprehensión.

PRIMER CASO DE FLAGRANCIA:

- a) Que se trate de flagrante delito;
- b) La aprehensión puede ser realizada por cualquier persona (inclusive la autoridad), y
- c) El delincuente y sus cómplices, en su caso, deben ser puestos sin demora ante la autoridad inmediata.

SEGUNDO CASO. URGENCIA:

- 1) La urgencia recae sobre la falta de autoridad judicial en el lugar de los hechos.
- 2) Como otro requisito de procedibilidad, el delito debe ser de aquéllos que se persiguen de oficio.
- 3) Se faculta a la autoridad administrativa a falta de la judicial, realizar la aprehensión bajo su más estrecha responsabilidad.

4) Deberá poner al aprehendido a disposición de la autoridad judicial en una forma inmediata. Aquí nos remitiremos al Artículo 107, Fracción XVIII, párrafo 3o. de la Constitución - que señala: "También será consignado a la autoridad o agente de ella, el que realizada una aprehensión no pusiere al detenido a disposición de su juez dentro de las veinticuatro horas - siguientes".

El análisis de los casos planteados y sus requisitos lo efectuaremos en los apartados 3 y 4 del presente capítulo para estudiarlos después de ver sus bases legales.

Por el momento añadiremos que el exacto cumplimiento de los supuestos planteados deberá efectuarse con el fin de salvaguardar las garantías individuales de seguridad jurídica y de legalidad que confiere el Artículo 16 Constitucional. Aún cuando por ser casos de excepción, los requisitos para su realización son menores que los que deben de colmarse para la regla general, los pocos que son deben observarse a la letra.

## 2. Bases legales.

### 2.1. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

En este ordenamiento, la regulación de la aprehensión por flagrancia y por notoria urgencia, se encuentra dentro del Título Primero (Diligencias de policía judicial e instrucción) - Sección Segunda, Capítulo I (iniciación del procedimiento) y - son los artículos 266, 267 y 268, principalmente los que precisan el mandamiento constitucional.

"Artículo 266. El Ministerio Público y la Policía Judicial del Distrito y Territorios Federales están obligados sin esperar a tener orden judicial, a proceder a la detención de -

los responsables de un delito:

I.- En caso de flagrante delito; y

II.- En caso de notoria urgencia cuando no haya en el lugar autoridad judicial.

El precepto transcrito establece el deber que en el artículo 16 Constitucional es poder aprehender a cualquier individuo, sólo en los casos que el mismo artículo enumera y que son los casos de excepción del Art. 16 referido.

En el Art. 267, se puntualiza la Fracción I del 266:

"Artículo 267.- Se entiende que el delincuente es aprehendido en flagrante delito: no sólo cuando es arrestado en el momento de estarlo cometiendo, sino también cuando después de ejecutado el acto delictivo, el delincuente es materialmente perseguido".

El Artículo precedente precisa lo que por flagrancia se entiende. Sin embargo la doctrina ha señalado que tal precepto engloba la cuasi-flagrancia cuando se refiere a la persecución material del delincuente. Sobre esto hablaremos en el siguiente apartado.

El Artículo 268 estipula: "Se entiende que no hay autoridad judicial en el lugar y existe notoria urgencia para la aprehensión del delincuente; cuando por la hora o por la distancia del lugar en que se practica la detención, no hay ninguna autoridad judicial que pueda expedir la orden correspondiente y existen serios temores de que el responsable se sustraiga a la acción de la justicia".

- 1) Por la hora
- 2) Por la distancia.

Resulta imposible conseguir una orden de detención librada por autoridad judicial competente.

La urgencia se apoya en que:

3) existan serios temores de que el responsable se sustraiga a la acción de la justicia.

Tales requisitos se pueden encontrar en los razonamientos que el Dip. Heriberto Jara Expuso al debatir en el Congreso Constituyente de 1916-1917, el Artículo 16 Constitucional.

Como complemento al Art. 266 están el 269 y 270.

El Art. 269, en su parte primera dice "cuando el presunto responsable fuere aprehendido, se hará constar la hora en que lo haya sido y se recibirá su declaración".

Mientras que el Art. 270 señala: "Antes de trasladar al presunto reo a la cárcel preventiva, se le tomarán sus generales y se le identificará debidamente, haciéndole saber el derecho que tiene para nombrar defensor. Este podrá, previa la protesta otorgada ante los funcionarios del Ministerio Público o de la policía que intervenga, entrar al desempeño de su cometido".

Los últimos dos artículos, establecen ciertas formas que los funcionarios del Ministerio Público y de la Policía Judicial deberán acatar para la seguridad del presunto responsable.

Sobre el particular, el Art. 134 bis, establece ciertas medidas tendientes a evitar los abusos, la incomunicación y en general la confusión de la aprehensión administrativa con

la prisión, rodeando al individuo del derecho correlativo al nombrar un abogado; el usar la vía telefónica con quién lo es time conveniente, al no estar enrejado, y del deber que esto supone para el Ministerio Público.

Tales son pues, los fundamentos legales primordiales que norman la aprehensión en el Distrito Federal y que habremos de criticar en el apartado relativo en este capítulo.

## 2.2. Código Federal de Procedimientos Penales.

Este ordenamiento contiene en su Título Quinto (disposiciones comunes a la averiguación previa y a la instrucción) - Capítulo IV (Aseguramiento del inculcado) a los Artículos 193 y 194 que norman la actuación del Ministerio Público Federal y de la Policía Judicial Federal en la verificación de la aprehensión.

El Art. 193 dice así: "Los funcionarios que practiquen diligencias de policía judicial están obligados a proceder a la detención de los que aparezcan responsables de un delito, de los que se persiguen de oficio, sin necesidad de orden judicial.

I.- En caso de flagrante delito;

II.- En caso de notoria urgencia, por existir temor fundado de que el inculcado trate de ocultarse o de eludir la acción de la justicia cuando no haya autoridad en el lugar".

En el ordenamiento federal, la urgencia se define en la fracción II del Artículo anterior, en tanto que la flagrancia es explicada en el Art. 194 que al tenor dice: "Para los efectos de la fracción I del artículo anterior, se entiende que el delincuente es aprehendido en flagrante delito no sólo cuando es detenido en el momento de estarlo cometiendo, sino cuando, después de ejecutado el hecho delictuoso, el inculpa-

do es perseguido materialmente, o cuando en el momento de haberlo cometido, alguien lo señala como responsable del mismo delito, y se encuentra en su poder el objeto del mismo, el -- instrumento con que aparezca cometido o huellas o indicios -- que hagan presumir fundamentalmente su culpabilidad.

A partir del artículo precedente, es obvio que éste incluye a las consideraciones de flagrancia y cuasiflagrancia; en cuanto a la presunción de flagrancia ésta no se contempla por el Art. 267 del C.P.P.D.F.,

En el C.F.P.P. no hay prohibiciones semejantes al ----- C.P.P.D.F. en lo que se refiere a las características de los lugares de reclusión de los aprehendidos.

En base a los fundamentos legales tanto en la legislación del Distrito como en la Federal, podemos afirmar que es pobre la regulación que se hace de la aprehensión, lo que confrontado con la realidad da pie a tergiversaciones, entuertos y abusos. Por otra parte, también es cierto que una normación --- excesiva en los casos de flagrancia y de notoria urgencia obstaculizaría la eficaz persecución de los delitos y de sus autores, propiciando la tan temida impunidad a la que se refería Francisco Zarco en el Constituyente de 1856-1857.

En el ya mencionado apartado 5o. del presente capítulo, - haremos un análisis crítico del de carácter expositivo que -- en esta parte hemos hecho.

Por otra parte, el mismo C.F.P.P. contiene otros preceptos de importancia, incluidos en el título segundo (Averiguación Previa), Capítulo VI (Reglas especiales para la práctica de diligencias y levantamiento de actas de policía judicial), de donde destaca primeramente el Art. 128, siendo también importantes los Artículos 123 y 126, no obstante empezaremos -- por orden numérico:

"Artículo 123.- Inmediatamente que el Ministerio Público Federal o los funcionarios encargados de practicar diligencias de Policía Judicial tengan conocimiento de la probable existencia de un delito que deba perseguirse de oficio, dictarán todas las medidas y providencias necesarias para proporcionar seguridad y auxilio a las víctimas; impedir que se pierdan, destruyan o alteren las huellas o vestigios del hecho delictuoso, los instrumentos o cosas, objeto o efectos del mismo, saber qué personas fueron testigos, evitar que el delito se siga cometiendo y en general, impedir que se dificulte la averiguación, procediendo a la aprehensión de los responsables en los casos de flagrante delito.

"Lo mismo se hará tratándose de delitos que solamente puedan perseguirse por querrela, si ésta ha sido formulada".

El precepto transcrito, contiene dos tipos de medidas cautelares reales, éstas se enfocan sobre el aseguramiento de los objetos e instrumentos relacionados con el delito; y por lo que ve a la medida cautelar personal, ésta es expresa cuando la disposición dispone que se "aprehenda" al presunto responsable, lo cual está en función de que se trate de delito infraganti.

Este artículo preceptúa el caso en que el M.P. tenga primero conocimiento de la comisión de un delito y proceda posteriormente a la aprehensión de los presuntos responsables, por lo que al referirse al delito infraganti, es evidente que se tratará de cuasiflagrancia o de presunción de flagrancia, dado el momento cronológico en el que se dispone tal medida cautelar.

Ahora bien, el último párrafo del artículo en cuestión, no contradice al Art. 16 Constitucional, pues tratándose de -



casos de notoria urgencia en que sólo se puede proceder cuando el delito sea perseguible de oficio.

"Art. 126.- Cuando una autoridad distinta del Ministerio Público practique diligencias de policía judicial, remitirá a éste dentro de tres días de haberlas iniciado, el acta o actas levantadas y todo lo que con ellas se relacione. Si hubiere detenidos la remisión se hará dentro de las veinticuatro horas siguientes a la detención".

El artículo anterior presupone que en la comisión de un delito, el M.P. tenga noticia del mismo cuando reciba a aquellos que fueron capturados por otra autoridad.

Esto representa, como más adelante veremos, una captura, antecedente a la aprehensión -stricto sensu-, como hecho preventivo y no como medida cautelar personal, ya que ésta se debe dictar en forma, sólo por el M.P. iniciado o iniciando el procedimiento. (Art. 128, párrafos primero y segundo C.F.P.-P.).

Otro aspecto relevante del precepto que comentamos es que si bien se refiere a la captura de un presunto responsable por la comisión de un delito, no especifica si aquélla se ha hecho ante un delito infraganti, o bien por notoria urgencia.

Esto último nos remitirá para su correcta regulación a los presupuestos del Artículo 16 C. en tratándose de notoria urgencia, no obstante, por el texto del mismo precepto, tendremos que relacionarlo con otros artículos como el Art. 123, cuando aquellas autoridades, otras del M.P., practiquen diligencias de policía judicial, en cuyo caso la aprehensión está condicionada a la flagrancia; y con el 193 que obliga a dichos funcionarios a actuar también en casos de notoria urgencia.

Se desprende de lo anterior que todas las autoridades, -  
 otras del M.P., están facultadas a partir del texto constitu-  
 cional, a practicar diligencias de policía judicial, lo cual  
 es regulado por los artículos que hemos relacionado.

Por lo que se refiere al término en que debe remitirse al  
 indiciado al M.P. de 24 horas, no es el mismo supuesto del -  
 Art. 107, Frac. XVIII, penúltimo párrafo. (Pues éste hace -  
 referencia a la remisión al Poder Judicial).

"Art. 128.- Los funcionarios que practiquen diligencias  
 de policía judicial determinarán, en cada caso, qué personas  
 quedarán en calidad de detenidas y en qué lugar, haciéndolo -  
 constar en el acta respectiva.

"Si esta determinación no procede del Ministerio Público -  
 Federal, se le informará de inmediato para que tome conocimien-  
 to de los hechos y resuelva lo que legalmente corres-  
 ponda. En todo caso, se mantendrá separados a los hombres y  
 a las mujeres en los lugares de detención.

"Desde el momento en que se determine la detención, el Mi-  
 nisterio Público hará saber al detenido la imputación que se  
 le hace y el derecho que tiene para designar persona que lo -  
 defienda, dejando constancia de esta notificación en las ac-  
 tuaciones. El Ministerio Público recibirá las pruebas que el  
 detenido o su defensor oportunamente aporten dentro de la ave-  
 riguación previa y para los fines de ésta, que se tomarán en  
 cuenta como legalmente corresponda, en el acto de consignación  
 o de liberación del detenido en su caso. Cuando no sea posi-  
 ble el pleno desahogo de pruebas de la defensa, se reservarán  
 los derechos de ésta para ofrecerlas ante la autoridad judi-  
 cial, y el Ministerio Público hará la consignación si están -  
 satisfechos los requisitos para el ejercicio de la acción."

De la transcripción que antecede se deduce que la aprehensión realizada por otra autoridad (incluida la policía judicial) que no sea el M.P., es la captura, es decir, un hecho preventivo que, procedimentalmente, no es propiamente una medida cautelar personal, hasta en tanto aquélla no sea homologada por el M.P., en su caso, según se desprende del segundo párrafo.

Ahora bien, la captura debe ser formalizada en acta levantada al efecto, la cual podrá ser confirmada por el M.P.. Es to revela la necesidad de que la aprehensión (sea captura o aprehensión en sentido estricto) se vea formalizada en actuaciones procedimentales específicas en las que se asiente debidamente la determinación relativa.

El tercer párrafo del artículo que nos ocupa, se relaciona con el artículo 267 del C.P.P.D.F. con respecto al derecho que tiene el indiciado por nombrar defensor, sin embargo, se diferencia de éste, en que en la legislación federal se establece todo un procedimiento el cual revela al Ministerio Público Federal como un "verdadero instructor" (69), en tanto actúe como autoridad durante la fase de averiguación previa.

La naturaleza de la averiguación previa, como una fase esencialmente instructora, revela las relaciones jurídicas que en la misma se establecen, por lo que la aprehensión, en sentido estricto, es la medida cautelar personal propia de este período.

(69) Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto. Derecho Procesal Mexicano. Tomo II, pág. 529. México. Editorial Porrúa, S.A. 1977.

### 3. La flagrancia y la detención por cualquier persona.

Como respuesta al clamor público por reprimir la delincuencia y asegurar la eficaz persecución de los delitos, el Art. 16 Constitucional establece desde 1857, refrendado en 1917 la posibilidad por aprehender a un delincuente en el momento mismo en que comete delito (flagrancia).

La flagrancia ha sido un tema que ha suscitado muchas controversias sobre todo en lo que se refiere a la cuasi-flagrancia y la flagrancia presuntiva.

La palabra flagrancia viene del verbo flagrar, por lo que autores como Julio Acero y Rivera Silva, se refieren al delito flagrante en una forma metafórica para su mejor comprensión, cuando se refieren al delito resplandeciente, flameante (70) (71).

Generalmente se entiende por delito flagrante aquél que está siendo ejecutado ante uno o varios observadores, ajenos a su comisión. Por tal motivo, el elemento "tiempo" tiene una trascendental importancia para el tema, ya que el hecho de aprehender infraganti a un presunto responsable por la comisión de un delito, es concomitante con el momento en que éste se ejecuta.

Tal es la razón por la que juristas como González Bustamante, forman la opinión doctrinal del Derecho Penal, en el sentido de que los delitos se clasifican en flagrantes, cuasi flagrantes y flagrantes presuntivos, de acuerdo con el momento de su realización (72).

(70) Acero, Julio, Op. cit. pág. 130

(71) Rivera Silva, Manuel, Ob.cit. pág. 145

(72) González Bustamante. Ob.cit. pág. 117

Por lo que se refiere a la cuasiflagrancia, ésta está -- contemplada en los Artículos 267 del C.P.P.D.F. y 194 del C. F.P.P. que vimos en otra oportunidad. Como pudimos observar en aquella ocasión, la cuasiflagrancia es incluida conceptualmente dentro de la flagrancia, en ambos artículos.

Es la doctrina la que distingue a la cuasiflagrancia, González Bustamante apunta: "El delito cuasiflagrante es aquél en que el agente del delito, después de haberlo cometido, huye y es perseguido materialmente, siempre que la persecución durare y no se suspendiere mientras el responsable no se ponga fuera del inmediato alcance de los que lo persiguen" (73).

Por lo que toca a la duración de la persecución, Rivera - Silva es de la opinión de que se "está dentro de la cuasiflagrancia..., en tanto que no cesa la persecución, independientemente del tiempo. Si por cualquier razón se suspende la - persecución, ya no se está en la hipótesis prevista en la - ley " (74).

Entra entonces el análisis de flagrancia presuntiva, la - que solo se encuentra dentro de la distinción hecha por la - doctrina, pues el Art. 194 del C.F.P.P. la absorbe dentro del concepto de flagrancia.

La flagrancia presuntiva se da "...cuando en el momento - de haber cometido el delito, alguien señala al inculpado como responsable del mismo, y se encuentra en su poder el objeto, instrumento o huellas o indicios que hagan presumir fundadamente su culpabilidad" (75).

Sin embargo, autores como Rivera Silva encuadran este úl-

(73) Idem. pág. 118.

(74) Rivera Silva, Manuel. Op. cit. pág. 147.

(75) Arilla Baz, Fernando. Op. cit. págs. 70-71.

timo supuesto dentro de la cuasi-flagrancia y le llama fla---grancia de la prueba (76) García Ramírez le llama empero, -presunción de flagrancia (77).

Podremos decir que cuasi-flagrancia es aquél momento inmediato posterior a la flagrancia y que es activado por la persecución material del delincuente, con independencia de la -consumación del delito: El tiempo no será relevante para la persecución, pero sí la materialidad de ésta, que puede traducirse en pistas, indicios, sin cuya existencia se extingue -por falta de sustentación, la persecución misma y con ella la cuasi-flagrancia.

La presunción de flagrancia es aquella que se induce o se infiere a partir de la flagrancia de la prueba que por estar en poder de cierto individuo, quien ha sido señalado como el autor de un delito previamente cometido, lleva a presumir su responsabilidad.

Vemos pues, como la flagrancia es una excepción constitucional a la regla general del mismo rango, para efectuar una-aprehensión sin orden judicial previa.

En cuanto a que cualquier persona puede realizar la aprehensión Arilla Bas sostiene que tal acto es "...facultativo -para el particular y obligatorio para la autoridad o sus agentes" (78). El Dip. constituyente Mújica señaló en el debate relativo que de la consideración citada por mayoría de razón se incluya a los agentes de la autoridad.

Esa obligación recae como vimos ya, en el deber que los -

(76) Rivera Silva, Manuel. Op. cit. pág. 147.

(77) García Ramírez, Sergio. Op. cit. pág. 468

(78) Op. cit. pág. 71

Artículos 266 del C.P.P.D.F. y 193 del C.F.P.P. imponen a los elementos de la Policía Judicial y los agentes del Ministerio Público, para detener a un presunto responsable en caso de flagrancia.

Aquí cabe la siguiente pregunta: ¿En el caso de la flagrancia presuntiva, es deber para la policía judicial o para los agentes del Ministerio Público del Distrito Federal, aprehender al sujeto presuntamente responsable?

Contestaremos que no ya que el Art. 267 del C.P.P.D.F. no contempla la presunción de flagrancia al desarrollar la fracción I del Art. 266 que les impone el deber ya referido, si en cambio la puede ejecutar bajo la consideración constitucional sobre "cualquier persona".

Por otra parte, tal laguna puede ser colmada también por la autoridad federal, ya que si bien el Art. 194 del C.F.P.P. establece el deber de la misma para perseguir los delitos en caso de flagrancia incluyendo dentro de este concepto a la -- flagrancia presuntiva, no habría incompetencia de su parte si actuara al abrigo de la consideración constitucional en lo referente a que la aprehensión puede ser realizada por cualquier persona.

También es cierto que la amplitud de dicha hipótesis posibilita a cualquier individuo con independencia de cualquier situación jurídica en la que se encuentre. Sin embargo, la realidad demuestra que los particulares raras veces aprehenden a un delincuente.

Resulta pues, que las autoridades del fuero común en el Distrito Federal, deben aprehender a un presunto responsable en los casos de flagrancia y cuasi-flagrancia en base a los

artículos 266 y 267 del C.P.P.D.F. y para el caso de la flagrancia presuntiva puede, sin que deba, ejecutar la aprehensión, con fundamento en el supuesto del Art. 16 Constitucional, y - en cambio las autoridades federales tienen el deber de aprehender a un individuo cuando exista flagrancia, cuasi-flagrancia y presunción de flagrancia, englobadas las dos últimas - dentro del amplio concepto que de la primera hace el artículo 194 del C.F.P.P..

Con la amplitud del concepto de flagrancia, y sobre todo con el llamamiento abierto que la Constitución hace para que cualquier persona verifique la aprehensión, se sientan las bases para la eficaz persecución de los delitos y de sus autores. Tal fin coadyuvará a asegurar no solo el bien común y la seguridad sino también la eficacia.

De esta manera es como se ha analizado el primer caso de excepción que la propia constitución establece en su artículo 16 para realizar aprehensiones sin previa orden judicial. Como hemos visto los requisitos no son muchos para que se verifique la captura, pero como lo mencionaremos más adelante es necesario que a los aprehendidos se les rodee de eficaces garantías y provisiones que tiendan a evitar los abusos que permite la falta de normación sobre los actos de las autoridades en esta materia.

Otro elemento que aparece en la parte conducente del Art. 16 Constitucional, es aquél que se refiere a la puesta en disposición de la autoridad inmediata al aprehendido, sin demora alguna.

Tal provisión se enfoca en la autoridad inmediata, para que ésta lo turne a la judicial competente en el caso de que ella misma no lo sea. La intención es evitar atropellamien--



tos de cualquier especie en la aprehensión, tales como el linchamiento. Fue el Diputado Constituyente Mercado quien propuso esta medida.

Ahora bien, si el aprehendido es puesto a disposición de la autoridad inmediata y ésta es la administrativa, el mismo artículo previene que sin demora se le ponga bajo la jurisdicción de la autoridad judicial. Para asegurar el cumplimiento de esa disposición, habrá que relacionar el Art. 107, Frac. - XVIII, párrafo 3o. que preceptúa una sanción aplicable a la - autoridad que en un término de 24 horas no cumpla con lo dispuesto en el Art. 16. Esta estipulación se aplica también en los casos de urgencia.

Es de hacerse notar que la norma sancionadora contenida en el último artículo citado también es aplicable a los particulares que verifiquen una aprehensión en ocasión de delito flagrante, aunque obviamente se haga sin ejercitar la acción penal, que es exclusiva del M.P.

Es pues un error, como también lo señala Ignacio Burgoa, que la disposición contenida en el Art. 107 Constitucional, Frac. XVIII, párrafo 3o., debiera estar incluida en el Art. 16 del propio ordenamiento (79).

4.- La aprehensión realizada por autoridad administrativa.  
Los casos urgentes.

Habíamos establecido los elementos sobre este segundo caso de excepción para aprehender sin previa orden judicial, y - que eran:

1) La urgencia recae sobre la falta de autoridad judicial en el lugar de los hechos;

(79) Burgoa Ignacio. Las Garantías Individuales. México. Editorial Porrúa, S.A. 1983. Pág. 606.

2) Se faculta a la autoridad administrativa solo a falta de la judicial, para realizar la aprehensión bajo su más estrecha responsabilidad.

3) Como otro requisito de procedibilidad, el delito debe ser de aquéllos que se persiguen de oficio.

4) Se deberá poner a disposición de la autoridad judicial al aprehendido, en una forma inmediata.

Ahora bien, la legislación del Distrito Federal y la Federal, precisan lo que se entiende para éstos efectos por urgencia.

El Art. 266, en su Frac. II del C.P.P.D.F., apunta los casos de notoria urgencia como aquéllos en que el M.P. y la Policía Judicial deberán efectuar una aprehensión sin orden judicial.

El Art. 268, precisa lo que entiende por urgencia: que por la hora y la distancia resulte imposible conseguir un orden de detención y que existan serios temores de que el individuo se sustraiga a la acción de la justicia.

Por su parte el C.F.P.P., estipula en su Art. 193, Frac. II, lo que debe entenderse por urgencia a saber: que exista temor fundado de que el individuo se fugue y que no haya autoridad en el lugar, sin especificar de que autoridad se trata. Sin embargo, el Art. 126 aclara que de no ser el M.P., si hubiere detenidos, éstos le deben ser remitidos en 24 horas.

La autoridad administrativa debe consignar al individuo a la autoridad judicial en un término no mayor de 24 horas, según lo establece el Art. 107, Frac. XVIII, párrafo 3o., y de

no hacerlo, sería ella misma objeto de una sanción, aunque el precepto de referencia señala que sería consignada. Esto último implica la existencia de un delito que podría ser el de privación ilegal de la libertad y de otras garantías previstas en el Art. 364 del Código Penal para el Distrito Federal en su Fracción II.

Dicho precepto dice así: "Artículo 364. Se aplicará la pena de un mes a tres años de prisión y multa hasta de mil pesos.

"II.- Al que de alguna manera viole con perjuicio de otro los derechos y garantías establecidas por la Constitución General de la República en favor de las personas".

La fracción transcrita es genérica al no especificar la calidad jurídica del autor del delito. Ahora, por su contenido, es obvio que la autoridad administrativa que no ponga a disposición de un Juez a un aprehendido en 24 horas después de efectuada la aprehensión por flagrancia o por notoria urgencia, se colocará en el supuesto del tipo; éste terminará por calmarse cuando se considere que no sólo en la parte de la Constitución que se refiere a las garantías individuales, hay derechos públicos subjetivos, máxime si consideramos el alcance protector sobre toda la constitución del Art. 16, es decir de las garantías de legalidad y sobre todo de seguridad jurídica.

De esta forma vemos que de no acatar el mandamiento del Art. 107, Frac. XVIII, párrafo 3o. Constitucional, la autoridad responsable, es decir, sus agentes pueden ser consignados por la comisión del delito antes mencionado.

Por otra parte, si por vía del amparo se busca que se con

signe a un indiciado en las 24 horas siguientes a su captura, (que en la práctica, corre el término desde la notificación de la suspensión de oficio que ordene el juez de Distrito competente) y la autoridad responsable no obedece el proveído, se encuadrará en el supuesto del Art. 206 de la Ley de Amparo, el que califica dicha violación como el delito de abuso de autoridad, independientemente de cualquier otro delito en que incurriera.

Visto así, la forma en que todo el orden jurídico se interrelaciona dentro de sí, para asegurar su debido cumplimiento, se satisfará el deseo del legislador constitucional por evitar abusos. Desgraciadamente la vaguedad de los preceptos a que hemos hecho alusión, obstaculiza, por una parte la eficaz protección procesal de la libertad (el amparo en estos casos es improcedente en la mayoría de las veces por ser la aprehensión contra la que se pidió la protección de la justicia federal, un hecho consumado). También se posibilitan los abusos dada la múltiple interpretación a que se prestan; y por otro lado, colmar todos esos requisitos es en la práctica muy difícil por lo que retarda la pronta y expedita administración de justicia (80).

Sin embargo, en la generalidad de los casos en que se pide la protección de la justicia federal contra aprehensiones administrativas, (sea porque no se realizaron de acuerdo a los casos de excepción del Art. 16 o que el indiciado lleva más de 24 horas recluido sin que se ejercite o no la acción penal; sea porque el presunto responsable está incomunicado, etc.), la consignación se realiza 24 horas después del momento en que fue notificado la suspensión de oficio a la autoridad responsable, por lo que tal amparo terminará por sobreseerse, debido al cambio de situación jurídica.

(80) García Ramírez, Sergio. Op. cit. pág. 468.

En tal sentido se muestra la siguiente tesis jurisprudencial:

"Cuando el acto reclamado en el amparo, consiste en la detención del quejoso, llevada al cabo por una autoridad administrativa, debe considerarse que han cesado los efectos del acto reclamado, cuando el quejoso ha sido consignado al juez competente. "Quinta Epoca: Tomo III, pág. 305. Río Enrique. Tomo II, pág. 1023. Solís, Jesús. Tomo IV, pág. 211. Martínez Pedro. Tomo IV, pág. 1226. Tenorio Maximiliano. Tomo IV, pág. 1226. Calzada Lorenzo y Coags.

Por otra parte, el amparo pedido contra una aprehensión inminente es un riesgo, si en los informes previos las autoridades responsables niegan el acto reclamado, lo que hará acreedor al quejoso de una severa sanción que le impondrá el juez de distrito correspondiente, lo cual es muy frecuente cuando se está en presencia de una captura y no de una aprehensión -strictu sensu-.

##### 5. Naturaleza Jurídica.

La aprehensión es el resultado de los casos de excepción que la Constitución señala en su artículo 16 para limitar la libertad personal.

Conceptualmente, la aprehensión -lato sensu- es aquella medida cautelar de índole personal, en la que se coloca al presunto responsable de la comisión de un delito, y que dicta el Ministerio Público durante el período de Averiguación Previa, en ocasión de que se han colmado los supuestos de excepción fijados por el Art. 16 Constitucional (delito infraganti y notoria urgencia).

Formalmente la aprehensión se debe asentar en el acta que levante el Ministerio Público cuando le sea remitido una persona o personas a las que se les considera autores presuntos de la comisión de un delito (Art. 123, 124 y 126 C.F.P.P.), (Art. 16 C.)

Ahora bien, puede ser que, levantada el acta por la cual se tomó conocimiento de un delito no sea entregado en ese mismo acto al indiciado ni a sus cómplices, en su caso, por lo que el Ministerio Público debe hacer un acuerdo por el cual le ordena a la Policía Judicial a su mando que investigue y eventualmente capture a los presuntos responsables. En casos de flágrancia, o notoria urgencia. En este caso, de haberlos remitido, el Ministerio Público, acordará su aprehensión en tanto resuelva consignar o dejar en libertad a los remitidos por no colmarse los requisitos del Art. 16 Constitucional.

Tratándose de los casos de notoria urgencia, el Ministerio Público, o en su defecto, cualquier otra autoridad administrativa deberán dejar constancia de las razones que tuvieron para capturar a un indiciado (Art. 126 C.F.P.P.). En este caso, como en los anteriores, la aprehensión se constituirá jurídicamente en acta formal que deberá levantar a el efecto, el Ministerio Público.

Es decir, que la Averiguación Previa se inicia de diversas maneras, pero la aprehensión como medida cautelar que es, se debe dictar formalmente y sólo en ese momento existirá para el procedimiento.

No obstante, distinguimos dos subespecies de la aprehensión, lato sensu: la captura y la aprehensión strictu sensu.

La captura está prevista en la Constitución y en los C.P. P.D.F. y C.F.P.P., sus fines son también cauterales y se veri-

fica materialmente de facto como hecho preventivo. Sería impráctico exigir formalidades previas para la realización de la captura, pues ello obstaculizaría la eficaz persecución de los delitos.

Sin embargo, los datos esenciales deberán ser asentados en acta que levante la autoridad que haya realizado la captura. Así lo estipula el Art. 269 del C.P.P.D.F. que exige se haga constar la hora de la captura.

En este momento, es importante distinguir a la captura y la aprehensión de la detención.

La captura como subespecie de la aprehensión, es el acto material de tipo preventivo que con motivo del delito infragranti o de notoria urgencia, puede legítimamente realizar cualquier persona, y en el último supuesto la autoridad administrativa, sin formalidad procesal previa, pero si posterior.

La aprehensión es aquella medida cautelar personal que dicta el Ministerio Público durante la fase de averiguación previa y que toma forma strictu sensu, en el acta o acuerdo que realice al efecto. (Art. 128 C.F.P.R.). La duración de tal medida deberá ser no mayor de 24 horas, cuando resolverá si consigna al indiciado o le deja libre por no llenarse los requisitos que exige el Art. 16 Constitucional; esto es si ejerce o no la acción penal.

La detención será, como veremos en otro capítulo, aquella medida cautelar de carácter personal que dicta el juez, cuando en el caso de recibir la consignación con aprehendido, así lo provea en el auto de detención, y cuando no se le remita ningún presunto responsable, girará, en su caso, orden de aprehen

sión y verificada ésta se constituirá la detención. Esta medida terminará transcurridas las 72 horas que estipula el Art. - 19 Constitucional, cuando el juez resuelva, sea en un Auto de - Formal Prisión (con el cual se constituirá la Prisión Preventiva), en un Auto de Libertad por falta de elementos para procesar o en un Auto de Sujeción a proceso (que constituirá una especie de arraigo).

Como vemos, las relaciones procesales se fundan en otras - situaciones procesales correspondientes.

Si hay algo característico del procedimiento penal, es su clara diferenciación de sus etapas procesales -Averiguación - Previa, instrucción, subdividida en dos partes y juicio-. - Por tal motivo consideramos que las medidas cautelares de carácter personal que se dicten en cada caso, tengan su propia y adecuada terminología.

Como especie del género cautelar o asegurativo, la aprehensión afianzará la correcta marcha de la averiguación previa, a cargo del Ministerio Público.

En base a lo anterior, diferimos de González Bustamante y Julio Acero, quienes identifican a la aprehensión con la captura. Si bien para el Diccionario de la Real Academia de la Lengua (81) ambos términos son sinónimos, Don Joaquín Escriche (82) los diferencia pues, aprehensión es una medida cautelar de carácter real que se efectúa sobre bienes o posesiones, en tanto que "...la voz prender es asir y apoderarse materialmente de una persona" (83), arrestar es, para el mismo autor, detener a una persona sin asirla; capturar es "...el acto de asir o prender a un delincuente..." (84).

(81) Op. cit.

(82) Escriche, Joaquín. Op. cit.

(83) Idem.

(84) Alcalá Zamora y Castillo, Niceto. Op. cit. pág. 562.



Considerar a la aprehensión como el acto material es un error. Tal palabra tiene su arraigo en nuestro derecho procesal penal y se le identifica no solo con el acto de prender, capturar, sino también como una situación jurídica. De ahí que distingamos técnicamente a la captura como una subespecie de la aprehensión. Nuestra intención ha sido en todo momento precisar el uso terminológico de las diversas voces que se usan en nuestro procedimiento penal. La vaguedad y confusión con que se utilizan los términos jurídicos en algunos aspectos de nuestra materia, tanto doctrinal como positiva y por ende jurisprudencialmente, va en perjuicio de la sistemática de la ciencia que nos ocupa. Es evidente que la misma falta de metodología y precisión, puede lesionar los intereses de las partes en el procedimiento penal, tanto el M.P. como el presunto responsable, la víctima y el ofendido.

A mayor abundamiento, la captura la puede realizar cualquier persona, mas la aprehensión, stricto sensu, sólo el Ministerio Público; la naturaleza jurídica de éste en el procedimiento penal, y particularmente en la Averiguación Previa le legitima para dictar esa medida cautelar personal. No obstante reiteramos la subdivisión que hemos hecho de la aprehensión lato sensu, de acuerdo al momento de su realización en: captura y aprehensión en estricto sentido.

Insistiremos en que no todo capturado es aprehendido ni todo aprehendido es capturado. Esto es, la captura puede anteceder a la aprehensión en estricto sentido, si ha sido verificada en delito infraganti o por notoria urgencia y el presunto responsable es remitido al M.P. a la vez que éste tiene noticia del crimen (Art. 126 C.F.P.P.). Mientras que la aprehensión puede anteceder a la captura cuando teniendo conocimiento de la comisión de un delito, el M.P. acuerda su captura; la cual, bien puede no realizarse como ocurre frecuentemente, (85)

(85) García Ramírez, Sergio. Op. cit. pág. 494.

y no existen elementos suficientes para consignar sin "detenido", por lo que se tiene que "reservar" la averiguación, no obstante, este es el caso previsto por el Art. 123 ya comentado del C.F.P.P.

¿En qué sentido es la aprehensión una forma limitativa de la libertad personal dentro del procedimiento penal mexicano?.

La aprehensión en sentido amplio, es una forma privativa de la libertad individual.

Habíamos dejado asentado que por libertad personal entendemos a la libertad jurídica, la libertad-poder y la libertad exterior.

La aprehensión implica una severa limitación a la facultad de optar entre un obrar o no obrar, ya que en su nota material se traduce en una: sujeción personal a disposición del M.P., con reclusión en un lugar designado al efecto.

Ahora bien analizando la incidencia de la aprehensión en cada una de los elementos que hemos incluido en el concepto de libertad personal, descubriremos que la medida cautelar de referencia no es del todo privativa.

La moderna tendencia constitucional por ofrecer cada vez más garantías procesales a todo presunto responsable, durante la tramitación de todo procedimiento penal, ha provocado que, en lo particular, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, posibilite el ejercicio de la libertad personal en el contexto procedimental, otorgando un margen de consideración para la realización de tal posibilidad.

Es por ello que las formas absolutamente privativas de la

libertad personal son ya anacrónicas. Los ordenamientos legales precisan con mayor amplitud, los alcances de las citadas garantías. Así, verbigracia, están las disposiciones referentes a la libertad Previa Administrativa, (Art. 271 C.P.P.D.F.) el derecho a designar defensor particular durante la averiguación previa (Arts. 134 bis y 270 C.P.P.D.F.; Art. 128 C.F.P.P.), la estricta prohibición contra la incomunicación (que es expresa en el artículo 20, Fracción II Constitucional); el derecho a hacer uso de la vía telefónica cuando el indiciado lo estime conveniente; (Art. 134 bis C.P.P.D.F.), etc.

Por lo que se refiere a la libertad poder, es obvio que ese querer universal, se verá limitado en muchos aspectos; aquéllos que deban privársele al indiciado, con el objeto de asegurar la consecución de los fines del procedimiento.

Dentro del esquema de la libertad jurídica, la aprehensión limita su ejercicio en la mayor parte de sus subespecies (libertad de tránsito, etc.) y la deja en posibilidad de ejercerse para otras, las procesales. En relación con la libertad exterior, la limitación que la aprehensión trae consigo, deja no obstante, a salvo el goce de los derechos subjetivos, cuya libertad jurídica ha sido privada, y por ello no pierde el indiciado la titularidad de sus derechos fundamentales, tal es el espíritu que inspira al último párrafo del Art. 19 Constitucional cuando califica como abuso "todo maltratamiento en la aprehensión o en las prisiones"; agregando que deberán ser "...corregidos por las leyes y reprimidas por las autoridades". Ojalá y el párrafo constitucional que antecede, tuviera una observancia de mayor cobertura y eficacia.

En cuanto a la diferencia entre la orden de presentación

y de comparecencia con la de aprehensión, enmarcada ésta última en los casos de excepción, autorizados por el Art. 16 C. para privar de la libertad a una persona, destaca la siguiente tesis jurisprudencial.

"Correctamente el juez de Distrito distingue entre una orden de presentación o comparecencia y una orden de aprehensión o detención; tal distinción existe y los tratadistas de la materia la señalan diciendo: en la persona, obligada a comparecer ante la autoridad que lo requiere, existe una restricción a su libertad, pues desahogada la cita que le resulta en la averiguación, adquiere su libertad; la restricción solo tiene un límite precario: es indispensable para el desahogo de la diligencia. En cambio, la orden de aprehensión o detención implica el apoderamiento de la persona para someterla a un estado de privación de libertad, depositándola en una cárcel, prisión pública u otra localidad que preste la seguridad necesaria para que no se evada. Desde otro punto de vista, la orden de aprehensión dictada por la autoridad administrativa para privar de la libertad a una persona, fuera de los casos que la Constitución Federal autoriza, constituye una grave e injustificada agresión contra los derechos fundamentales de la persona humana; en tanto que la orden de presentación, aún limitando momentáneamente la libertad, supone, por una parte, el rechazo del citatorio previo de la autoridad para que comparezca la persona voluntariamente y por la otra, el cumplimiento de la obligación constitucional del Ministerio Público en la investigación de los delitos..."

Amparo en revisión 140/71. José Rojo Coronado, 28 de enero de 1972. Unanimidad de votos. Ponente: Víctor Manuel Franco. Informe 1972. Tribunal Colegiado del Primer Circuito en Materia Penal.

La orden de presentación, es distinta a la de comparecencia. La primera es dictada por el Ministerio Público durante la averiguación previa y la segunda por el Juez, cuando la pena aplicable al delito es alternativa o no privativa de la libertad y no dicta por ello mismo orden de aprehensión. Sin embargo, ambas son formas restrictivas de la libertad personal, aunque se verifiquen por un lapso precario.

Ahora bien, cabe aquí hablar del arraigo decretado durante la fase de averiguación previa.

## 6. El Arraigo.

El arraigo es aquella forma restrictiva de la libertad personal consistente en una medida cautelar de carácter personal, decretada por la autoridad judicial o administrativa, y en virtud de la cual el arraigado es confinado a permanecer en determinado lugar, sin que éste sea alguno de los destinados a la aprehensión, la detención o la prisión preventiva, por el tiempo que dure el procedimiento relativo.

La finalidad perseguida con el arraigo es el de asegurar el desarrollo del procedimiento al restringirle la libertad a un presunto responsable por la comisión de un delito cuya pena sea diversa de corporal o pecuniaria.

El fundamento constitucional de esta medida cautelar lo encontramos en el artículo 11 de la Suprema Ley que estipula: "Artículo 11.- Todo hombre tiene derecho para entrar en la República, salir de ella, viajar por su territorio y mudar de residencia, sin necesidad de carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otros requisitos semejantes. El ejercicio de este derecho estará subordinado a las facultades de la autoridad judicial, en los casos de responsabilidad criminal o civil, y

a las de la autoridad administrativa, por lo que toca a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país".

Un aspecto sobre el que recae una importante observación es el que resulta de la comparación entre el artículo 11 de la Constitución de 1857 y el mismo numeral de la Constitución vigente. Nos referimos a que en el primero, se integró a la autoridad administrativa junto con la judicial tratándose de responsabilidad criminal (86).

Lo que no ocurrió con el actual texto que sólo habla de la autoridad administrativa en materia de población y salubridad general (87). Tal omisión trasciende al plano procesal en el que el Ministerio Público puede pedir el arraigo de una persona, a la autoridad judicial, única competente para decretarlo.

El artículo 270 bis del Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, es congruente con la disposición constitucional al preceptuar: "Cuando con motivo de una averiguación previa el Ministerio Público estime necesario el arraigo del indiciado, tomando en cuenta las características personales de aquél, recurrirá al órgano jurisdiccional, fundando y motivando su petición, para que éste, oyendo al indiciado, resuelva el arraigo con vigilancia de la autoridad, que ejercerán el Ministerio Público y sus auxiliares. El arraigo se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate pero no excederá de treinta días, prorrogables por otros treinta días, a solicitud del Ministerio Público.

"El Juez resolverá, escuchando al Ministerio Público y al arraigado sobre la subsistencia o el levantamiento del arraigo".

(86) ZARCO, Francisco. Op. cit. Tomo II. Pág. 995

(87) Diario de los Debates. Op. cit. Tomo I. Págs. 807 y 808.

Este precepto, que tiene su análogo en el 133 bis del Código Federal de Procedimientos Penales, sitúa al arraigo dentro de la fase de averiguación previa y establece el máximo de duración en 60 días.

Además del confinamiento a un lugar determinado, la precaución se complementa con la vigilancia de la autoridad administrativa, persecutora de los delitos.

Por otro lado, las disposiciones citadas cumplen con la garantía de audiencia al estipular que antes de resolver sobre el arraigo, el Juez oirá a las partes.

De esta forma, el arraigo se presenta como una forma restrictiva de la libertad personal, diversa pero alternativa de la aprehensión -strictu sensu-, que se presenta durante la fase de averiguación previa.

Ahora bien, el acuerdo del 22 de abril de 1983, del Procurador de Justicia del Distrito, establece el arraigo domiciliario administrativo, procedente cuando se trate de delitos culposos cometidos con motivo del tránsito de vehículos. Este arraigo es alternativo de la aprehensión -strictu sensu- y colateral a la libertad previa, a discreción del Ministerio Público.

## 7. La libertad Previa Administrativa.

El reverso de la aprehensión es la libertad Previa Administrativa que está prevista en los Arts. 271 C.P.P.D.F. y 135 - C.F.P.P.

En cuanto a la disposición distrital, reza así:

"Artículo 271. Si el acusado o su defensor solicitaren la libertad caucional, los funcionarios mencionados se concretarán a recibir la petición relativa y agregaria al acta correspondiente para que el Juez resuelva sobre el particular.

"En todo caso, el funcionario que conozca de un hecho delictuoso, hará que tanto el ofendido como el presunto responsable sean examinados inmediatamente por los médicos legistas, para que éstos dictaminen con carácter provisional acerca de su estado psicofisiológico.

"En las averiguaciones que se practiquen por delitos de imprudencia ocasionados con motivo del tránsito de vehículos, siempre que no se abandone a quien hubiere resultado lesionado, no procederá la detención del presunto responsable, si este garantiza suficientemente ante el Ministerio Público el no sustraerse a la justicia, y en su caso, al pago de la reparación del daño.

"Cuando el Ministerio Público deje libre al presunto responsable, lo prevendrá para que comparezca ante él mismo para la práctica de diligencias, de averiguación, en su caso, y concluida ésta, ante el Juez a quien se consigne la causa, quien ordenará su presentación y si no comparece a la primera cita, ordenará su aprehensión mandando hacer efectiva la garantía otorgada.



"El Ministerio Público podrá hacer efectiva la garantía - si el presunto responsable desobedeciere, sin causa justificada, las órdenes que dictare.

"La garantía se cancelará y en su caso se devolverá cuando se resuelva el no ejercicio de la acción penal, o una vez - que se haya presentado el presunto responsable ante el juez - de la causa".

Por su parte el C.F.P.P. preceptúa lo siguiente:

"Artículo 135.- Al recibir el Ministerio Público diligencias de policía judicial, si hubiere detenidos y la detención fuere justificada, hará inmediatamente la consignación a los - tribunales. Si fuere injustificada, ordenará que los deteni-- dos queden en libertad.

"Cuando se trate de delito no intencional o culposo, exclu sivamente, el Ministerio Público dispondrá la libertad del inculpado, sin perjuicio de solicitar su arraigo, si éste garanti za mediante caución suficiente, que fije el Ministerio Públi co, no sustraerse a la acción de la justicia, así como el pa go de la reparación de los daños y perjuicios que pudieran ser le exigidos. Tratándose de delitos cometidos con motivo del - tránsito de vehículos, no se concederá este beneficio al incul pado que hubiere incurrido en el delito de abandono de persona. Se dispondrá la libertad igualmente, sin necesidad de caución y perjuicio de pedir el arraigo correspondiente, cuando el de lito merezca pena alternativa o no privativa de la libertad.

"Cuando el Ministerio Público deje libre el indiciado, lo - prevendrá a fin de que comparezca cuantas veces sea necesario para la práctica de diligencias de averiguación previa, y, concluída ésta, ante el juez a quien se consigne, quien ordenará

su presentación y si no comparece sin causa justa y comprobada, ordenará su aprehensión mandando hacer efectiva la garantía otorgada.

"El Ministerio Público podrá hacer efectiva la garantía si el indiciado desobedeciere sin causa justificada las órdenes que dictare.

"La garantía se cancelará y en su caso se devolverá por el Ministerio Público, cuando se resuelva el no ejercicio de la acción penal. Consignado el caso, tal garantía se considerará prorrogada tácitamente hasta en tanto el juez no decida su modificación o cancelación".

La libertad a que se refieren los artículos citados, es la llamada libertad previa administrativa. Es en sí, una forma de libertad cautelar, ya que dados los supuestos normativos, - asegurará mediante caución tanto la sujeción del presunto responsable al procedimiento como el pago de la reparación del daño.

Se desprende de lo anterior, que la libertad que nos ocupa está compuesta por dos especies de medidas cautelares a saber: la real y la personal. La primera se traduce en una caución - que en la práctica, dada la falta de especificación legal, se verifica en un depósito ante Nacional Financiera, teniendo el M.P. la facultad de determinar el monto. Por lo que se refiere a la segunda de las medidas cautelares citadas, es decir, la personal, ésta apareja la "...sujeción al procedimiento traducida en el deber de que el presunto responsable se presente ante el Ministerio Público y ante el juez, en su caso. La obedencia a la cita o a las órdenes que en la secuela procedi-mental se dicten legítimamente, se traduce en presentación forzada del inculpado..." (88)

Es decir, que la aprehensión como forma privativa -atemperada- de la libertad, se transforma jurídicamente en una de índole restrictivo en el caso de que aquélla se haya declarado procedimentalmente primero.

Por lo que se refiere a la manera en que se reaprehende al presunto responsable que no cumpla con las prevenciones hechas por el M.P. para la práctica de diligencias de averiguación -previa, se prevé la presentación forzada del indiciado, así como la posibilidad de hacer efectiva la garantía; ambas providencias constituyen esencialmente la revocación de la libertad previa administrativa, cuando no se ha consignado aún, lo que equivale a regresar de una medida restrictiva a una privativa, a la inversa de como ya lo hemos afirmado.

En cuanto a los presupuestos para el otorgamiento del beneficio que estudiamos, el C.P.P.D.F. difiere de lo estipulado -por el C.F.P.P.. El ordenamiento Distrital señala los supuestos siguientes: a) Que se trate de delitos imprudenciales - (culposos) presupuestos en el Art. 80., Frac. II del Código Penal; b) Que hayan sido cometidos con motivo del tránsito de vehículos, y c) Siempre que no se abandone a quién hubiere - resultado lesionado. Mientras que la legislación federal establece los supuestos que a continuación se señalan: a) Que - se trate de delito no intencional o culposo; o b) Que tal - delito sea consecuencia del tránsito de vehículos, y c) Que el indiciado no haya incurrido en el delito de abandono de - personas.

La diferencia entre ambos ordenamientos se funda en el - apartado c) del análisis precedente. Mientras que el Art. - 271 del C.P.P.D.F. prevé el hecho de que no se abandone al o a los lesionados; el Art. 135 del C.F.P.P. se fundan en que el indiciado no haya cometido en el delito de abandono de perso--

nas. Ahora bien, como atinadamente apunta García Ramírez (89) la observación de tal exigencia haría nugatoria la concesión de la libertad en cuestión, toda vez que la calificación de los delitos la establece solo el poder judicial a través de la sentencia.

Otra diferencia importante es aquélla en virtud de la cual, el C.F.P.P. prevé que el M.P. podrá solicitar el arraigo, colateralmente al otorgamiento de la libertad previa al presunto responsable, lo cual no está previsto en el C.P.P.D.F.. Ello trae por consecuencia que dado el caso, el indiciado sufra cautelarmente dos medidas restrictivas de la libertad a la vez.

Globalmente vista, la libertad previa administrativa, por ser un beneficio de carácter caucional, se traduce por ello en una medida cautelar personal, es decir, constituye una forma restrictiva de la libertad personal del presunto responsable.

Es un ejemplo real de la tendencia constitucional a que ya hemos hecho referencia por dar cada vez más garantías procesales, sobre todo en materia penal, lo cual se ve ampliado por los ordenamientos legales, ya que en la especie, la libertad previa no está estipulada ni comprendida dentro del Art. 20, -Frac. I Constitucional; (que se refiere a la libertad caucional) sin que esto implique una violación a la Carta Magna, -pues "...dicho texto consagra una garantía mínima, incompressible, más no un tope máximo a los derechos del inculpaado. De ahí, entonces, que la ley secundaria proceda acertadamente al ampliar las prevenciones favorables a este sujeto" (90).

No podemos pasar por alto la observación de que los supuestos que marcan los ordenamientos analizados son también aquéllos que hacen procedente la libertad caucional en la fase ju-

(89) Idem. Pág. 495.

(90) Ibidem. Pág. 494.

dicial del procedimiento. Las implicaciones que esto trae consigo, se referirán a que la forma restrictiva de la libertad, como medida cautelar que trae aparejada la libertad previa, podría confirmarse una vez ejercida la acción penal ante el juez competente, mediante interpretación a los extremos del Art. 20 - Constitucional Fracc.I. que se hiciera en el acuerdo judicial correspondiente.

Tal "prolongación" de la libertad previa en la caucional, como medidas cautelares personales que llevan consigo, disponen cada una de prevenciones normativas distintas pero semejantes, lo que trae como resultado un cambio formal de situación y de relaciones jurídicas en el curso del procedimiento.

#### 8. Crítica.

Jurídicamente, detención y aprehensión no son lo mismo. Si bien el Art. 16 C. los identifica, ello propicia la confusión y vaguedad en los ordenamientos jurídicos que la regulan.

Desde los debates de los Congresos Constituyentes de 1857 y 1917, tal inquietud se manifestó por varios diputados constituyentes, quienes propugnaron porque el Art. 16 de ambas - cartas fundamentales, fuera más preciso, sin que ello significara obscuridad para el común entendimiento.

Por otra parte, la falta de efectividad de la protección a las garantías procesales, nacía con la carencia de garantías colaterales que afirmaran el respeto absoluto a las disposiciones del texto constitucional.

Sobre el particular estamos de acuerdo con Ignacio Burgoa quien propone que el párrafo 3o. del inciso XVIII, perteneciente al Art. 107 C. fuera integrado dentro del Art. 16 del mismo ordenamiento.

Por lo que se refiere a los casos de excepción (flagrancia y notoria urgencia) es cierto que hay ejemplos que no son englobados por la flagrancia, pero la noción positiva de cuasi--flagrancia y presunción de flagrancia, han ganado terreno sobre los casos de notoria urgencia. Por lo demás es cierto que al amparo de la notoria urgencia, se han cometido infinidad de abusos en las aprehensiones, como es el clásico "sabadazo", es decir, la captura realizada cuando por la hora y el día, no es posible conseguir de un juez una orden de aprehensión y ésta es realizada exprofeso, en esas condiciones, dando por resultado en la mayor parte de las veces, que se incomunique al indiciado.

Sería conveniente reformar la parte relativa a la notoria urgencia establecida por el Art. 16 constitucional, no con la finalidad de extirparla del texto, sino buscando que al modificar su redacción, tales medidas se tomen bajo una real fiscalización del Poder Judicial; reducir la discrecionalidad que tiene la autoridad administrativa rodeándola de normas que ejercerán mayor control, sería acertado.

En cuanto a los ordenamientos locales, y de la Federación, ambos carecen de sistematización procedimental, que trae como consecuencia el que las diversas disposiciones relativas a las medidas cautelares estén diseminadas en todo el texto, sin unidad ni congruencia en títulos y capítulos distintos.

La aprehensión no es referida ni siquiera como medida cautelar, asegurativa o precautoria.

Una reestructuración de ambos códigos sería recomendable, utilizando como criterios ordenadores las categorías que proporcióna la Teoría General del Proceso. De esta forma, todas las medidas cautelares debieran estar incluidas en un título o capítulo correspondiente.

Tal intención requiere como presupuesto esencial, la claridad y precisión terminológica, que de acuerdo a la naturaleza jurídica de cada medida cautelar, nos llevaría a estructurarlas debidamente. Cada especie debe ser propiamente definida y rodeada consecuentemente con otras disposiciones que atiendan a la forma, el momento procesal oportuno, la autoridad competente para dictarla, las finalidades que buscan los supuestos de su realización, la manera de verificarse, así como las providencias colaterales necesarias para asegurar el debido y exacto cumplimiento del texto legal.

En esencia jurídica, se trataría de establecer claramente los deberes de la autoridad y los Derechos correlativos de los presuntos responsables.

De esta forma, la claridad sistemática de los códigos procedimentales, en constante congruencia con el texto constitucional, redundaría en una mejor administración de justicia con un mínimo de arbitrariedades. El procedimiento estaría cuadrado de tal forma que todo su desarrollo se viera regulado eficazmente.

Así la aprehensión, como medida cautelar personal deberá estar colocada en su espacio adecuado, rodeada por las disposiciones relativas, todas integradas dentro de un mínimo capítulo.

Por otra parte, y como una sugerencia de carácter práctico que coadyuvaría al respeto de la persona del aprehendido, estimamos que sería acertado el que hubiera en todos los centros de reclusión para aprehendidos, un médico cuya responsabilidad fuera la de dictaminar sobre el estado psico-físico del indiciado, desde el momento de su ingreso a los separos y al salir de los mismos; este profesionalista deberá depender del Poder Judicial, local o Federal según el caso, y no de las

Direcciones de Servicios Periciales de las Procuradurías de Justicia, como en la actualidad acontece.

Tal circunstancia permitiría evitar posibles maltratamientos en la persona del indiciado, coadyuvaría al respeto de los plazos fijados por la ley para la consignación, y colocaría a la defensa en un plano más equilibrado; todo a través de los hechos que gracias a la proposición anterior, se pusieran en conocimiento de la autoridad judicial.



### CAPITULO III. LA DETENCION

#### 1. Fundamentos Constitucionales.

La detención, como forma privativa de la libertad personal, es decir, como medida precautoria provisional, que se ejecuta - en el inicio del proceso penal en estricto sentido, está ubicada entre la aprehensión administrativa y la prisión preventiva.

Está prevista y básicamente, por el artículo 19 Constitucional, en el que se le fija un término de tres días, o sea setenta y dos horas. También se prevé, aunque indirectamente, en el artículo 16, el cual fija los requisitos para el libramiento de la orden de aprehensión, girada por el Juez, y que desembocará en la medida cautelar cuyo estudio ahora abordaremos.

#### 1.1. Formación Constitucional.

##### 1.1.1. Los debates del Congreso Constitucional de 1856-1857.

En el proyecto de Constitución, el artículo 31, al tenor - decía:

"Artículo 31.- Sólo habrá lugar a prision por cualquier delito que merezca pena corporal. En cualquier estado del proceso en que aparezca que el acusado no se le puede imponer tal pena, se pondrá en libertad bajo fianza. En ningun caso podrá -- prolongarse la prision o detencion, por falta de pago de honorarios, o de cualquier otra ministración de dinero" (SIC) (91).

En los mismos términos ya transcritos, fue aprobado sin discusión, por unanimidad de los 89 diputados presentes, el 25 de agosto de 1856, pasando a integrar el artículo 19 de la Constitución.

Por lo que se refiere al artículo 32 del proyecto, éste rezaba así:

"Artículo 32.- Ninguna detención podrá exceder del término de tres días sin que se justifique con un auto motivado de prisión y los demás requisitos que establezca la ley. La infracción de cualquiera de ellos constituye responsables a la autoridad que la ordena ó consiente y a los agentes, ministros, alcaides, ó carceleros que la ejecuten. Todo maltratamiento en la aprehensión ó en las prisiones, toda gabela o contribución en las cárceles, toda molestia que se infiera sin motivo legal, es un abuso que deben corregir las leyes y castigar severamente las autoridades" (SIC) (92).

Pero fué en la sesión del 25 de agosto de 1856, cuando la Comisión, cediendo a los apuntamientos de los señores Ruiz, Díaz González y Fuente, que buscaban evitar abusos, reformó el artículo 32; se sustituyó la frase "La infracción de cualquiera de ellos" por "El sólo lapso de este término", y por último, la frase "Toda molestia que se infiera sin motivo legal", se colocó inmediatamente después de "...en las prisiones..." y antes de "...toda gabela..." (93).

De esta forma fue aprobado por unanimidad de los 89 diputados presentes y pasó finalmente a ser el artículo 18 de la Constitución.

El artículo 26 del Proyecto, decía a la letra: "Nadie puede ser privado de la vida, de la libertad o de la propiedad sino en virtud de sentencia dictada por autoridad competente y según las formas expresamente fijadas en la ley y esactamente aplicables al caso" (SIC) (94).

(92) Idem. pág. 471. Tomo I.

(93) Ibidem. Pág. 221. Tomo II.

(94) Loc. Cit. pág. 470. Tomo I.

La Comisión lo presentó el 21 de agosto de 1856, fecha en que se debatió de la siguiente manera. El Diputado Gamboa, discutió en contra de la pena de muerte, después de lo cual concluyó en que debe ser abolida; Mata, replica que tampoco está de acuerdo con la pena de muerte y explica cuál fue el parecer de la Comisión al redactar el artículo, agregando que el debate sobre la pena de muerte debe darse en relación con el artículo 33. Posteriormente se dió lectura al acta de la reunión en que la Comisión trató el tema de la pena de muerte; el Sr. Olvera la atacó fuertemente, el Sr. Ocampo expuso la necesidad de que tal medida no fuera adoptada sólo si era instaurado un eficaz sistema preventivo, penitenciario y de administración de justicia; el Sr. Romero Díaz opinó de igual forma que el preopinante y por último, los Diputados Mata, Arriaga y Guzmán se postularon en contra de la pena de muerte.

Tomó la palabra de nueva cuenta el Sr. Gamboa quien precisó la justificación del tema porque el artículo en cuestión se refería al mismo implícitamente.

El Diputado Arqueda propuso que para evitar arbitrariedades, se diga que en materia criminal no pueda haber fallos sino con las garantías establecidas por la Constitución.

Así, la Comisión retira el artículo, y en la misma sesión lo presenta reformado en los términos siguientes:

"Nadie puede ser juzgado ni sentenciado, sino por leyes dadas con anterioridad al hecho y exactamente aplicadas a él, por el tribunal previamente establecido por la ley" (SIC) (95).

De tal forma, el artículo fue aprobado por 84 votos contra 2 y se integró a la Constitución como el artículo 14.

Es así como nacieron los preceptos antecedentes de los artículos 14, 18 y 19 de la Constitución de 1917. En cuanto al artículo 16, éste ya fué analizada su formación constitucional en otra ocasión.

#### 1.1.2. Los debates del Congreso Constituyente de 1916-1917.

Nos centraremos en aquellos debates directamente relacionados con la detención, como lo son el artículo 19 de la Constitución que nos rige. En relación con el artículo 16, recordemos que éste ya fue analizado, por lo que nos remitiremos a la reseña que en aquella oportunidad hicimos.

Por lo que se refiere al artículo 14, lo reseñaremos por su importancia aún cuando no es base de la detención según veremos en su oportunidad.

El Proyecto de Constitución de Venustiano Carranza, presentó como su artículo 14, el siguiente texto:

"A ninguna ley se le dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna.

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

"En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trate.

"En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva de-

berá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, e falta de ésta, se fundará en los principios generales del derecho" (96).

Idénticamente, la Comisión lo presentó en la sesión vespertina del miércoles 20 de diciembre de 1916, habiéndose señalado el día 21 de diciembre de 1916 para esta discusión; sin embargo en esta última fecha, no hubo debate y fue aprobado unánimemente por la Asamblea.

Como es evidente, se utilizó el texto del proyecto de 1856 que no fue aprobado y que aparece como el segundo párrafo del precepto en estudio.

No hubo opiniones como las de Gamboa en contra de la privación de vida.

Aún cuando el antecedente histórico del Constituyente de 1856-1857 había sido la Revolución de Ayutla, se desechó la facultad del Estado por privar de la vida a alguno de sus súbditos que se colocara en el supuesto de la norma. En cambio, el entorno que rodeó al constituyente de 1916-1917, y que básicamente consistía en dos levantamientos armados (1910 y 1913) la paz no había sido aún consolidada. Por otra parte, la concepción individualista de la Constitución de 1857, chocó con la social de la Constitución vigente. En la primera los derechos humanos se reconocen (Art. 10.), en la segunda se otorgan (Art. 10.).

No obstante tal distinción, el sustrato es la idea de los derechos humanos (97). Sin embargo, la Constitución de 1917, establece la salvedad de que las garantías que ella otorga sólo podrán restringirse o suspenderse en los casos que ella misma establece; de ahí que la vida pueda privarse en los casos estipulados por la ley fundamental.

- (96) Diario de los Debates del Congreso Constituyente. Op.cit. pág. 505. Tomo I.  
 (97) CARPIZO, Jorge. La Constitución Mexicana de 1917. México Textos Universitarios. 1982. págs. 152 y 153.

El proyecto del primer jefe, presentó como su artículo 19, el siguiente:

"Artículo 19.- Ninguna detención podrá exceder del término de tres días, sin que se justifique con un auto de formal prisión en el que se expresarán el delito que se impute al acusado, los elementos que constituyen aquél, lugar, tiempo y circunstancias de ejecución y los datos que arroje la averiguación previa, los que deben ser bastantes para comprobar el cuerpo del delito y hacer probable la responsabilidad del acusado. La infracción de esta disposición hace responsable a la autoridad que ordena la detención o la consienta y a los agentes, ministros, alcaides o carceleros que la ejecuten.

"Los hechos señalados en el auto de formal prisión serán forzosamente la materia del proceso, y no podrán cambiarse para alterar la naturaleza del delito. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de acusación separada, sin perjuicios de que después pueda decretarse la acumulación, si fuere conducente.

"Todo maltrato en la aprehensión o en las prisiones, toda molestia que se infiera sin motivo legal, toda gabela o contribución en las cárceles, es un abuso que será corregido por las leyes y reprimido por las autoridades" (98).

El dictamen se presentó el día 23 de diciembre de 1916, y fue aprobado por unanimidad el 29 de diciembre del mismo año.

De esta forma, hemos visto cual fué la formación constitucional de los artículos 14 y 19.

Como pudimos haber observado, el artículo 14 actual, se nutrió del precepto del mismo número que apareció con la Constitu

(98) Diario de los Debates Constitucionales. Op. cit. pág. 506 Tomo I.

ción de 1857; sin embargo, los agregados en materia penal y civil fueron innovaciones del Constituyente del 17; a más del 2o. párrafo ya comentado.

En cuanto al artículo 19 actual, 18 de la Constitución del 57, se le agregó el 2o. párrafo que fija la materia del proceso en el auto de formal prisión, proceptuando así mismo el contenido del mismo; tal disposición sentó las bases para que los procesos penales se desarrollaran clara y certeramente, buscando con ello, mayor justicia.

#### 1.2. Análisis de las garantías procesales contenidas en los artículos 14, 16 y 19 de la Constitución.

El artículo 14 constitucional, establece que nadie podrá ser privado de la libertad sino mediante juicio seguido ante los tribunales previamente establecidos en los que se cumplan las formalidades esenciales del procedimiento.

Si de este precepto deriváramos que la índole provisional o definitiva de la privación a la libertad no está prevista, caeríamos en el error de no apreciar el articulado constitucional en su conjunto, lo que nos induciría a malinterpretar cada numeral. Es por ello que diferimos de la opinión de algunos autores como Rafael Pérez Palma (99) quien critica al artículo 14, pues no distingue entre privaciones temporales o definitivas de los derechos que garantiza. Pero, por virtud de la interpretación sistemática, tal distinción la hace verbigracia, el artículo 19 al estipular que ninguna detención podrá exceder de tres días; o el artículo 16 en relación con el 107 fracción XVIII, párrafo 3o. que previene la inmediata consignación ante la autoridad, fijando un término de 24 horas; o el artículo 18, que establece la prisión preventiva, condicionada a que el delito merezca pena corporal, y que se relaciona con el artículo 20, frac

(99) PEREZ PALMA, Rafael. Fundamentos Constitucionales. México Cárdenas Editor. 1980. pág. 152.

ción VIII que fija los términos de 6 meses o antes de un año, - para procesar penalmente a un justiciable, en base al propio - término de la pena aplicable.

Se desprende de lo anterior, que si bien el artículo 14 justifica la privación de la libertad, se refiere a ésta como pena, al anteponerle un juicio seguido ante tribunales competentes. Por otra parte, las medidas precautorias de índole personal más importantes están previstas, no en el 14, sino en el 16 (aprehensión), 19 (detención) y 18 (prisión preventiva).

Es por ello, que para el debido análisis de la detención, - centremos nuestro estudio en los artículos 16 y 19 constitucionales.

En cuanto al artículo 16 de la Constitución, éste se refiere a la orden de aprehensión en su segunda parte al señalar: "No podrá librarse ninguna orden de aprehensión o detención, a no ser por la autoridad judicial sin que preceda denuncia, acusación o querrela de un hecho determinado que la ley castigue con pena corporal, y sin que estén apoyadas aquéllas por declaración, de persona digna de fé o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculgado..."

Por otra parte, el párrafo primero del mismo precepto, estipula que todo mandamiento de la autoridad debe estar fundado y motivado.

Es así que la orden de aprehensión o detención deberá reunir los siguientes requisitos:

- 1) Debe estar fundada en la ley aplicable al caso y motivada expresando la causa del procedimiento.
- 2) Debe provenir únicamente de la autoridad judicial.



3) Debe pre-existir denuncia, acusación o querrela que:

4) Deberán estar apoyadas por declaración bajo protesta de persona digna de fe o por otros datos que hagan probable la responsabilidad del inculpado.

Ahora bien, los requisitos anteriores, constituyen la regla general que deberá observarse para privar a alguien de su libertad. Por otro lado, tal privación responde a una necesidad de carácter procesal, cual es una medida cautelar, que por su ubicación procesal y propios fines, se le distingue como la detención.

En cuanto a la fundamentación y la motivación, éste es un principio que no sólo rige para la orden de aprehensión sino re presenta el principio de "...atribución de facultades expresas, en virtud del cual las autoridades no pueden hacer sino aquello que la ley les permite..." (100)

La competencia está fijada por el artículo 16 al establecer que sólo la autoridad judicial puede librarla, y como lo establece la ley, cuando así lo pida el Ministerio Público.

Se exige también que preceda denuncia, querrela o acusación, sin embargo, tal y como lo manifestara Francisco Zarco en 1856, habrán casos en que no haya denunciantes, querellantes o acusadores, por lo que, a falta de éstos, se prevén otros datos que hagan responsable al inculpado.

Por otra parte, autores como Eduardo Herrera y Lasso (101), piensan que para que se libere una orden de aprehensión es necesaria la previa comprobación del cuerpo del delito. No concor-

(100) HERRERA y LASSO, Eduardo. Garantías Constitucionales en Materia Penal. México. Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales. 1984. Pág. 64.

(101) Op. cit. Pág. 63

damos con tal autor, ya que la comprobación del cuerpo del delito, apreciada por la autoridad judicial, se debe realizar de acuerdo a lo estipulado por el artículo 19 constitucional. Cuando en el pliego de consignación del M.P. tiene por comprobado el cuerpo del delito, no implica que éste sea la definitiva, Es por ello que la orden de aprehensión se revela como la forma de ejecutar una medida precautoria, la detención, la cual no puede prolongarse más de tres días, sin que se resuelva sobre la situación jurídica del presunto responsable.

En tal sentido se coloca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que tiene jurisprudencia definida, sobre este particular:

Orden de aprehensión. Para dictarla no es preciso que esté comprobado el cuerpo del delito, sino sólo que se llenen los requisitos prevenidos por el artículo 16 constitucional.

Quinta Epoca.- Tomo 2. Apéndice 1975. Tomo III, pág. 83. Tomo IV, pág. 540. Tomo IV, pág. 1233. Tomo XIII, pág. 621. Tomo XIV, pág. 128.

Incluso añadiremos, que si se requiriera la previa comprobación del cuerpo del delito para girar una orden de aprehensión, se obstaculizaría gravemente la eficaz administración de justicia y se violaría la garantía de audiencia que consagra el artículo 14 constitucional.

Diremos que las formas jurídicas en que se manifiesta la "notitia criminis" recogida por el Ministerio Público, pueden ser la denuncia, la querrela o la acusación. Es evidente que tratándose de delitos en que no haya denunciante, querellante o acusador, la presunta responsabilidad se traduce en mera sospecha mientras que el cuerpo del delito, llega al conocimiento directo del M.P. o de la Policía Judicial en su caso, quienes le-

vantarán el acta respectiva cuando se trate de delitos que se persiguen de oficio, iniciando con ello el procedimiento, de acuerdo a lo previsto por el artículo 113 del C.P.P.D.F., por el artículo 262 del C.F.P.P. y fundamentalmente por el artículo 21 constitucional.

Ahora bien, cabe aquí señalar que los requisitos de denuncia, acusación o querrela hecha por persona digna de fé u otros datos que hagan probable la responsabilidad son condiciones para que la autoridad judicial gire una orden de aprehensión sin que pueda hacerlo de oficio; en tanto que compete exclusivamente al M.P. perseguir los delitos de acuerdo a lo estipulado por el artículo 21 de la Constitución.

Pasaremos ahora a estudiar la primera parte del artículo 19 Constitucional, la cual preceptúa que ninguna detención podrá exceder del término de tres días sin que se justifique con un auto de formal prisión.

Habiendo providencias para la aprehensión en otras partes de la Carta Magna, la detención a que se refiere el artículo 19 Constitucional es la que está comprendida entre aquella y la prisión preventiva.

El artículo en análisis previene el llamado término Constitucional de las 72 horas. Durante dicho lapso opera una medida precautoria de índole personal cual es la detención, que se inicia desde que el presunto responsable es puesto a disposición de la autoridad judicial.

Ahora bien, la detención no sólo se justifica con un auto de formal prisión que fije la litis del proceso, sino también con los fines del proceso.

'Esta última relación revela a la medida en estudio como una independiente de las otras, fundada en la necesidad del proceso penal, y así se manifiesta cuando transcurrido el término de tres días se dicta un auto de libertad por falta de elementos para procesar.

Por otra parte la ubicación que tiene en el proceso penal y que establece el artículo que analizamos, se encuentra dentro, ya del proceso en estricto sentido, es decir, que se desenvuelve ante la autoridad judicial, durante la primera parte de la instrucción.

En la práctica, el fuero común no hace ninguna declaratoria de detención, lo cual nos parece un error que aleja al proceso de las categorías procesales. Mientras que en el fuero federal, cuando se dicta el Auto de Radicación con detenido, se delibera sobre la procedencia de la detención que "pide el Ministerio Público Federal" el cual en realidad no la solicita sino que se limita a poner a disposición de la Justicia Federal al presunto responsable. De proceder, se dictará otro auto en el que se declara detenido al indiciado pero tal procedimiento se funda no sólo en el artículo 16 Constitucional, como lo hacen los jueces federales, sino en el 19 básicamente.

Es así que encontramos en la práctica forense, tres errores fundamentales:

- a) En el fuero común, no se instituye la detención como medida cautelar personal.
- b) En el fuero federal el M.P.F. debería solicitar la detención judicial, y
- c) La autoridad judicial federal debería fundar la misma en el artículo 19 Constitucional, además del 16.

Al exponer nuestra crítica en este capítulo, demostraremos los problemas jurídicos que surgen de la confusión planteada.

Por último diremos que si el artículo 19 es la base sustancial de la detención, éste estará íntimamente ligado con varias fracciones del artículo 20 que otorga una salvedad importante - para la detención como es la libertad bajo fianza, según su propia procedencia.

La última parte del primer párrafo del artículo 19 Constitucional, "...hace responsable a la autoridad que ordene la detención o la consienta, y a los agentes, ministros, alcaldes o carceleros que la ejecuten", cuando se viole el señalamiento anterior referido, no sólo al término de los tres días sino también por las omisiones que hubiera de los requisitos que estipula para el Auto de Formal Prisión.

Como es evidente, conciente con la gravedad que implica toda limitación a la libertad personal, la Constitución tiene diversas disposiciones referidas a las mismas, y que las rodean - con el máximo posible de garantías. Tal es el caso de la última parte del primer párrafo y del último párrafo del artículo - 19, así como de la Fracción XVIII del artículo 107.

## 2: Bases legales.

### 2.1. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

En este cuerpo legal, la detención como medida cautelar personal, ubicada dentro de la primera parte de la instrucción no está regulada.

Encontramos preceptos como el 287 que se refieren al plazo en que se debe de formar la declaración preparatoria del indiciado lo que implícitamente presupone la detención cuando no proceda la libertad bajo fianza.

Ni su concepto, procedencia, justificación, ubicación, características o prevenciones generales se encuentran estipuladas. Esto redundará en una grave asistemática procesal que tendrá repercusiones graves en la práctica como lo es la de un proceso poco científico.

## 2.2. Código Federal de Procedimientos Penales.

En este ordenamiento tampoco se tiene prevista la detención autónomamente. No se le distingue ni siquiera, impidiendo con ello analizar su carácter positivo.

Sin embargo, según ya lo asentamos en otra ocasión, en el fuero federal sí se hace declaratoria de detención, constituyéndola con ello como medida cautelar personal. Debido a la falta de sustentación legal, el auto que así la previene, se funda únicamente en el artículo 16 Constitucional, lo cual es un error según ya vimos, pues es el 19 el correcto fundamento esencial.

De ahí, que para el análisis de la detención habrá que ceñirse a lo previsto por los artículos Constitucionales relativos.

La falta de regulación legal de la detención la hace muy general al no estar precisadas las prevenciones constitucionales en los ordenamientos procesales respectivos.

Así, el auto que la declara, fija su derivación a más de algunas prevenciones generales (como pidiendo al Director del Reclusorio respectivo que se mantenga recluso al indiciado de que se trate, a través de un oficio posterior al proveimiento referido, girado por el Juez Federal competente) explayando someramente las estipulaciones Constitucionales relativas.

La detención es aquella forma privativa de la libertad personal, que se traduce en una medida cautelar penal de carácter personal, siendo decretada por la autoridad judicial al inicio de la primera parte de la instrucción y verificada durante el término constitucional de tres días.

Esta medida asegurativa se justifica en los fines del proceso penal que ya vimos en el capítulo primero de la presente tesis.

La característica esencial es que el presunto responsable queda a disposición del juez, en un centro reclusivo, por el improporcionable lapso de 72 horas, tomando forma procesal a través del auto de detención, que no mandamiento ni orden, que resuelva sobre la situación jurídica del indiciado, en una forma provisional en tanto no dicte el Auto de Formal Prisión, el de Sujeción a proceso, o el de libertad por falta de elementos para procesar.

El fundamento constitucional de la detención es básicamente el artículo 19 de la Carta Magna, pero estará también relacionado por el 16 que establece su procedencia a través de la regla general que establece.

Al respecto, Arilla Bas, opina que "...el juez examinará si la consignación reúne los requisitos del artículo 16 constitucional y, en caso afirmativo, decretará la detención del consignado, y decimos decretará, a pesar de que éste ya está privado de la libertad porque la única decisión que justifica esa privación de libertad y crea el estado jurídico respectivo, es el auto del juez. En caso contrario, o sea sino aparecen reunidos los requisitos constitucionales, el juez decretará la inmediata libertad del consignado" (102)

Ahora bien, el procedimiento señalado por el autor citado - sólo se lleva a cabo en el fuero federal y no en el común.

La detención se presenta en dos hipótesis: a) Que la consignación haya sido con aprehendido, y b) Que no haya aprehendido, por lo que el M.P. solicitará al Juez que libere el mandamiento de detención.

Analizaremos el primer caso, es decir, que se consigne con aprehendido.

En esta hipótesis, el presunto responsable ostenta la calidad de aprehendido hasta en tanto el Juez no decreta su detención. Esta mutación implica un cambio de situación jurídica -- que hace improcedente la vía de amparo.

"Cambio de situación. Cuando el acto reclamado en el amparo consiste en la detención del quejoso, llevada a cabo por una autoridad administrativa, debe considerarse que han cesado los efectos del acto reclamado, cuando el quejoso ha sido consignado al juez competente". Quinta Epoca: Tomo III, pág. 305. Tomo II, pág. 1023. Tomo IV, pág. 211. Tomo IV, pág. 1226.

A pesar del error en que incurre la tesis transcrita, en el sentido de confundir detención con aprehensión, se entiende el sentido de la misma al diferenciar ambas medidas cautelares.

Ahora bien, como lo señala Fernando Arilla Bas (103), el -- Juez apreciará si la consignación llena los extremos del artículo 16 Constitucional y, en su caso, decretará el Auto de Detención.

(103) Loc. cit.



El Auto de Detención sigue al de Radicación en el cual se pone a deliberación la petición del M.P. en el sentido de que se libre el primero. Tal circunstancia que no está prevista en los códigos procesales de la materia, se funda en el sistema acusatorio de nuestro enjuiciamiento penal y sólo se dá en la práctica en el fuero federal.

Si el lapso de las 72 horas corre a partir del Auto de Radicación, el Auto de Detención deberá ser decretado lo más rápido posible o tal vez en un término de 24 horas contadas a partir del Auto de Radicación, dando margen a que pueda salir libre el indiciado, sea bajo fianza o porque el Juez considere que no están colmados los requisitos del artículo 16 en la consignación. La situación jurídica del indiciado durante ese lapso seguirá siendo la de aprehendido independientemente del lugar de reclusión.

Como se puede advertir, de la tesis expuesta se desprende un nuevo momento procesal en el que se valora la situación jurídica del indiciado, lo cual puede redundar en su beneficio.

Analizando la segunda hipótesis, es decir, aquella en la que la consignación y el auto de radicación se hacen sin aprehendido y el M.P. le solicita al Juez que libere la orden correspondiente, diremos que: en primer término, la terminología correcta debe ser orden de detención y no de aprehensión; y en segundo lugar la calidad jurídica de detenido la establecerá el Juez de la causa al dictar el Auto de Detención, cuando le ha sido ya remitido el presunto responsable, momento a partir del cual empezará a correr el lapso previsto por el artículo 19 Constitucional.

En este caso, la apreciación de los requisitos exigidos por el artículo 16 Constitucional, antecederán al libramiento de la orden de detención.

A mayor abundamiento, el Auto de Detención decretado por el Juez en la hipótesis que analizamos, tendrá como único fin el -instaurar la detención como situación jurídica, ya que la apreciación de la consignación se habrá llevado a cabo antes de girar la orden de detención (aprehensión), en su caso.

Como hemos visto, es el Auto de Detención el que establece la calidad jurídica de detenido sobre el presunto responsable, -que se presenta en las dos hipótesis ya vistas, y que sólo se decreta a la fecha, en el fuero federal.

Es por lo anterior que no concordamos con González Bustamante (104) quien opina que la detención se deriva de la orden de detención judicial, sin considerar el caso de la consignación -con detenido.

Rivera Silva (105) establece la relación entre la detención, y el lugar de detención, haciendo depender aquélla de éste. --- Si atendiéramos a este punto de vista nos sustentaríamos sobre bases endebles ya que, si bien el lugar de reclusión en averiguación previa es distinto a aquel en el que se recluye a un detenido, ¿qué ocurriría cuando un preso, procesado o detenido -- sea sujeto de una investigación preliminar? en la práctica se -le traslada desde el Reclusorio en el que se encuentre, hasta -donde esté el M.P. instructor de la indagatoria correspondiente, y así, característicamente no podríamos establecer una nota --- esencial para las formas limitativas de la libertad a partir -- del lugar en el que se encuentre el sujeto que la sufra.

La detención se diferencia de la aprehensión en varias no--tas, a saber:

a) El momento procedimental para la aprehensión -strictu -sensu- es la Averiguación previa, en tanto que para la deten---ción es la primera fase la instrucción.

(104) Op. cit. págs. 112 y 113.

(105) Op. cit. pág. 142.

b) Su fundamentación constitucional y legal no es la misma. Para la aprehensión -latu sensu- su basamento jurídico serán -- los casos de excepción previstos por el artículo 16 Constitucional.

c) El M.P. puede dictar la aprehensión sólo en los casos - de excepción fijados por el artículo 16 Constitucional. El -- Juez puede decretar la detención a través del auto respectivo, - con base en la regla general contenida en el artículo 16 y por la primera parte del artículo 19 de la Ley Fundamental.

d) Ambos tienen orígenes distintos y producen efectos diversos.

La aprehensión se decreta en el acta que al efecto levanta el M.P. La detención se decreta en el Auto relativo.

La aprehensión es una sujeción a un procedimiento preliminar. La detención es una privación en el inicio de un proceso propiamente dicho.

La aprehensión se puede justificar con la consignación. La detención con el Auto de Formal Prisión, aun cuando ambas se decretan en resoluciones distintas.

e) Por lo inmediato anterior, ambas responden a necesidades diferentes.

Por todo lo anterior discrepamos de lo apuntado por Sergio García Ramírez (106) quien coloca a la Detención como un género con tres especies diferenciables entre sí por los efectos que producen y por las personas que la decretan, siendo: a) la detención por autoridad administrativa, ejecutada por notoria urgencia; b) la detención por orden de autoridad jurisdiccional; y c) detención por cualquier persona en el caso de delito infraganti.

En realidad, el género es la medida cautelar personal. Una especie del mismo es la detención y otra la aprehensión que el autor de referencia confunde y ambas tendrán sus respectivas subespecies como ya hemos visto.

Con respecto a la Prisión Preventiva, ésta se inicia cuando la detención se extingue, es decir con el Auto de Formal Prisión. La diferenciación es también nítida. En tanto que la detención supone una presunta responsabilidad y un cuerpo del delito a comprobar, la prisión preventiva nace con el Auto de Formal Prisión que ha comprobado precisamente el referido cuerpo del delito y que ha fijado la litis del proceso.

Por otra parte, la prisión preventiva corresponde a la segunda fase de la instrucción y al juicio para transmutarse después en prisión por sentencia, en su caso, su duración es de 4 meses a un año, según la gravedad del delito. De esta forma, con el Auto de Formal Prisión, cambia la situación jurídica del justiciable, y la detención se transforma en prisión preventiva (107). Esta mutación hace también improcedente la vía de amparo por su cambio de situación.

Cambio de situación. Cuando el amparo se pida contra la detención sufrida por el quejoso debe considerarse que han cesado los efectos del acto reclamado, si se ha dictado ya el auto de formal prisión respectivo, porque **éste cambia la condición jurídica del detenido**. Quinta Epoca: Tomo II, pág. 1274. Tomo V, pág. 452. Tomo V, pág. 985. Tomo VI, pág. 192.

Se desprende de la tesis transcrita la diferenciación que la Corte hace entre la detención y la prisión preventiva.

Si la transformación jurídica del presunto responsable, se

(107) Ibidem, pág. 437.

presenta de la Averiguación Previa, a la primera fase de la instrucción y de ésta a la segunda, lo mismo debe ocurrir por fuerza de congruencia, con las medidas cautelares de carácter personal involucradas en cada fase del procedimiento.

Esto es, de aprehensión a detención de ésta a prisión preventiva, para desembocar en la prisión por ejecución de sentencia.

En cuanto a la forma del Auto de Detención, éste deberá ser una resolución en la que se decrete la detención del presunto responsable, debido a que se han satisfecho los extremos del artículo 16 Constitucional y procede establecerla según lo previsto en la primera parte del artículo 19. Deberá asimismo recaer sobre la deliberación propuesta en el Auto de Radicación y atendiendo a la solicitud que de ella haga el M.P.

Como forma privativa de la libertad personal, su esencia jurídica es semejante a la aprehensión con la diferencia que el Auto de Detención podrá ser recurrido por vía ordinaria, es decir, que las limitaciones a la libertad personal que se dan en la detención son más impugnables que en la aprehensión.

Esto revela la subsistencia de la libertad jurídica en cuanto a las garantías procesales se refiere, y que son mayormente protectoras durante el proceso en estricto sentido, que en la aprehensión.

A mayor abundamiento sobre la impugnación del Auto de Detención, éste podría recurrirse en vía de apelación en el efecto devolutivo, y la litis estaría integrada por la valoración de la consignación en el sentido de corroborar que los requisitos del artículo 16 Constitucional se han cumplido en éste, de no bacerlo, se liberaría al indiciado, se prevendría al M.P. para perfeccionar la averiguación y se revocaría el Auto de Detención.

#### 4. La libertad provisional.

##### 4.1. La libertad provisional caucional.

Como reverso de la detención básicamente tenemos a la libertad caucional. Esta forma libertaria, está prevista en la fracción I del artículo 20 Constitucional.

Procede cuando el término medio aritmético de la pena no exceda de 5 años. La garantía puede constituirse en fianza, hipoteca o depósito que no podrá exceder de \$250,000 salvo cuando exista beneficio obtenido o daño causado en cuyo caso la suma se triplicará al monto del daño o del beneficio.

El momento procesal oportuno para su tramitación deberá ser de inmediato por disposición constitucional la solicitud del inculcado o de su representante. Por ello, casi siempre se da frente a la detención aunque puede también operar ante la prisión preventiva e incluso la prisión.

Su tramitación es de plano, sin formulación de incidente, es decir que no se tramita por separado del procedimiento principal.

De esta suerte, decretado el Auto de Detención puede pedirse la libertad bajo caución, incluso hasta la segunda instancia. Sin embargo, los códigos permiten que ésta se lleve a cabo sólo hasta después de rendida la declaración preparatoria (artículos 290 Fracción II C.P.P.D.F. y 154 C.F.P.P.), lo que en cierta forma viola la inmediatez postulada por la Constitución.

Ahora bien, los efectos de la libertad caucional se verán reflejados en un cambio jurídico cual es la transformación de una medida privativa de la libertad como la detención, a una restrictiva. Esto es que en virtud de la libertad mencionada, el presunto responsable queda sujeto a la jurisdicción del juez, lo

cual viene a limitarle su libertad de tránsito, domicilio, etc. y contrae la obligación de atender a los llamamientos que le haga la autoridad judicial, así como de presentarse ante ella periódicamente y cuantas veces sea necesario. De no cumplir con sus deberes, la libertad caucional podrá ser revocada, haciéndose efectiva la garantía y librando.

#### 4.2. La libertad protestatoria.

La libertad bajo protesta constituye otra forma restrictiva de la libertad personal, en virtud de ser también una medida cautelar. Su principal característica es la de que su carácter restrictivo se asegura mediante la palabra de honor del presunto responsable.

Su procedencia es, siguiendo a García Ramírez (108), fijada en dos hipótesis, una general y otra especial. En la primera se deben satisfacer los siguientes requisitos: que se trate de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años, y "...que el -- acusado tenga domicilio fijo y en el . . . lugar en que se fija el proceso y que su residencia en dicho lugar sea de un año cuando menos; que a juicio de la autoridad judicial competente no haya temor de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia; que sea ésta la primera vez que delinque el reo; - que el mismo proteste presentarse ante el juzgado respectivo cada vez que se le ordene; y que el propio imputado tenga medio honesto de vivir (artículos 552 y 553 C.P.P.D.F. y 418 C.F.P.P.)."

El momento procesal oportuno para que esta libertad se desahogue como procedimiento incidental (artículos 418 C.F.P.P.) es pertinente una vez rendida la declaración preparatoria (artículo 154 C.F.P.P.).

Por lo que se refiere a la hipótesis especial mencionada con antelación, ésta procede en tres casos: "a) cuando la prisión

(108) Ibidem, págs. 488 y 489.

preventiva ha igualado ya al máximo de la pena legal fijada al delito de que se trate (no previsto en el C.F.P.P.), b) si se ha cumplido la condena recaída en primera instancia y se encuentra pendiente el recurso de apelación"; y c) cuando en tratándose de delitos que ponen en peligro la seguridad de la nación y a petición del Ministerio Público. En el primer caso, el maestro García Ramírez, apunta que se trata en realidad de una libertad absoluta y no provisional, y nosotros creemos que ello no obsta para que siga siendo una forma restrictiva de la libertad personal, debido a las obligaciones contraídas por el inculgado al realizarse este incidente (109).

Su tramitación es también por vía incidental, sin embargo - para los dos primeros subcasos, el momento procesal oportuno lo es durante la segunda parte de la instrucción o en el juicio para el primero y después del juicio en el segundo.

Las restricciones a la libertad personal, que surgen como consecuencia de la libertad bajo protesta, están previstas en las obligaciones contraídas por el imputado por virtud del incidente tratado. Sin embargo, en el C.P.P.D.F. no están previstas, éste remite al régimen de la libertad caucional (artículo 418). El incumplimiento de tales deberes o la comisión de un nuevo delito (no previsto en el C.P.P.D.F.) tendrán como resultado la revocación de la libertad bajo protesta.

El efecto de la libertad bajo protesta será, debido a su ubicación procesal, el de transformar una forma privativa de la libertad (detención, prisión preventiva o prisión) en otra de índole restrictivo.

(Cabe aquí hacer la siguiente mención sobre la orden de reahprehensión. Los supuestos de ésta son: evasión, falta de cum-

(109) Ibidem, pág. 489.



plimiento de las condiciones de la libertad provisional y que antes se haya dictado una orden de detención en contra del mismo - sujeto. Por ello, el momento procesal en que puede dictarse puede ser bien en, la primera fase de la instrucción, en la segunda e incluso durante el juicio. Por esta razón, se le debería llamar orden de recaptura, con independencia del momento en el que se libre y para adecuarla a la medida cautelar que le sobrevenga. Orden de recaptura sin confundirla con la captura material que - se lleva a cabo en los casos de excepción del artículo constitucional).

De esta forma, si bien la libertad bajo caución es el reverso de la detención, fundamentalmente entraña en sí misma, una - forma restrictiva de la libertad personal.

## 5. Crítica.

Si bien la fundamentación constitucional es correcta, la legal ni siquiera está prevista.

Tal laguna propicia una práctica asistemática que aleja al - proceso penal de su fin científico ocasionando con ello graves - daños a la esfera de garantías del presunto responsable.

Se impone pues la necesidad de adicionar y reformar el Código Distrital y el Federal a fin de establecer la detención como medida cautelar de carácter personal. Esto implica que en los - textos procesales positivos, se integre su concepto, procedencia, generalidades, finalidades, caracteres, etc.

La importancia de la disertación anterior se vería proyectada en varios ámbitos. Por una parte, se estructuraría una co---rrecta sistemática procesal que coadyuvaría al desenvolvimiento científico del proceso penal. Por otro lado se crearía un momento deliberativo, anterior al Auto de Formal Prisión, en el que -

el Juez apreciaría la consignación con aprehendido, valorando su legalidad y posibilitando la liberación del consignado inmediatamente, y de oficio si la consignación referida no se ajustara a los extremos del artículo 16 Constitucional. Las ventajas de esta última aseveración serían múltiples para la administración de justicia: menor acumulación de expedientes, menor rezago en el despacho de los asuntos, mayor precisión en las resoluciones del Ministerio Público en fase de averiguación previa, etc.

Además, se le evitaría al presunto responsable una detención que bien podría ser inútil si se le decreta tres días después el Auto de Libertad por falta de elementos para procesar.

Ahora bien, tal momento apreciativo de la consignación se vería resuelto en lo que hemos denominado Auto de Detención en el que se decretaría la medida cautelar indicada como una situación o calidad jurídica. Por su propia naturaleza, ese Auto podría ser recurrido en vía de apelación en el efecto devolutivo, lo cual abriría una posibilidad más para impugnar aprehensiones y detenciones arbitrarias o mal fundamentadas.

En la práctica forense, lo hemos señalado ya, sólo en el fuero federal se decreta la detención (pero su fundamentación es incompleta al sólo basarse en el artículo 16 y no en el 19 de la Carta Magna) y sin que le pida el M.P.F.

El artículo 19, prevé que ninguna detención podrá exceder del término de tres días. La claridad del precepto no deja lugar a dudas sobre su posición medular con respecto a la medida asegurativa que estudiamos.

Por otra parte y en aras del sistema acusatorio de nuestro procedimiento penal, el M.P. debe pedir la detención del aprehendido en su pliego de consignación. Para ello es necesaria -

también alguna reforma o adición a los preceptos que rigen sobre el particular.

Hemos atacado la terminología también, pues nuestra intención es clasificar en la mayor medida posible el uso de los conceptos de nuestra materia. Tal intención quisiéramos que se manifestara también positivamente.

In insistiremos en la importancia que reviste diferenciar nítidamente las diferentes medidas cautelares personales que se presentan en el proceso penal. La precisión con que la hagamos redundará en diversos beneficios tanto para el presunto responsable como para la buena y eficiente administración de justicia.

En suma, hemos propuesto al artículo 19 Constitucional como el fundamento esencial de la detención. El artículo 16 del mismo ordenamiento lo vemos sólo como sustentación para la procedencia de la misma.

Hemos también propuesto un Auto de Detención que decrete tal calidad jurídica, resolviendo sobre la petición que en tal sentido hiciera el M.P. en la consignación y que se librara justo después del Auto de Radicación, pudiendo fijarle un término de 24 horas para que se diera. El Auto referido sería apelable en el efecto devolutivo y la litis de tal impugnación será la apreciación de que los extremos del artículo 16 constitucional se han llenado debidamente en la consignación.

Para ello, serán necesarias varias reformas y adiciones a los Códigos Distrital y Federal, según lo propondremos en las conclusiones de la presente tesis.

Por último, diremos que no obsta el que el Auto de detención se dictara 24 horas después del de Radicación, para que se cumpla con el término constitucional de tres días, ya que la redac-

ción de la parte relativa del artículo 19 Constitucional fija un límite improrrogable que bien puede reducirse. Es decir, que el Auto de Radicación o cabeza de proceso seguiría siendo la pauta a partir de la cual correría el término de las 72 horas, y así - la detención como calidad jurídica tendría una duración de 48 - horas mínimo y 72 horas como máximo.

#### CAPITULO IV. LA PRISION PREVENTIVA

Por prisión, Escriche entiende "el acto de prender, asir o coger alguna persona privándola de la libertad; y la cárcel o el sitio donde se encierran y aseguran los presos" (110). Sin embargo, distinguiremos a la prisión como medida precautoria, asegurativa de aquella que se muestra como pena y del lugar en el que se ejecuta. Tal distinción es hecha por la misma Constitución la que analizaremos sistemáticamente, integrando todas las disposiciones que ella contiene en torno a la prisión preventiva.

##### 1. Fundamentos Constitucionales.

Comenzaremos por el artículo 18 que dice: "sólo por delito que merezca pena corporal habrá lugar a prisión preventiva. El sitio de ésta será distinto del que se destinare para la extinción de las penas y estarán completamente separados.

"Los gobiernos de la Federación y de los Estados organizarán el sistema penal, en sus respectivas jurisdicciones sobre la base del trabajo, la capacitación para el mismo y la educación como medidas para la readaptación social del delincuente. Las mujeres compurgarán sus penas en lugares separados de los destinados a los hombres para tal efecto.

Los Gobernadores de los Estados, sujetándose a lo que establezcan las leyes locales respectivas, podrán celebrar con la federación convenciones de carácter general, para que los reos sentenciados por delitos del orden común extingan su condena en establecimientos dependientes del Ejecutivo Federal.

"La Federación y los gobiernos de los Estados establecerán instituciones especiales para el tratamiento de menores infractores.

"Los reos de nacionalidad mexicana que se encuentren compur--

gando penas en países extranjeros, podrán ser trasladados a la República para que cumplan sus condenas con base en los sistemas de readaptación social previstas en este artículo, y los reos de nacionalidad extranjera sentenciados por delitos del orden federal en toda la República o del fuero común en el Distrito Federal podrán ser trasladados al país de su origen o residencia, sujetándose a los tratados internacionales que se hayan celebrado para ese efecto. Los Gobernadores de los Estados podrán solicitar al Ejecutivo Federal, con apoyo en las leyes locales respectivas, la inclusión de reos del orden común en dichos tratados. El traslado de los reos sólo podrá efectuarse con su consentimiento expreso".

Ahora bien del artículo transcrito, sólo tendrá relevancia para nuestro estudio el primer párrafo del mismo ya que, como es obvio, los subsiguientes son materia del Derecho Penitenciario.

Relacionaremos al artículo 18, con el 19, segundo párrafo "que estipula: "Todo proceso se seguirá forzosamente por el delito o delitos señalados en el auto de formal prisión. Si en la secuela de un proceso apareciere que se ha cometido un delito distinto del que se persigue, deberá ser objeto de acusación reparada sin perjuicio de que después pueda decretarse la acumulación si fuere conducente", y cuya formación constitucional ya hemos reseñado en el Capítulo III de la presente tesis.

También cabe integrar el tercer párrafo, ya expuesto, del mismo artículo 19, que se refiere a los abusos cometidos en la aprehensión o en las prisiones.

En cuanto al artículo 20, será su fracción VIII la que mayor relevancia tendrá al compaginarla con el artículo 18, ya que establece la duración máxima de la prisión preventiva: "VIII. Será juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión; y antes de un año

si la pena máxima excediera de ese tiempo".

Importa también el segundo párrafo de la fracción X del artículo 20 que dice a la letra: "Tampoco podrá prolongarse la prisión preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivare el proceso".

Expuesta así, brevemente, la fundamentación constitucional de la prisión preventiva pasaremos revista a la formación constitucional del artículo 18 y del artículo 20, fracciones VIII y X.

### 1.1. Formación Constitucional.

#### I.I.I. El Constituyente de 1856-1857.

El artículo 31 del Proyecto de Constitución dictaminado por la Comisión correspondiente, decía así: "Artículo 31. Sólo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal. En cualquier estado del proceso en que aparezca que al acusado no se le puede imponer tal pena, se pondrá en libertad bajo fianza. En ningún caso podrá prolongarse la prisión o detención por falta de pago de honorarios, o de cualquier otra ministración de dinero" (SIC) (111).

En la sesión del 25 de agosto de 1856, fue aprobado por unanimidad de los 89 Diputados presentes, con la redacción transcrita anteriormente, y pasando a ser el artículo 18 de la Constitución de 1857.

Como puede advertirse, el precepto citado no distingue la prisión preventiva. Ello es producto del avance que en 1856 tenía el Derecho Procesal y que hasta ese momento, las medidas cautelares no habían sido aún estudiadas.

(111) ZARCO, Francisco, Op. cit. Tomo I, pág. 471.

Es por ello que la prisión en su carácter de preventiva está contenida implícitamente en la disposición mencionada.

Por lo que se refiere a la duración de la preventiva, sólo se contiene una estipulación prohibitiva en el sentido de que no puede prolongarse por falta de pago de honorarios o cualquier otra ministración de dinero, sin especificar, explícitamente el tiempo que deba durar.

Será entonces innovación del Constituyente de 1916-1917, el rodear de mayores previsiones a la prisión preventiva.

#### 1.1.2. El Constituyente de 1916-1917.

En el proyecto de Constitución presentado por Venustiano Carranza el 6 de diciembre de 1916, aparece el artículo 18: "Sólo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal o alternativa de pecuniaria y corporal. El lugar de prevención o prisión preventiva será distinto y estará completamente separado del que se destinare para la extinción de las penas.

"Toda pena de más de dos años de prisión se hará efectiva en colonias penales o presidios que dependerán directamente del Gobierno Federal, y que estarán fuera de las poblaciones, debiendo pagar los Estados a la Federación los gastos que correspondan por el número de reos que tuvieran en dichos establecimientos" (12).

En la sesión del 23 de diciembre de 1916, se dió cuenta con el dictamen de la Comisión de Constitución referente al artículo 18 del proyecto.

Reseñaremos brevemente los debates constitucionales sobre el artículo en cuestión pero sólo sobre aquellas opiniones que ver-

(12) Diario de los Debates. Ob.cit. Tomo I, pág. 506.



saron sobre la primera parte del mismo.

El artículo 18 del proyecto se puso a discusión en la sesión vespertina del 23 de diciembre de 1916; una vez leído el dictamen de la Comisión (en el que se expresa la intención de distinguir a la prisión preventiva) que reformó el texto del original del Primer Jefe, - que quedó como sigue: "Artículo 18. Sólo habrá lugar a prisión por delito que merezca pena corporal o alternativa de pecuniaria y corporal. El lugar de prevención o prisión preventiva será - distinto y estará completamente separado del que se destinare para la extinción de las penas.

"Los Estados establecerán el régimen penitenciario sobre la base de trabajo, como medio de regeneración del delincuente" - (113).

Al tomar la palabra el Diputado Pastrana Jaimes, quien objetó el dictamen al proponer que se le quite al Juez la facultad de encarcelar a un individuo cuando la ley le señale pena alternativa de pecuniaria o corporal. Le debate el Dip. Colunga, - quien expresa las razones de la Comisión al señalar que cuando - el Juez delibere si la pena será pecuniaria o corporal y concluye que la que habrá de imponer será ésta última, podrá ordenar - la prisión de justiciable en tanto dicta su sentencia. Responde el Dip. Macías quien apoya a la Comisión sobre este particular, pues si sólo se dejara la pena corporal como justificativa de la prisión durante el proceso, carecerían de fundamentación todos - los casos que se presentaran bajo la forma de pecuniaria o corporal. Toma luego la palabra el C. Medina quien se limita a hablar doctamente, sobre el Derecho Penal. Vuelve entonces el Dip. Pastrana Jaimes quien repite su proposición anterior. Así, después de las consideraciones expuestas por los diputados Jara y - Dávalos, el C. Colunga aclara que desde un principio la Comisión

(113) Idem. Tomo I, pág. 925.

quiso referirse a la prisión preventiva, al presentar el artículo 18, en su primera parte. Toman luego la palabra los diputados Chapa, Mújica, Terrones, De la Barrera, Ibarra y Macías, - quiénes hacen referencia a los diversos sistemas penitenciarios - tratando de encontrar al más adecuado para nuestro país.

De esta forma, el artículo fue desechado por 70 votos contra 69.

Posteriormente en la sesión del 27 de diciembre de 1916, la Comisión presentó el artículo reformado, que en su primera parte suprime la procedencia de la prisión preventiva tratándose de delitos cuya pena sea alternativa y sólo la mantiene para aquéllos que la merezcan corporalmente, y también específica, explícitamente, que la prisión a que se refiere la parte que comentamos es la preventiva, añadiendo para tal efecto dicha palabra, en su guía de aquélla (114).

No fue sino hasta la sesión del miércoles 3 de enero de 1917 cuando puesto a discusión el nuevo dictamen sobre el artículo 18, los diputados que tomaron la palabra no se refirieron a la primera parte del artículo, centrándose el debate sólo sobre la segunda, esto es, sobre el sistema penitenciario. Así, fue aprobado por 155 votos contra 37.

En cuanto al segundo, tercero y cuarto párrafos del artículo 18 constitucional, éstos fueron adicionados por Decreto del 28 de diciembre de 1964, publicado en el Diario Oficial el 23 de febrero de 1965. Mientras que el quinto párrafo fue agregado por Decreto del 4 de enero de 1977 y publicado en el Diario Oficial el 4 de febrero de 1977.

Por lo que se refiere a las fracciones VIII y X del artículo

(114) Loc. cit. pág. 995.

20, éstas aparecen hoy tal y como las presenté en su proyecto - Venustiano Carranza, ya que el dictamen no reformó dichas fracciones y el artículo fue aprobado el 4 de enero de 1917.

De esta forma conocemos ya la formación constitucional del artículo 18 en su primera parte. Si añadimos a ésto lo ya estudiado sobre otros artículos como el 19, podremos tener una visión clara de las circunstancias que rodearon la creación de aquéllos preceptos de la Constitución que estando relacionados con el tema de nuestra tesis, hemos estudiado a la luz de la interpretación histórica.

Nuestra intención al analizar la formación constitucional - ha sido el tratar de descubrir el sentido de la ley teniendo en cuenta "...los precedentes históricos que determinaron su formación, los trabajos preparatorios de los legisladores, los discursos que se pronunciaron cuando fue elaborado, etc." (115). Así pues, pasaremos ahora a analizar las garantías individuales involucradas con la prisión preventiva.

#### 1.2. Análisis de las Garantías Individuales relacionadas con la Prisión Preventiva.

El artículo 18 Constitucional establece claramente la procedencia de la prisión preventiva al condicionarle al supuesto de que el delito merezca pena corporal.

Tal prevención, que es una garantía de seguridad jurídica, estuvo rodeada de debates enconados al considerarse la posibilidad de extender la procedencia referida a los delitos que tengan señalada como pena una alternativa de pecuniaria o corporal. En los debates del Congreso Constituyente de 1916-1917, según vimos, esa idea fue desechada del texto del dictamen de la Comi--

(115) PALLARES, Eduardo. La Interpretación de la Ley Procesal. Pág. 27. México. Ed. Botas. 1948:

sión, ya que se puso en evidencia la injusticia que ello traía consigo; es decir, es injustificada la prisión por preventiva - que sea, si al momento del juicio el Juez considera en la sentencia, optar por una pena pecuniaria y no corporal, de acuerdo con la ley.

Ahora bien, si la procedencia para la prisión preventiva radica en que la pena sea corporal, y si no procede, en cambio - cuando la ley señala una pena alternativa que sucede en aquellos casos en que el delito pueda ser castigado a juicio del - Juez con pena corporal o con sanción económica. Para Rafael Pérez Palma, la última hipótesis sí hace procedente la prisión - preventiva, "...en virtud de que no será sino hasta la fecha en que la sentencia cance ejecutoria cuando se sepa si la pena procedente es la de prisión o la de multa" (116).

No estamos de acuerdo con la anterior aseveración, ya que - si la imposición de la pena recae en el arbitrio del Juez, esto propone una duda en cuanto a cual pena, la pecuniaria o la corporal, habrá de imponerse. Tal estado dubitativo, principia - con el auto de Formal Prisión en el que se ha comprobado el - cuerpo del delito, pero la responsabilidad es presuntiva. En - tal camino, no será sino hasta el juicio cuando el Juez adquiera la certeza, la cual habrá de demostrar en la sentencia. Sin embargo, la decisión sobre decretar o no la prisión preventiva se da en el Auto de Formal Prisión o de Sujeción a Proceso, por lo cual, somos de la opinión de que presentándose la hipótesis en estudio, el Juez no debe decretar la prisión preventiva, en virtud del principio "in dubio pro reo", por una parte, y en base a la clara y precisa disposición constitucional que limita - la procedencia de la medida asegurativa citada, para cuando el delito sea castigado sólo con pena corporal.

Esta interpretación restrictiva de la primera norma del ar-

tículo 18, redunda en un máximo de beneficio para el individuo - reforzando con ello su seguridad jurídica.

Esclarecida la procedencia de la prisión preventiva, vuelve ahora a colación el lugar de su cumplimiento. El mismo artículo 18 de la Carta Magna, establece terminantemente que el sitio de reclusión de un procesado será distinto de aquél en donde permanezcan los reos y estarán completamente separados. De aquí surge la diferencia entre la naturaleza jurídica de un sistema de reclusión preventiva y uno penitenciario.

Es por lo anterior que en base al precepto que comentamos - la prisión preventiva se ve rodeada de providencias que coadyuvan tanto al desenvolvimiento del proceso (comunicación directa entre el centro de reclusión con el tribunal; estudios psicológicos, criminológicos, jurídicos, sociológicos, etc. sobre el presunto responsable que auxilién al Juez para su fallo penal, en cumplimiento de lo estipulado por los artículos 51 y 52 del Código Penal para el Distrito Federal, etc.) así como para la eventual readaptación del procesado a través de educación técnica, deportiva e incluso académica.

Sin embargo, el ideal que busca el precepto en cuestión, de evitar que los procesados se infeccionen con la compañía e influencia de otros delincuentes, está lejos de cumplirse, ya que no todo procesado será absuelto, lo que implica su peligrosidad. De ahí que aún dentro de centros de reclusión se formen mafias que merman gravemente la consecución del objetivo constitucional.

Ahora bien, volveremos ahora sobre el artículo 19 de nuestra ley fundamental que se refiere al Auto de Formal Prisión.

Reconocemos en el Auto de Formal Prisión, el inicio de la prisión preventiva, la cual surtirá sus efectos desde el momento mismo de su notificación.

El Auto de Formal Prisión no retrotrae sus efectos hasta el momento de la consignación, lo que implica pensar en una prisión preventiva que se inicia desde aquella actuación del M.P. Tal opinión (117) supondría crear una figura de naturaleza jurídica dudosa, cual sería la detención.

En realidad la prisión preventiva surge a partir del Auto de Formal Prisión, el cual es un verdadero parteeaguas en el proceso penal al fijar la litis del mismo. Sobre este particular abundaremos debidamente al estudiar la naturaleza jurídica de la medida cautelar que nos ocupa. Por el momento sólo diremos que el Auto referido se alza como una garantía individual, gracias a la cual, existe la prisión preventiva. Sin tal Auto, sería notoriamente inconstitucional el aseguramiento que se diera contra un sujeto.

La importancia del Auto de Formal Prisión recae en que al fijar la materia del proceso, justifica la prisión preventiva, que en virtud del mismo se decreta.

Por lo que se refiere a la duración de la prisión preventiva, las directrices están marcadas por el Artículo 20, fracciones VIII y X de la Constitución.

La fracción VIII del artículo 20 constitucional establece la duración del proceso: será de cuatro meses tratándose de delitos cuya pena máxima no exceda de dos años de prisión y antes de un año si la pena máxima excediera de ese tiempo.

Sin embargo, han habido muchas opiniones sobre este punto, y la polémica continúa aún viva. Entre tanto, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha resuelto que los plazos contenidos en la fracción VIII del artículo 20, corren a partir del Auto de Formal Prisión (118).

(117) BURGOA Ignacio. Las Garantías Individuales. Op.cit. págs. 627, 628 y 629.

(118) Semanario Judicial de la Federación, Quinta Epoca, Tomo XV. pág. 700; Tomo XIV, pág. 740; Tomo XXVIII, pág. 1126, Tomo XXXVI, pág. 1804; Tomo CIV, pág. 837.

Por otra parte, el mismo artículo en su fracción VIII, establece que el Juez deberá resolver sobre el fondo del asunto en los plazos señalados, es decir, poniendo fin a la instancia que según la Corte, es la primera (119), lo cual no incluye la apelación ni el amparo.

Establecida pues la duración y su cobertura, mencionaremos que la fracción X del artículo 20, supone dos prohibiciones contra la prolongación de la prisión preventiva. En un caso, la falta de ministración de dinero relacionada con el proceso o sus ramas colaterales (responsabilidad civil) no es causa justificativa para prolongar la prisión. En tanto que en el segundo caso, no podrá prolongarse la preventiva por más tiempo del que como máximo fije la ley al delito que motivó el proceso, es decir que si el enjuiciamiento ha durado más tiempo del límite superior fijado por la ley al delito, se deberá de poner al procesado en libertad bajo protesta (120). Esta última disposición prevé una forma de terminar con los procesos que por distintas razones han durando más de lo previsto por la fracción VIII,

Ahora bien, la interacción que se da entre la fracción VIII y el segundo párrafo de la fracción X es de gran importancia. Pongamos el caso de una lesión que tarde en sanar más de quince días y que se encuentre encuadrada dentro del tipo fijado por la última parte del primer párrafo del artículo 289. La pena máxima es de dos años, por lo que el proceso no debe durar más de cuatro meses. El presunto responsable tiene ante sí la vía de la libertad caucional que de no agotar, permanecería preventivamente preso; tiene entonces la garantía de que su proceso debe durar cuatro meses como máximo; en el supuesto de que se prolongue por más tiempo, el amparo enderezado contra tal situación tiene efectos muy limitados a favor de la garantía de brevedad consignada por la fracción VIII, según lo demuestra la Corte en Tesis de Jurisprudencia Definida: "El amparo que se enderece contra la violación consistente en que un proceso no se ha con--

(119) Semanario Judicial de la Federación, Quinta Epoca, Tomo LXXIV, pág. 4269; Tomo CXVIII, pág. 1286.

(120) PEREZ PALMA, Rafael, op. cit. pág. 323.

cluido dentro del término constitucional, no puede tener por efecto que se ponga en libertad al reo, sino sólo obligar a la autoridad responsable a que falle desde luego el proceso, absolviendo o condenando al inculpado".

-Apéndice de Jurisprudencia Definida de 1965 a 1975, Volúmen 2, Primera Sala, Tesis 241, pág. 521.

Los efectos de un amparo de esa naturaleza será el de que el Juez a quo declare cerrada la instrucción, debiendo dictar sentencia después de formuladas las conclusiones del M.P., según se desprende de ejecutorias dictadas por la Corte en tal sentido (121).

Ahora bien, siguiendo con el ejemplo citado, si el proceso durara más de dos años, debido a que el presunto responsable ha apelado, o bien a agotado la vía del amparo en contra de otros actos diversos del anterior, o por otras razones comunes como la pérdida del expediente, etc., de acuerdo al segundo párrafo de la fracción X deberá ponerse en libertad bajo protesta al procesado. Sin embargo, grave injusticia sería si resulta absuelto en la sentencia. El sujeto habrá estado recluido dos años injustificadamente, caso no muy raro en la realidad.

En este momento habremos de desembocar en las distintas soluciones que se han planteado, y que analizaremos al tratar sobre la naturaleza jurídica de la prisión preventiva.

Para terminar, diremos que el conflicto que se presenta entre la garantía de defensa y la de brevedad la ha resuelto la Corte en el sentido de darle mayor relevancia a la primera, aún en menoscabo de la segunda. Así lo demuestra la siguiente ejecutoria:

(121) S.J.F. Quinta Epoca. Tomo XIX, pág. 335; Tomo XXX, pág. 1721; Tomo CIV, pág. 829; Tomo CV, pág. 1604.



"Si el Juez de la causa se niega a recibir las pruebas que ofrece el procesado, alegando que el proceso debía terminarse dentro del término que fija la fracción VIII del artículo 20 Constitucional, y que ese término había vencido a contar de la fecha en que se dictó auto de formal prisión, es indudable que viola, en perjuicio del acusado, las fracciones IV y V del citado artículo 20 de la Constitución, porque aunque conforme a la fracción VIII del mismo artículo, el reo deberá ser juzgado antes de un año si la pena que pudiera imponérsele excediere de dos años de prisión, debe tenerse en cuenta que un término es fijado en beneficio del reo, quién por su propia voluntad y para su mejor defensa, puede renunciar a ese beneficio y pedir la recepción de pruebas, precisamente durante el período del procedimiento fijado para recibirlas; y no puede denegarse tal solicitud sin infringir la garantía individual de ampliación de defensa, que el mismo artículo 20 Constitucional concede a todo procesado, pues esta garantía es de mucho mayor valor que la que se refiere a la de que éste sea juzgado dentro de un breve período de tiempo".

Quinta Epoca: Tomo LXXVI, pág. 5084. Sotomayor José.

La doctrina concuerda con la Corte, y así, Herrera y Lasso dice al comentar la fracción VIII del artículo 20 Constitucional que su importancia radica, entre otros aspectos, en:

"a) Señala, para los distintos legisladores, la obligación de crear en los respectivos códigos los procedimientos sumario y ordinario, con duración máxima de ciento diecinueve días para el primero, y trescientos sesenta y cuatro días para el segundo.

"b) La siguiente inferencia es más clara todavía: los plazos señalados han sido establecidos en beneficio exclusivo del acusado; a tal punto que si a éste conviniera que la dilación probatoria permaneciese adusta para mejor probar en su favor, -

debe el Juez reconocerlo así.

"c) Dentro del mismo orden de ideas aunque viendo el aspecto opuesto de la garantía como limitación a la acción del poder público, surge la tercera inferencia; los plazos probatorios - que pueden ser ampliados para el acusado, son improrrogables, - fatales y perentorios para el Ministerio Público y el Juez. Esto, que pudiera parecer desigualdad, es por el contrario, una sabia medida que tiende a establecer el equilibrio procesal, - inexistente para la defensa durante el largo período de Averiguación Previa" (122).

## 2. Bases Legales

### 2.1. Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal.

En este cuerpo legal, no se encuentran disposiciones que normen la prisión preventiva, entendida ésta como medida cautelar de carácter personal aún cuando sea la más extensa, trascendental y característica del proceso penal.

El artículo 297, que establece los requisitos para dictar - el Auto de Formal Prisión, empieza por llamar a este auto de - prisión preventiva, denominación que nos parece más exacta; sin embargo, no establece la procedencia de la medida asegurativa - por lo que nos remite a la Constitución. Por otra parte, tampoco señala a la preventiva como efecto del auto referido.

La duración de la prisión preventiva está supeditada a la - del proceso en sí, ya que al ser su accesoria, es absurdo que - se prolongara más que el mismo enjuiciamiento. Conforme con el mandato Constitucional, el juicio sumario no puede durar más de seis meses, mientras que el ordinario no debe rebasar los doce, teniendo en cuenta las excepciones jurisprudenciales a que hicimos referencia.

Así, la prisión preventiva, medida cautelar, asegurativa o precautoria, de incidencia personal, no está regulada dentro de este concepto en el Código en estudio, salvo por disposiciones a las que hay que interpretar para descubrir en varias y separadas, una regulación indirecta.

#### 2.I.I.- Reglamento de Reclusorios del Distrito Federal.

Este ordenamiento fue publicado en el Diario Oficial del 24 de agosto de 1979 y su capítulo II regula los Reclusorios Preventivos. En efecto, el artículo 34 dice textualmente:

"Art. 34.- Durante la prisión preventiva, como medida restrictiva de la libertad corporal, aplicable en los casos previstos por la ley, se procurará:

"I.- Facilitar el adecuado desarrollo del proceso penal.

"II.- Preparar la individualización judicial de la pena, con base en los estudios de personalidad del procesado.

"III.- Evitar, mediante el tratamiento que corresponda, la desadaptación social del interno y propiciar cuando proceda su readaptación, y

"IV.- Contribuir a proteger en su caso, a quienes tienen participación en el procedimiento penal".

La primera parte del precepto transcrito contiene un severo error conceptual; la prisión preventiva no es medida restrictiva sino privativa de la libertad no sólo corporal sino personal en general.

Mientras que por lo que se refiere a las cuatro fracciones, éstas establecen con claridad los propósitos de la medida cautelar que analizamos.

El artículo 36 dice así: "El régimen interior de los establecimientos de reclusión preventiva estará fundado en la presunción de la inculpabilidad o la inocencia de los internos". Aparece este precepto como idealista, ya que en México, como en casi todos los países de tradición civilista, el justiciable es considerado como culpable presunto hasta en tanto no demuestre lo contrario, principio que es, además, toral en la diferenciación con el Common law. En nuestro país, tal principio se encuentra plasmado en la Constitución cuando "...sustenta el auto de formal prisión en la probable responsabilidad penal del inculgado..." (123) y pugna con la naturaleza jurídica de las medidas cautelares personales en nuestro procedimiento penal.

El artículo 37, preceptúa las finalidades de los reclusorios preventivos que concuerdan con la segunda parte del primer párrafo del artículo 18 Constitucional.

Entre tanto el artículo 38 establece una diferenciación entre la prisión preventiva y la detención al señalar que el lugar específico de aquélla será distinto del de éste, en caso de dictarse el Auto de Formal Prisión; con ello reconoce que la preventiva nace del auto mencionado, esto es, si muestra implícitamente como un efecto del mismo proveído.

El artículo 44, conforme con la fracción XVIII del artículo 107 Constitucional, establece el deber de las autoridades administrativas del reclusorio, de poner en libertad al interno cuando no reciban copia autorizada del Auto de Formal Prisión, dentro de las tres horas siguientes al vencimiento del término Constitucional.

Este precepto no tiene su similar en el C.P.P.D.F., cuyo artículo 299 se limita a señalar la notificación del Auto de Formal Prisión a las autoridades del centro de reclusión sin prevenir la liberación del inculcado en caso de no recibir la

copia certificada de tal proveído dentro de las tres horas siguientes al vencimiento del término constitucional de las setenta y dos horas.

El Artículo 45 también es relevante, ya que estatuye un pequeño procedimiento para la observancia de las disposiciones de las fracciones VIII y X, segundo párrafo del artículo 20 de la Ley Suprema; dice así: "Artículo 45.- El director del Reclusorio, con anticipación de setenta días hábiles avisará a la autoridad judicial y al Ministerio Público sobre la fecha de conclusión del plazo para dictar sentencia. Si a la expiración del término a que se refiere a la fracción VIII del artículo 20 - Constitucional, el director del reclusorio no ha recibido la notificación de la sentencia, o el comunicado del Juez de que ésta no ha podido dictarse en virtud de prórrogas o diligencias pendientes solicitadas por la defensa, dará inmediata cuenta del hecho a dicha autoridad judicial, al superior jerárquico de ésta, al Ministerio Público y a la Dirección General de Reclusorios y Centros de Readaptación Social.

"Se procederá de igual manera por lo que respecta al término previsto por el segundo párrafo de la fracción X del citado artículo 20 Constitucional."

Como salta a la vista, la disposición transcrita recoge la interpretación jurisprudencial en virtud de la cual, la garantía de defensa se sobrepone a la de brevedad, más sin embargo -afianza ésta, sin detrimento de la otra al imponer el deber de vigilar el cumplimiento de los términos constitucionales del artículo 20 en sus fracciones VIII y X, al director del reclusorio preventivo.

## 2.2. Código Federal de Procedimientos Penales.

Aún cuando en éste código no existe ninguna disposición -

que de manera expresa regule la figura jurídica que en este capítulo estudiamos, podremos encontrar diversos preceptos que establecen la duración del proceso o bien otros que se refieren a la prisión preventiva, pero de una manera implícita y sin que sea el objeto de su normación, de acuerdo a su naturaleza jurídica como medida cautelar de índole personal.

Tenemos por caso los artículos 161 a 167, que regulan el Auto de Formal Prisión sin hacer mención de que uno de sus más importantes y dramáticos efectos es el de poner bajo prisión preventiva al presunto responsable cuando el delito por el que se le procese tenga señalada pena privativa de libertad y su término medio aritmético exceda de cinco años.

En cuanto a la duración de la prisión preventiva, según se desprende de varios artículos del mismo cuerpo legal, el proceso sumario deberá concluir en un término no mayor de cuatro meses, en tanto que el ordinario en menos de doce meses.

Por lo que se refiere, a su procedencia, el artículo 161, -fracción II, señala que para dictar el Auto de Formal Prisión, se requiere como pena para el delito por el cual se procese al presunto responsable una de índole privativa de la libertad, esto es, corporal y cuyo término medio aritmético exceda de cinco años, con lo cual no procede el beneficio de la libertad cautelar.

De esta forma veremos que, como es el caso de la aprehensión y la detención, existe un grave vacío en el C.F.P.P., por lo referente a la regulación de la prisión preventiva como medida cautelar de índole personal.

### 3. Naturaleza Jurídica.

La nota más característica del enjuiciamiento penal es qui-

za, el peligro en que se encuentra la libertad del justiciable. Las razones que existen para fundar tal amenaza, son muchas y - muy variadas pero todas tienen como común denominador el objeto social que con su limitación busca el Estado. Dice Florián: "De un lado encontramos el principio de la libertad personal, - de otro la prisión preventiva impuesta por exigencias sociales jurídicamente valoradas" (124).

La prisión preventiva se muestra como la más clara peculiaridad del proceso penal al privar de la libertad al presunto - responsable.

Por largo tiempo ha existido en torno al tema que nos ocupa, un interminable debate entre quienes defienden su necesidad y - quienes atacan su trascendencia. Una injusticia de la justicia que requiere de la prisión preventiva, para su propia consecución; Carnelutti dice al respecto: "El castigo, desgraciadamente no comienza con la condena; sino que ha comenzado mucho antes de ésta con el debate, con la instrucción, con los actos - preliminares, incluso con la primera sospecha que recae sobre - el imputado; tanto el juicio penal es castigo que a menudo hasta el imputado queda sujeto a él invinculis como si ya hubiese sido condenado; el drama es que él es castigado para saber - si debe ser castigado..." (125).

Como consecuencia de la significación que tiene la prisión preventiva, surgió precisamente, la figura del Auto de Formal - Prisión (de Procesamiento en España) como medio deliberativo anterior al aprisionamiento provisional y que en México ha sido - elevado a rango constitucional como garantía individual.

En cuanto a su naturaleza jurídica, la doctrina no es uní-- forme.

Para González Bustamante, la prisión preventiva "...consis--

- (124) FLORIAN, Eugenio. Elementos de Derecho Procesal Penal. Barcelona, Ed. Bosch. S/F. Pág. 140
- (125) CARNELUTTI, Francesco. Lecciones sobre el Proceso Penal. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas. Europa-América. 1959. Págs. 38-39.

te en el aseguramiento provisional de la persona en contra de - quien recaen sospechas de culpabilidad" (126). Más, el mismo autor señala que "...la prisión provisional prolonga el aseguramiento preventivo de la persona por el tiempo que dure la secuela del proceso, a fin de que quede sujeto al tribunal que lo - juzga hasta que se dicte sentencia y se decida si es o no culpable...". De esta forma el jurista citado incurre en un error - lógico al identificar al continente en el contenido, es decir, - que si la prisión preventiva consiste en un aseguramiento provisional se entiende que tal es su sustancia, pero si lo prolonga, supone la pre-existencia de éste. Encontramos pues esta contradicción sin que por ello esté viciada de falsedad. Es cierto - que la prisión preventiva prolonga el aseguramiento provisional, si entendemos a éste como el género de TODAS las medidas cautelares penales de carácter personal; en tal sentido es lógicamente necesario que la preventiva participe de notas esenciales - del género al que pertenece, más no que consista exclusivamente en éste, o que se identifiquen. Además, el concepto aseguramiento preventivo es más preciso en su connotación de medida - cautelar, por corresponder mejor a la terminología procesal.

Rivera Silva expresa por su parte que la prisión preventiva "...se refiere al estado de privación de libertad que guarda - una persona contra la que se ha ejercitado acción penal" (127). Este procesalista se acerca más a la claridad conceptual que - buscamos cuando reconoce en la prisión preventiva una forma privativa de la libertad; sin embargo, no concordamos con él cuando hace surgir a la prisión preventiva desde el momento en que se ha ejercitado la acción penal. Como en su oportunidad veremos, la prisión preventiva está ubicada entre el auto de formal prisión y la sentencia, diferenciándose con ello de la detención.

Otros procesalistas como Humberto Briseño Sierra, afirman - que la prisión preventiva no deja de ser una privación de la li

(126) Op. Cit. Pág. 184.

(127) Op. Cit. Pág. 142.



bertad, que llega a ser tan aflictiva como la prisión definitiva (128) y más adelante analiza el carácter de la medida en estudio a partir de su caracterización, esto es, su naturaleza preventiva, al respecto dice: "La prevención suele ser una medida que se anticipa; y lo que el artículo 18 está mencionando es una relación entre el acto de privar de la libertad y la posible conducta no deseada del indiciado" (129). Dentro de tal punto de vista, el autor citado encuentra en el nexo que expone, una finalidad de la prevención, que, sin embargo, no es la única según ya hemos visto.

Mientras que Colín Sánchez ve en la prisión preventiva el logro de la custodia del justiciable por el tiempo necesario para su procesamiento (130), Sergio García Ramírez señala con atinencia que "...dados el carácter personal y la prolongada duración de la preventiva, la misma sirve a ciertos propósitos que no podrían ser alcanzados con las medidas reales ni aseguradas con la precaria detención" (131). El mismo autor la considera como una medida cautelar de tipo personal.

Hasta este momento podemos tener una idea de la naturaleza jurídica de la prisión preventiva que trataremos de conceptualizar, adelantándonos en algunos aspectos a análisis posteriores que sobre la misma haremos.

La prisión preventiva es aquél Estado privativo de la libertad personal que procesalmente, es una medida cautelar de índole personal, decretada por el Juez en el Auto de Formal Prisión, con el objeto de asegurar el adecuado desarrollo del proceso penal, y que habrá de prolongarse por toda la segunda parte de la instrucción, hasta la conclusión del juicio (con la sentencia que ponga fin a la instancia resolviendo el asunto en lo principal).

(128) BRISEÑO SIERRA, Humberto. El Enjuiciamiento Penal Mexicano. México. Editorial Trillas. 1982. Pág. 77

(129) Idem. loc. Cit.

(130) Op. Cit. Pág. 175.

(131) Op. Cit. Pág. 469.

Analizando el concepto precedente, vemos que la prisión preventiva es un estado privativo de la libertad personal. Ello - se debe a que al ejecutarse, el presunto responsable que la sufra, tendrá limitada su libertad normativa y su libertad jurídica, sin menoscabo de la titularidad de sus derechos subjetivos. En tal situación, la única libertad jurídica que conserva y adquiere será la que garantice el ejercicio de sus derechos procesales.

Ahora bien, como efecto del sistema penitenciario preventivo mexicano que se orienta por la readaptación social del delincuente, su libertad normativa, se le es privada al imponérsele el deber de actuar respetando en todo momento las normas de cultura, y a las cuales observará su contenido con estricto apego a las mismas. De esto deriva que tal conducta se adecuará también a las prescripciones de la ley, por lo que su libertad jurídica se le es impuesta como deber. Si recordamos que no concebimos a la libertad jurídica o normativa que no es establecida por la ley o las normas de cultura, entonces una personalidad no ajustada a las mismas deberá ser adaptada a ellas; este proceso de rehabilitación implica la inducción de una conducta guiada exclusivamente por el deber y no será sino hasta la completa rehabilitación del delincuente cuando vuelva a estar adaptado a la esfera de su libertad normativa y jurídica con lo que será susceptible de que se le restituyan estas últimas.

Por último señalaremos que el régimen preventivo es, no obstante lo anterior, menos privativo de la libertad personal que el sistema penitenciario que rige sobre los reos. Esto se debe fundamentalmente a la naturaleza cautelar de la prisión preventiva en el que la rehabilitación se lleva a cabo por medio de la inducción al cambio positivo y no de la imposición como ocurre con la prisión como pena.

Dijimos al conceptualizar a la prisión preventiva que ésta

es una medida cautelar de índole personal. De esta forma estaremos poniendo en claro su naturaleza procesal, ya que como me dida cautelar tiende a asegurar la consecución de los fines - del proceso a través de su ejecución anterior al momento proce sal en el que se declare la voluntad de la ley. Por otra parte, esta forma precautoria es dependiente del proceso sustanti vo, ya que sería absurdo una prisión preventiva sin un proceso que la justifique.

La prisión preventiva es decretada por el Juez en el Auto de Formal Prisión. Esta afirmación constituye una nota dife-- rencial entre la medida asegurativa que analizamos y otras semejantes como la aprehensión y la detención.

Al respecto, el procesalista mexicano Fernando Arilla Bas, apunta que entre los efectos del auto de formal prisión se encuentra aquél que "Justifica la prisión preventiva del sujeto pasivo de la acción penal..." (132).

Por último queda por analizar la duración de la prisión - preventiva; sobre este particular nos remitiremos a lo señalado en el punto relativo al análisis constitucional en este capítulo. Sin embargo, recordaremos las fracciones VIII y X del artículo 20 Constitucional; la primera establece los términos para el proceso penal de seis y doce meses como máximo, en los casos de su respectiva procedencia.

Para el análisis de este punto que el mismo

El connotado jurista Sergio García Ramírez apunta que: "Para evitar uno de los más graves males conectados a la prisión preventiva, su excesiva duración, se han ideado varios - sistemas: a) de caducidad, al abrigo del cual una vez transcurrido cierto plazo cesa automáticamente la prisión; b) de revisión, en cuyos términos la autoridad debe revisar periódicamente el fundamento de la prisión...; y c) ecléctico, en el

que se aceptan tanto la revisión periódica como la cesación del encarcelamiento después de corrido cierto plazo" (133).

El mismo autor se ha declarado por el cesamiento automático de la prisión, sin embargo, aún no se ha aceptado.

En nuestro derecho patrio no se es desconocida la figura del excarcelamiento y existe una creciente tendencia por otorgar el "favor libertatis".

Así por ejemplo, el artículo 136 del Código de Procedimientos Penales para el Distrito y Territorios Federales de 1934, estatúa el abono de la prisión preventiva que excediere el tiempo ordenado y aconsejado para concluir la instrucción, lo cual se veía obstaculizado al dejarlo básicamente al arbitrio del Juez (134).

En la Constitución de 1917, se prevén algunas causas de encarcelamiento como el previsto en el artículo 107, fracción XVIII, cuando se agota el plazo para dictar el auto de formal prisión y para entregarlo a la autoridad del Reclusorio respectivo.

Por otra parte, nuestra misma Carta Magna, estipula los plazos en que debe finiquitarse todo proceso penal; además de ciertas prevenciones tendientes a evitar su excesiva prolongación (artículo 20, fracciones VIII y X).

En lo particular, seguimos la opinión de García Ramírez, en el sentido de que debe operar el cesamiento automático de la prisión preventiva; no obstante, quizá sería conveniente complementar el excarcelamiento referido con una especie de arraigo que bien podría ser el domiciliario, dejando al arbitrio del

(133) Op. Cit. Pág. 473.

(134) GARCIA RAMIREZ, Sergio. Derecho Procesal Penal. Op. Cit. Pág. 474.

Juez tal determinación en base a los estudios de la personalidad del justiciable. En este aspecto posiblemente nos encuadrará ramos dentro de la tendencia ecléctica que acoge tanto la revisión periódica como la cesación del encarcelamiento al expirar el plazo constitucional.

Por último, mencionaremos el caso de la orden de reaprehensión sobre la cual ya nos hemos referido en otra ocasión, por virtud del cual y colmado su principal supuesto: la evasión, se reintegra al aprehendido en la prisión preventiva siempre que - el momento procesal dentro del que se haya girado aquélla, medie entre el auto de formal prisión y la sentencia que de fin a la instancia.

Pasaremos ahora a establecer la diferencia entre la aprehensión, la detención, la prisión preventiva y la pena de prisión.

La aprehensión es procedente de acuerdo con los casos de excepción (delito infraganti y notoria urgencia) que fija el artículo 16 Constitucional; es decretada -strictu sensu- durante la fase de Averiguación Previa por el Ministerio Público, y tiene como fin el asegurar los fines del proceso penal al poner a disposición de la justicia al inculcado, previo ejercicio de la acción penal. Por lo demás su duración no debe exceder de 24 horas.

La detención se fundamenta en la regla general prevista en el artículo 16 Constitucional y estipulada por el artículo 19 - del mismo cuerpo legal. Es decretada por el Juez y tiene por fin el afianzar la posibilidad de que se fijen las bases del proceso penal en el Auto de Formal Prisión y con ello garantizar la prisión preventiva. Por otra parte, busca evitar que la última medida mencionada se imponga sin previo estudio y deliberación sobre su procedencia. Su duración es de 72 horas fatales según prescripción del artículo 19 de la Ley Fundamental que co

responde a la primera parte de la instrucción.

La prisión preventiva se funda en los artículos 18, 19 y 20 fracciones VIII y X, siendo decretada por el Juez en el Auto de Formal Prisión. Su duración debe ser de seis y doce meses como máximo, según sea la pena aplicable al delito menor de dos años o superior a éstos respectivamente. Por otra parte, los momentos procesales que abarca son la segunda parte de la instrucción y el juicio, finalizando con la sentencia que resuelva sobre el fondo del proceso.

La pena de prisión regida por los artículos 14, 16, 19, 20 y 22 de la Carta Magna, es decretada por el Juez en la sentencia definitiva que ponga fin a la instancia y declarando la voluntad de la Ley. Su duración varía de acuerdo a la gravedad del delito y a la pena correspondiente. No es una medida cautelar, sino que se cumple por virtud de ésta al ser una pena. Es una forma privativa de la libertad personal (artículo 25 del Código Penal), cuya extensión y contenido son distintos de la preventiva, por lo que el sistema que gobierna sobre los sentenciados es impositivo al obligarles a actuar de una manera definida, sin que por ello tal privación sea absoluta,

#### 4. El Arraigo.

Nos referiremos ahora al arraigo decretado durante el proceso, propiamente dicho, por el Juez, de oficio, o a petición del Ministerio Público.

Señalamos en otro capítulo (II) que el fundamento constitucional del arraigo, es el artículo 11, del mismo cuerpo jurídico. Apuntamos en aquella ocasión acerca de la deferencia en atribuciones para decretarlo, que se encuentra entre el artículo 11 de la Constitución de 1857 y la de 1917, reservando sólo para la autoridad judicial tal competencia.

Ahora trataremos la segunda especie de arraigo (la primera es la decretada durante la averiguación previa) que se ubica como una forma restrictiva de la libertad personal, diversa de la prisión preventiva, pero colateral a ella, al ser también una medida cautelar personal.

El artículo 301 del C.P.P.D.F. establece que: "Cuando por la naturaleza del delito o de la pena aplicable, el imputado no deba ser internado en prisión preventiva y existan elementos para suponer que podrá sustraerse a la acción de la justicia, el Ministerio Público podrá solicitar al Juez fundada y motivadamente o éste disponer de oficio, con audiencia del imputado, el arraigo de éste con las características y por el tiempo que el juzgador señale, sin que en ningún caso pueda exceder del término en que deba resolverse el proceso".

En términos análogos, está escrito el texto del artículo 205 del C.F.P.P., con la salvedad de que éste es más explícito en la diferenciación de esta especie de arraigo con la que opera en la averiguación previa, y además remite al artículo 133 bis, para cumplir con el máximo tiempo en que debe durar el arraigo y que es de 60 días.

Se diferencia esta especie de arraigo de aquella encuadrada dentro de la averiguación previa, en que el Juez puede de oficio, decretar el arraigo, lo que no ocurre en el procedimiento preliminar aludido.

##### 5. El arresto como medida de apremio.

El arresto, es una forma privativa de la libertad personal que tiene básicamente tres subespecies: a) como medida de apremio necesaria para el debido cumplimiento de las determinaciones del Ministerio Público (en averiguación previa), así como de la autoridad judicial durante el procedimiento penal;

b) Como corrección disciplinaria y; c) como sanción impuesta por la autoridad administrativa en ocasión de la violación a -- los reglamentos de Buen Gobierno y Policía. Nos interesará fundamentalmente, por su esencial conexión con el procedimiento -- penal, el arresto como medida de apremio.

Así el artículo 33, fracción III, del C.P.P.D.F., establece el arresto hasta por treinta y seis horas como medida de apremio, que sólo puede ser ordenado por la autoridad judicial.

Sin embargo, el artículo 44 del C.F.P.P. faculta no sólo al Juez sino también al Ministro Público para ordenar el arresto - hasta por treinta y seis horas para hacer cumplir sus determinaciones.

De lo anterior se desprende que en la Legislación Distrital, el arresto de apremio sólo se ubica durante el proceso, mientras que en el ordenamiento federal, se puede llevar a cabo durante todo el procedimiento.

Es evidente que el sujeto pasivo del arresto, puede ser --- cualquier persona que esté involucrada con el procedimiento, de no ser así, el arresto dirigido contra cualquier persona, que - no se coloque dentro del supuesto legal a una determinación judicial (que no puede ser erga omnes) sería una arbitrariedad de difícil impugnación por su corta duración.

Así pues, el arresto es una forma privativa de la libertad personal, cuyas especies tienen una distinta naturaleza procesal semejantes tan sólo en su esencia privativa y en su duración, que en todas no puede exceder de treinta y seis horas.

#### 6. La libertad provisional administrativa.

Este tipo de "favor libertatis", ha sido adoptado como una solución práctica para reducir el rigor de la prisión preventiva.



Está prevista en los artículos 48 y 85 del Reglamento de Reclusorios del Distrito Federal. En el artículo 48, se asienta que los Consejos Técnicos Interdisciplinarios por conducto de los Directores de los Reclusorios, podrán señalar un lugar alternativo al ordinario para la prisión preventiva, donde se haya disminuído el "...rigor de las medidas cautelares". Por lo que ve al artículo 85 del mismo reglamento, el mismo permite a los directores de los reclusorios otorgar "...a los procesados la externación diurna para trabajo en el exterior, con reclusión nocturna, cuando tales internos tengan derecho a libertad provisional, pero carezcan de medios económicos" (135).

Sin embargo, esta forma libertaria supone "...en esencia, un sistema de libertad provisional o, si se prefiere, de semi-libertad o de prelibertad de procesados, al margen de las autoridades jurisdiccionales, por mandato exclusivo de las administrativas que tienen a su cargo -o deben tener- solamente la custodia de los imputados" (136).

Tal solución ha sido objetada, ya que la situación jurídica del imputado durante el proceso depende única y exclusivamente del órgano judicial. El hecho de que la autoridad administrativa decida sobre esta libertad provisional, no pugna con los mandatos constitucionales, no obstante, invade esferas de competencia reservadas por la Fracción I del artículo 20 de la Ley Fundamental, para el órgano judicial, y a partir de la cual se derivan toda clase de formas libertarias durante el proceso. Por esta razón la libertad provisional en estudio debería ser reservada al arbitrio judicial.

Ahora bien, por virtud de la libertad provisional administrativa, la prisión preventiva, como forma privativa de la libertad personal, se transforma en otra de carácter restrictivo. De esta forma, la libertad provisional administrativa se erige

(135) GARCIA RAMIREZ, Sergio. Derecho Procesal Penal. Op. cit. pág. 491.

(136) GARCIA RAMIREZ, Sergio. Derecho Procesal Penal. Op. cit. pág. 474.

como otra especie de medida cautelar, personal-restrictiva en el proceso penal.

Otra forma libertaria de la prisión preventiva, la constituye la libertad bajo protesta, cuando procede en el caso de que aquella iguale al lapso máximo que como pena, la ley le ha fijado al delito, y que en otra ocasión hemos tenido oportunidad de revisar.

## 7. Crítica.

Como ocurre con las otras medidas cautelares de índole personal, la prisión preventiva no está prevista siguiendo su naturaleza jurídica en los ordenamientos procedimentales, ni en el Distrital ni en el Federal.

El hecho de que sí la regule el Reglamento para Reclusorios en el Distrito Federal, constituye un error metodológico, ya que, la prisión preventiva debería de estar normada por los códigos referidos.

Por otra parte, según ya lo hemos asentado, el reglamento mencionado al regular la medida aseguratoria que nos ocupa, lo hace erróneamente al conceptualizarla lejanamente a su correcta apreciación procesal. Además, plantea principios alejados de nuestro sistema constitucional como la presunción de inocencia.

Es entonces evidente que sólo por medio de inferencias podemos encontrar a la prisión preventiva como medida cautelar del proceso penal, a partir de los códigos de procedimientos del Distrito Federal, así como de la jurisprudencia de la Suprema Corte. Esto, sin embargo no ocurre con la Constitución, la que expresamente preceptúa las bases generales de la prisión preventiva.

En base al análisis previo, es necesaria la reforma y adi--

ción de algunos preceptos legales, a fin de regular explícita y claramente a la prisión preventiva, partiendo de su propia naturaleza jurídica, congruentemente con las estipulaciones constitucionales.

De esta forma, se coadyuvaría a la sistematización científica co-procesal que corresponda a las necesidades actuales, constituidas por una creciente tendencia por la metodología y terminología adecuada, que repercutirán, en última instancia, en un beneficio para todo imputado.

Ahora, desde otro punto de vista, no es posible dejar sin regulación expresa, a aquella forma privativa de la libertad personal, que caracteriza en gran escala, al propio proceso penal. Los valores humanos que como resultado de la preventiva se ponen en juego, son demasiado importantes como para permitir la vaguedad y la asistemática en un proceso que aspira, por necesidad trascendental, a ser científico.

Otro aspecto de suma relevancia es la duración de la preventiva. En otra oportunidad señalábamos la conveniencia de optar por el cesamiento automático de la prisión preventiva, después de finiquitado el plazo que fija el artículo 20 Constitucional en su fracción VIII, y adoptando un arraigo posterior a juicio del Juez, quién deberá tomar en cuenta la peligrosidad del sujeto.

La proposición que antecede responde al clamor general que busca reducir al mínimo la reclusión preventiva, ya que no por sí misma, reduce las molestias trascendentales de una prisión.

En este sentido se postula el artículo 55 del Código Penal para el Distrito que dice: "Cuando el agente hubiere sufrido consecuencias graves en su persona, que hicieren notoriamente innecesario e irracional la imposición de una pena privativa o

restrictiva de la libertad, el Juez podrá prescindir de ella". El precepto transcrito fué reformado por decreto de 30 de diciembre de 1983 y publicado en el Diario Oficial el 13 de enero de 1984. A pesar de la buena intención que con la reforma aludida se busca, se impone la necesidad de prever antes que remediar, y tal previsión se debe enfocar en la regulación precisa de las medidas cautelares personales propias del procedimiento penal.

Se busca, en todo momento, reducir al mínimo las injusticias que la propia justicia requiere para su consagración.

## C O N C L U S I O N E S :

### 1. Síntesis crítica.

Como resultado del análisis hecho a lo largo del presente - trabajo, se han acumulado diversas observaciones en torno a las formas limitativas de la libertad personal en el procedimiento penal mexicano. Será en este punto que sintetizaremos aquellas críticas, hechas en los capítulos precedentes y que habrán de - servir como fundamento para el planteamiento teórico de la tesis.

#### 1.1. Síntesis crítica general.

1.1.1. Es incorrecto el apreciar a la libertad como un fin en sí misma, lo cual trae como consecuencia la privación -- y/o suspensión de los derechos subjetivos del justiciable en -- todo procedimiento penal. Ello debilita el respeto íntegro a - la dignidad humana.

1.1.2. Es incorrecto el que las medidas cautelares en el procedimiento penal mexicano, no se encuentren previstas en los ordenamientos procesales de una manera sistemática y científ<sup>ica</sup>, estableciendo género y diferencia específica.

#### 1.2. Síntesis crítica sobre la aprehensión.

1.2.1. En la actualidad, el texto del artículo 16 Constitucional es anacrónico.

1.2.2. La autoridad administrativa goza de una amplia discrecionalidad para verificar capturas, lo que en la generalid<sup>ad</sup> de los casos lleva a la arbitrariedad.

### 1.3. Síntesis crítica sobre la detención.

1.3.1. Es incorrecto que la situación jurídica del detenido no se decrete en la forma procesal debida, ni en el fuero común ni en el federal.

1.3.2. Es inaceptable la confusión terminológica entre aprehensión y detención.

### 1.4. Síntesis crítica sobre la prisión preventiva.

1.4.1. Es incorrecto el que la prisión preventiva esté prevista únicamente en el Reglamento de Reclusorios para el Distrito Federal, y no en los códigos procesales de la materia.

1.4.2. Es incorrecta la conceptualización de la prisión preventiva en el reglamento aludido.

1.4.3. La prolongación de la prisión preventiva más -- allá del término establecido por la fracción VIII del artículo 20 Constitucional, no propiciada por el procesado o su defensor, es una violación a la Constitución.

1.4.4. Es incorrecto que la autoridad administrativa - sea la que resuelva sobre la libertad provisional administrativa.

Expuestos los temas medulares de nuestra crítica, pasaremos ahora a formular el planteamiento teórico de la tesis.

## 2. Planteamiento teórico de la tesis.

En este momento formularemos teóricamente, las soluciones - pertinentes a las críticas planteadas con anterioridad.

Las siguientes proposiciones son el resultado del análisis

hecho en los capítulos precedentes, por lo que su exposición será breve y esquemática, a fin de evitar repeticiones argumentales.

## 2.1. Planteamiento teórico general.

2.1.1. La libertad es la facultad de optar entre un -- obrar o un no obrar. Es una cualidad humana de índole instrumental, ya que será la vía a través de la cual se realice tal o cual idea, las que serán la materia de la opción.

Por lo tanto la libertad jurídica es en sí misma, un derecho subjetivo, que encuentra su necesidad al ser el continente de otros derechos que habrán de ejercerse o no por vía de la -- instrumentalidad que supone la naturaleza de aquélla.

Ahora bien, las formas limitativas de la libertad personal en el procedimiento penal mexicano, las aplica el Estado con motivo de la comisión de un acto u omisión que la ley califica como delito, en contra del presunto responsable, con el objeto de asegurar la consecución de los fines del proceso penal.

Con base en lo anterior, diremos que tales limitaciones inciden sobre la libertad personal coartando la facultad de optar entre un obrar o no obrar, sin menoscabo del goce de los derechos del justiciable. Como resultado de esto, se revela la naturaleza instrumental de la libertad, ya que al coartarse el -- ejercicio de la facultad referida, a través de una intromisión jurídica en la esfera de acción posible de la libertad personal, no por ello se perderá la titularidad de los derechos de quien sufra la limitación.

La repercusión que tendría el planteamiento precedente, se vería reflejada en el respeto absoluto a la dignidad de aquel -- ser humano que ha sido objeto de una limitación a su libertad,-

mas no a una privación de sus derechos, los cuales, y con base en lo anterior, podrían ser protegidos en una forma concreta y eficaz.

Por todo lo anterior, proponemos: que la libertad sea considerada como una cualidad de carácter instrumental y que las limitaciones a la misma tengan por efecto el privar a alguien del ejercicio o no ejercicio de sus derechos, pero no la pérdida de la titularidad de éstos.

2.1.2. Es necesaria la inclusión de todas aquellas formas limitativas de la libertad personal, que sean medidas cautelares propias del procedimiento penal, en un solo título que se avoque a la regulación exclusiva de las providencias mencionadas, tanto en el Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal, como en el Código Federal de Procedimientos Penales.

El Título deberá estar estructurado de la siguiente forma:

2.1.2.1. Una sección para Disposiciones Generales y otras secciones para las medidas cautelares personales, sean restrictivas o privativas de la libertad, así como para las medidas cautelares reales.

2.1.2.2. Cada subtítulo deberá estar dividido en capítulos que regulen, cada uno, a las medidas cautelares de acuerdo con el siguiente criterio ordenador:

1. Concepto
2. Procedencia
3. Autoridad competente.
4. Forma
5. Momento procesal oportuno
6. Manera de verificación
7. Efectos



## 2.2. Planteamiento teórico sobre la aprehensión.

2.2.1. Reforma y adición del artículo 16 Constitucional en los siguientes puntos:

2.2.1.1. Diferenciación terminológica entre --- aprehensión y detención.

2.2.1.2. Integración del tercer párrafo de la - fracción XVIII del artículo 107 Constitucional.

2.2.1.3. Reducción de la discrecionalidad de -- las facultades atribuidas a la autoridad administrativa en los casos de notoria urgencia, estableciendo la obligación de resolver sobre la situación jurídica del indiciado hasta 24 horas -- después de verificada la captura y solicitando la detención al Juez en un término no mayor de 48 horas, sólo en el caso de que éste no se encuentre en el lugar de la aprehensión.

2.2.2. Instauración del acta en la que el Ministerio - Público decreta la aprehensión debidamente fundada y motivada.

2.2.3. Reforma procesal a partir de la cual se esta--- blezca personal médico en todos los centros de reclusión, dependiente de la autoridad judicial y cuya función sea la de dictaminar sobre el estado psico-físico de los aprehendidos, tanto - en el momento del ingreso, como en el de su salida, llevando -- con ello registro de los plazos previstos por la Constitución - para la consignación ante Juez competente.

## 2.3. Planteamiento teórico sobre la detención.

2.3.1. Instauración del Auto de Detención en el que se decreta la medida cautelar involucrada, en dos hipótesis, a saber:

2.3.1.1. Cuando el auto de radicación sea con -

detenido, el auto de detención se decretará sólo cuando la consignación se ajuste a los extremos del artículo 16 Constitucional.

En caso contrario, el Juez decretará de oficio la libertad inmediata del indiciado.

En este supuesto, el auto de detención deberá ser librado, en su caso, 24 horas después del auto de radicación. Durante ese lapso la calidad jurídica del indiciado seguirá siendo la de aprehendido, independientemente del lugar de reclusión.

La forma del auto de detención deberá ser la de una resolución judicial debidamente fundada y motivada. No puede ser decretado de oficio, sino a petición del Ministerio Público, sobre el cual se impone la obligación de hacerlo cuando proceda.

2.3.1.2. Cuando el auto de radicación sea sin detenido, el auto de detención en su modalidad de orden se instituye al ser verificada.

2.3.2. El auto de detención podrá ser impugnado por vía de la apelación en el efecto devolutivo.

#### 2.4. Planteamiento teórico sobre la prisión preventiva.

2.4.1. Reforma al Reglamento de Reclusorios para el Distrito Federal, con el objeto de fijar adecuadamente el concepto de la prisión preventiva.

2.4.2. Reforma al mismo Reglamento, con el fin de hacer competente a la autoridad judicial para resolver sobre la libertad provisional administrativa, y derogar tal atribución

para la autoridad administrativa.

2.4.3. Cumplido el término para la celebración del juicio fijado por la fracción VIII del artículo 20 Constitucional, deberá llevarse el siguiente procedimiento:

2.4.3.1. Revisión judicial del expediente para determinar las circunstancias inherentes al procesado y con --- ello estar en aptitud de resolver sobre:

2.4.3.1.1. Cesamiento automático de la prisión preventiva.

2.4.3.1.2. Cesamiento automático e -- instauración de un arraigo cuya especie deberá ser fijada a dis-- creción del Juez.

2.4.3.1.3. Otorgamiento de la libertad protestatoria.

2.4.3.1.4. Otorgamiento de la libertad provisional administrativa.

2.4.3.1.5. Prolongación de la prisión preventiva, sólo a beneficio del procesado.

2.4.3.2. El término para resolver sobre cual-- quiera de las alternativas planteadas no deberá exceder de 15 - días naturales a partir del cumplimiento del plazo constitucio-- nal.

## BIBLIOGRAFIA GENERAL

- ACERO, Julio.- Procedimiento Penal. Puebla, México. Editorial Cajica, S. A. 1984.
- ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto.- Derecho Procesal Mexicano. - México. Editorial Porrúa, S. A. 1977.
- ALCALA-ZAMORA Y CASTILLO, Niceto.- Proceso, Autocomposición y Autodefensa. México. Textos Universitarios. U.N.A.M.- 1970.
- ARILLA BAS, Fernando.- El Procedimiento Penal en México. Mexico. Editorial Kratos, S. A. de C. V. 1984.
- BATTAGLIA, Felipe.- Curso de Filosofía del Derecho. Madrid --- "Instituto Editorial Reus". Centro de Enseñanza y Publicaciones, S. A. 1952.
- BIELSA, Rafael.- Metodología Jurídica. Santa Fé, Argentina. - Librería y Editorial Castellví, S. A. 1971.
- BURGOA, Ignacio.- El Estado. México. Editorial Porrúa. 1970.
- BURGOA, Ignacio.- Las Garantías Individuales. México. Editorial Porrúa, S. A. 1982.
- BURGOA, Ignacio.- El Juicio de Amparo. México. Editorial Porrúa, S. A. 1983.
- CARNELUTTI, Francesco.- Lecciones sobre el Proceso Penal. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1959.
- CARNELUTTI, Francesco.- El Problema de la Pena. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1947.
- CARRANCA Y TRUJILLO, Raúl.- Derecho Penal Mexicano. México. -- Editorial Porrúa, S. A. 1980.

- CATHEREIN, Víctor, S.J.- Filosofía del Derecho. Madrid. Instituto Editorial REus. 1958.
- CESARINI SFORZA, W.- Filosofía del Derecho. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1961.
- COLIN SANCHEZ, Guillermo.- Derecho Mexicano de Procedimientos Penales. México. Editorial Porrúa, S. A. 1981.
- CHIOVENDA, José.- Principios de Derecho Procesal Civil. Madrid. Instituto Editorial Reus, S. A. sin año.
- Diario de los Debates del Congreso Constituyente.- Ediciones de la Comisión Nacional para la celebración del sesquicentenario de la Proclamación de la Independencia Nacional y del cincuentenario de la Revolución Mexicana. México. -- 1960.
- Diccionario de la Lengua Española.- Real Academia de la Lengua. Madrid. 1970.
- ESCRICHE, Joaquín.- Diccionario razonado de Legislación y Jurisprudencia. París. Librería de Rosa Bouret y Cía. 1860.
- FERRATER MORA, José.- Diccionario de Filosofía. México. Editorial Atlántic, S. A. 1941.
- FLORIAN, Eugenio.- Elementos de Derecho Procesal Penal. Barcelona. Editorial Bosch. Sin año.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo.- Filosofía del Derecho. México. Editorial Porrúa, S. A. 1983.
- GARCIA MAYNEZ, Eduardo.- Introducción al estudio del Derecho, -- México. Editorial Porrúa, S. A. 1958.
- GARCIA RAMIREZ, Sergio.- Derecho Procesal Penal. México. Editorial Porrúa, S. A. 1983.

- GARCIA RAMIREZ, Sergio y ADATO DE IBARRA, Victoria.- Prontuario del Proceso Penal Mexicano. México. Editorial Porrúa, S. A. 1982.
- GARCIA, Trinidad.- Apuntes de Introducción al estudio del Derecho. México. Editorial Porrúa, S. A. 1953.
- GOMEZ LARA, Cipriano.- Teoría General del Proceso. México. --- Universidad Nacional Autónoma de México. 1983.
- GONZALEZ BUSTAMANTE, Juan José.- Principios de Derecho Procesal Penal Mexicano. México. Editorial Porrúa, S. A. 1983.
- HELLER, Hermann.- Teoría del Estado. México. Fondo de Cultura Económica (F.C.E.). 1971.
- HENKEL, Heinrich.- Introducción a la Filosofía del Derecho. Madrid. Taurus. 1968.
- HERRERA Y LASSO, Eduardo.- Garantías Constitucionales en Materia Penal. México. Cuadernos del Instituto Nacional de Ciencias Penales. 1984.
- HOBBS, Thomas.- Leviatán. México. Fondo de Cultura Económica. 1949.
- JIMENEZ DE ASUA, Luis.- La Ley y el Delito. Buenos Aires. Editorial Sudamericana. 1967.
- KELSEN, Hans.- Teoría General del Estado. Barcelona-Madrid-Buenos Aires. Editorial Labor, S. A. 1934.
- LARENZ, Karl.- Metodología de la Ciencia del Derecho. Barcelona. Ediciones Ariel, S. A. 1966.
- LEGAZ Y CACAMBRA, Luis.- Filosofía del Derecho. Barcelona. --- Bosch, Casa Editorial. 1961.
- MONTESQUIEU.- Del Espíritu de las Leyes. Buenos Aires. Editorial Albatros. 1942.

OBREGON HEREDIA, Jorge.- Código de Procedimientos Penales para el Distrito Federal. México. Editorial Obregón y Heredia, S. A. 1981.

PALLARES, Eduardo.- Diccionario de Derecho Procesal Civil. México. Editorial Porrúa, S. A. 1973.

PALLARES, Eduardo.- La Interpretación de la Ley Procesal. México. Editorial Botas. 1948.

PALLARES, Eduardo.- Prontuario de Procedimientos Penales. México. Editorial Porrúa, S. A. 1984.

PEREZ PALMA, Rafael.- Fundamentos Constitucionales del Procedimiento Penal. México. Cárdenas Editor. 1980.

PINA, Rafael de.- Diccionario de Derecho. México. Editorial - Porrúa, S. A. 1981.

PRECIADO HERNANDEZ, Rafael.- Lecciones de Filosofía del Derecho. México. Editorial Jus. 1947.

RADBRUCH, Gustavo.- Introducción a la Filosofía del Derecho. -- México. Fondo de Cultura Económica. 1978.

RECASENS SICHES, Luis.- Introducción al Estudio del Derecho. -- México. Editorial Porrúa, S. A. 1974.

RECASENS SICHES, Luis.- Tratado General de Filosofía del Derecho. México. Editorial Porrúa, S. A. 1965.

RIOS ELIZONDO, Roberto.- El Acto de Gobierno. México. Editorial Porrúa, S. A. 1976.

RIVERA SILVA, Manuel.- El Procedimiento Penal. México. Editorial Porrúa, S. A. 1970.

RODRIGUEZ-ARIAS BUSTAMANTE, Lino.- Ciencia y Filosofía del Derecho. Buenos Aires. Ediciones Jurídicas Europa-América. 1961.

ZAMORA-PIERCE, Jesús.- Garantías y Proceso Penal. México. Editorial Porrúa, S. A. 1984.

ZARCO, Francisco.- Historia del Congreso extraordinario Constituyente de 1856 y 1857. Tomos I y II. México. Imprenta de Ignacio Cumplido. 1857.